



EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES — CAN. ANÁLISIS Y PROPUESTAS¹

COMPETITION LAW IN THE ANDEAN COMMUNITY OF NATIONS – CAN. ANALYSIS AND PROPOSALS

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

RESUMEN

Este documento explica de manera breve el Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) su desarrollo, antecedentes, aplicación, procedimiento y utilidad en relación con la normativa actual. El fenómeno de la libre competencia económica en la subregión ha sido producto del comercio internacional, los tratados, la negociación entre países y la globalización. Esto ha llevado a implantar un régimen de competencia supranacional de estilo europeo en la CAN, con un órgano que investiga y sanciona, un órgano que se encarga del control judicial y un órgano legislativo. Si bien esta estructura pretende fomentar la cooperación comercial, existen algunas dificultades para consolidar la actividad competitiva dentro de la subregión. Entre estas está la libre circulación de bienes, servicios y capitales en el territorio comunitario, y la creación de políticas macroeconómicas y de inversión, las cuales distorsionan la aplicación del régimen de competencia, lo cual permite a los agentes económicos cometer conductas anticompetitivas transfronterizas en los países miembros. Por esta razón, la normativa de libre competencia de la CAN debe modernizarse desde la activación jurisdiccional de los órganos, los requisitos para abrir una investigación, las definiciones de las conductas y sus efectos, la necesidad de un programa de delación o clemencia que armonice con el programa de las legislaciones nacionales y la creación de un régimen de control de las concentraciones empresariales. Estas propuestas se exponen en la parte final del presente documento.

ABSTRACT

This paper briefly explains the Andean Community of Nations antitrust law, its development, background, exercise, procedure and relevance facing the current regulations. The free economic competition phenomenon has been a result of the free trade, the agreements between the countries and the globalization. This has led to the implementation of a European-style supranational competition regime in the Andean Community of Nations, with an authority that investigates and sanctions, a tribunal in charge of the judicial control and a legislative body. Although this structure seeks to promote the commercial cooperation, there are some difficulties in the way the competitive activity behaves in the sector. Some of the difficulties are the free movement of goods, services, and capital in the territory of the Andean community and the creation of macroeconomic and investment policies that may affect the application of the antitrust regime. This leads the economic agents to develop cross-border anticompetitive behaviors. Therefore, the antitrust law of the Andean Community of Nations should be upgraded in: The jurisdictional activation of the authorities, the requirements to open an investigation, the definition of anticompetitive conducts and their effects, the introduction of a Leniency Program that can harmonize with national legislations and the creation of a merger control regime. The last suggestions are presented in the final part of this paper.

1 El presente artículo fue publicado anteriormente en: <https://centrocedec.org/>

2 Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de

PALABRAS CLAVE

Comunidad Andina de Naciones | Secretaría General de la Comunidad Andina | normas de libre competencia | procedimiento | prácticas restrictivas de la competencia | investigación | libre comercio

KEYWORDS

Andean Community of Nations | General Secretariat of the Andean Community | antitrust normativity | procedure | restrictive competition practices | investigation | free trade

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 22 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 12 de setiembre de 2021.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Breve semblanza de la Comunidad Andina De Naciones – CAN; **3.** Antecedentes de la Decisión 608 de 2005; **4.** Objetivo y principios de la normativa andina de competencia; **5.** ámbito de aplicación de la decisión 608, **5.1.** Ámbito objetivo de aplicación de la Decisión 608, **5.1.1.** Apreciaciones generales sobre la aplicación del artículo 5 de la Decisión 608, **5.1.2.** Definición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el test del “efecto real”. Caso de Angelcom S.A., **5.1.3.** Exclusiones o excepciones a la aplicación de la Decisión 608, **5.2.** Ámbito subjetivo de Aplicación de la Decisión 608; **6.** Prácticas restrictivas de la Libre Competencia en la normativa de la CAN, **6.1.** Comentarios a la norma sobre acuerdos anticompetitivos, **6.2.** Comentarios a las normas sobre posición de dominio y abuso de la posición dominante en el mercado; **7.** Procedimiento para la investigación y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia en la CAN, **7.1.** Inicio de la investigación, **7.2.** Trámite de la Investigación, **7.3.** Información, **7.4.** Compromisos de Cese, **7.5.** Medidas Cautelares, **7.6.** Medidas Correctivas y/o sancionatorias; **8.** Principales propuestas para la modernización del derecho de la competencia en la Can, **8.1.** Reglas de coordinación entre la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros para iniciar investigaciones de competencia, **8.2.** Creación del programa de Clemencia o Delación en la CAN y armonización del programa con las legislaciones nacionales, **8.3.** Creación del Régimen de Control de las Concentraciones Empresariales a nivel Andino; **9.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se aborda de manera breve el Derecho de la Competencia de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante la CAN), su desarrollo, aplicación y utilidad para la integración de la subregión, así como el potencial que tiene de interferir con las normativas de los países miembros del Acuerdo de Cartagena.

El Derecho de la Competencia comenzó a ser introducido en los países de la subregión andina, así como en los demás países de Latinoamérica entre el inicio y mediados del siglo XX, pero en esa primera época su aplicación fue muy tenue, debido principalmente al modelo de desarrollo proteccionista impulsado por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL), basado en la sustitución de importaciones y en el aislamiento de las empresas locales de la competencia

pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent – NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network – ICN” (2012 – 2016 y 2019 hasta la fecha). Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

internacional. Este no era un ambiente propicio para el desarrollo del principio de libre competencia, ya que su objetivo era el de resguardar las industrias de los países en desarrollo, con el fin de que pudieran florecer (Miranda Londoño, 2011, pp. 56-148).³

Sin embargo, a raíz del evento conocido como el *Consenso de Washington*, los países latinoamericanos cambiaron el modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica o globalización, lo cual vino aparejado de reformas constitucionales en la mayoría de estos países, en las cuales se introdujo el principio de libre competencia como un parámetro constitucional; y se generó una nueva ola de reformas a las leyes de competencia de los países de la región.

Como consecuencia de estas transformaciones, durante las últimas tres décadas el Derecho de la Competencia se ha difundido, se ha aplicado y ha madurado de manera muy importante en los países de la región, todos los cuales ya cuentan con una ley y una autoridad de competencia, con la notoria excepción de Guatemala en donde se continúan discutiendo proyectos de la ley de competencia, cuya expedición es inclusive una obligación para el país (hoy en día incumplida), en el contexto del tratado de libre comercio firmado con la Unión Europea.

Sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer a la aplicación de las normas de competencia en los países Latinoamericanos, lo cierto es que la política de competencia ha ganado importancia de manera creciente; y es hoy en día una de las principales políticas públicas orientadas a buscar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica en nuestros países.

Pero el desarrollo del Derecho de la Competencia, impulsado por el fenómeno de la globalización, no se ha producido solamente hacia el interior de los países Latinoamericanos, sino que ha venido aparejado de manera natural, con la negociación de tratados internacionales de carácter bilateral y multilateral, los cuales mencionan el principio de libre competencia económica en el marco del comercio internacional. Ejemplos de lo anterior son el Mercado Común Centroamericano (MCCA); la Comunidad Andina de Naciones (CAN); el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); y la Comunidad del Caribe (CARICOM). Estos tratados de libre comercio incluyen capítulos de competencia de mayor o menor intensidad y han dado lugar a acuerdos de cooperación entre las agencias Latinoamericanas de competencia, los cuales se han venido generando de manera espontánea, en la medida en que el Derecho de la Competencia de la región ha ido madurando y evolucionando.

De conformidad con lo antes dicho, el Derecho de la Competencia de la región debería avanzar con paso decidido hacia la internacionalización; sin embargo este desarrollo es aún bastante tímido, ya que a pesar de que existen cuatro tratados orientados a la creación de mercados comunes, así como tratados de libre comercio de carácter bilateral y multilateral, el desarrollo de la política y de competencia en el plano supranacional es aún incipiente. De hecho, podría decirse que en Latinoamérica la evolución del Derecho de la Competencia se ha producido en forma inversa al proceso de Europa, ya que en ese continente el mayor desarrollo del Derecho de la Competencia se dio primero en el organismo comunitario, el cual influyó en la maduración del Derecho de la Competencia de los países miembros. En el caso latinoamericano en cambio, son las autoridades nacionales de países como México, Chile, Brasil, Colombia, Perú, etc., las que han adquirido un gran conocimiento y han mejorado los niveles de aplicación del derecho de la Competencia, mientras que los organismos de integración económica se han visto rezagados en la aplicación de este tipo de normativas.

En efecto, aparte de los casos que recientemente ha venido realizando la CAN, algunos de los cuales están generando importantes problemas para el Derecho de la Competencia de la subregión,

3 Ver: Andrés Palacios Lleras y Juan David Gutiérrez Rodríguez "Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano". *CEDEC Revista de Derecho de la Competencia*. (2015). pp. 137 – 176.

puede decirse que no hay una aplicación continua o generalizada de las normas supranacionales de competencia en Latinoamérica. De hecho, solamente la CAN y CARICOM incluyeron en sus tratados de creación o en normas superiores, estructuras jurídicas supranacionales de competencia. MERCOSUR tiene una estructura intergubernamental que no tiene jerarquía supranacional y el MCCA no ha avanzado aún en la creación de una regulación regional de competencia (Diez Canseco Núñez, 2018).

En el caso de la CAN, como se verá más adelante, se ha establecido un régimen de competencia supranacional al estilo de la Unión Europea, el cual funciona dentro de una estructura institucional que cuenta con un órgano de investigación y sanción que es la Secretaría General - SGCAN; un órgano de control judicial de las decisiones que es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - TJCA; y un órgano legislativo que es el Parlamento Andino - PA.

A pesar del marco jurídico e institucional de la CAN, los países de la subregión han celebrado una serie de convenios comerciales con países ajenos a la misma, lo que implica que en algunas ocasiones se adquieran compromisos que distorsionan las condiciones de competencia. Es el caso por ejemplo de las ventajas conferidas a terceros países que a su vez han llevado a introducir elementos ajenos a un esquema de integración, pero indispensables para tratar de restablecer las condiciones de competencia vulneradas por la falta de disciplina de los países en el cumplimiento de sus compromisos, como ha sucedido en el caso de los derechos correctivos contenidos en las Decisiones 370 y 371 del Acuerdo de Cartagena.

La celebración de convenios comerciales con terceros países ajenos a la CAN, resulta incoherente con los objetivos de la Comunidad Andina y comporta un factor de perturbación de la libre competencia en las relaciones comerciales entre Colombia y sus socios andinos; ya que en el afán por concluir acuerdos como el G3, el Acuerdo Bilateral con Chile, el MERCOSUR, etc., el tema de la competencia comercial ha sido relegado a un segundo plano.

En todo este proceso, el sector privado ha jugado un papel pasivo en lo que al tema de la promoción de competencia se refiere. Puede afirmarse que la experiencia del sector privado con otras agencias de protección de la competencia diferentes de la colombiana es muy limitada. La mayoría de los casos que se han presentado a nivel internacional se han manejado a través de medidas de política comercial como el anti *dumping* y las salvaguardias, en el caso del Pacto Andino. Lo anterior no es más que una consecuencia natural de la falta de reglas de juego a nivel internacional para hacer frente a las prácticas restrictivas de la competencia (Miranda Londoño, 1998, pp. 241-245).

Aparte de los casos sobre salvaguardias y anti *dumping*, se han presentado algunos pocos casos de prácticas restrictivas de la competencia ante la junta del Acuerdo de Cartagena, en el sectores como el del azúcar, el del arroz, las telecomunicaciones y el del papel suave.

Hasta el presente, el sector privado colombiano se ha defendido de las prácticas restrictivas de la competencia, de manera principal, a través de medidas de política comercial y no de la aplicación de las normas de protección de la competencia, lo cual no siempre resulta efectivo, ya que, como se sabe, son las mismas normas de política comercial de los estados, las que muchas veces estimulan y promueven las prácticas restrictivas de la competencia.

El objetivo de un tratado de integración económica es el de lograr una verdadera Comunidad Andina de Naciones, objetivo que se debe lograr progresivamente a través de: **(i)** Una zona de libre comercio, lo cual se logra eliminando las barreras arancelarias entre los países miembros; **(ii)** una Unión Aduanera, lo cual se logra estableciendo un arancel externo común; **(iii)** un mercado común, que implica la circulación libre y sin restricciones, de bienes, servicios y capitales; y finalmente una unión económica que implica la armonización de políticas macroeconómicas y de inversión.

En el caso del Acuerdo de Cartagena, el objetivo era el de crear un mercado común, sin embargo ese objetivo ya no es posible por la firma de tratados bilaterales de los países miembros del acuerdo, con países externos al mismo, como es el caso de los TLC con los Estados Unidos, lo cual impedirá tener un arancel externo común.

Es importante por lo tanto que la CAN replantee sus objetivos, por ejemplo hacia el establecimiento simplemente de una zona de libre comercio, que si es posible obtener y que justifica la aplicación de una normativa de competencia como la Decisión 608 de 2005, la cual en todo caso debe ser reformada con el fin de actualizarla y ponerla a tono con el Desarrollo del Derecho de la Competencia de los países miembros, de Latinoamérica y del mundo, aspectos que se analizarán en el presente documento.

2. BREVE SEMBLANZA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES — CAN (Pedraza Gutiérrez, 2019)

El “Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)”, inspirado en la Declaración de Bogotá y en la Declaración de los Presidentes de América, fue firmado el día 26 de mayo de 1969 por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó el 13 de febrero de 1973 y Chile se retiró el 30 de octubre de 1976. Como se puede observar, el tratado constitutivo de la CAN, tiene ya más de cincuenta (50) años de vigencia. Después del retiro de Venezuela en el año 2004, los países miembros de la CAN son en la actualidad Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (Romero Zambrano et al., 2019).

La CAN está conformada por órganos intergubernamentales, organismos comunitarios y cuenta con la participación de la sociedad civil. En conjunto las autoridades y participantes conforman el Sistema Andino de Integración – SAI, el cual se integra así:

- a.** Consejo Presidencial Andino: Integrado por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, es el órgano máximo de la Comunidad Andina.
- b.** Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE): Órgano de Dirección y Decisión.
- c.** Comisión de la Comunidad Andina: Órgano de dirección y decisión.
- d.** Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN): Órgano ejecutivo.
- e.** Parlamento Andino (PA): Órgano deliberante.
- f.** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN): Órgano judicial.
- g.** Consejos Consultivos Empresarial, Laboral, de Pueblos Indígenas y de Autoridades Municipales: Representantes de la sociedad Civil.
- h.** Universidad Andina Simón Bolívar: Institución educativa.
- i.** Fondo Latinoamericano de Reservas: Institución Financiera.
- j.** CAF-Banco de Desarrollo de América Latina: Institución financiera.
- k.** Convenio Simón Rodríguez: Institución Comunitaria.
- l.** Convenio Hipólito Unanue: Convenio Andino de Salud.

Las normas que constituyen el Derecho Primario de la CAN son el Acuerdo de Cartagena, del 26 de mayo de 1969, codificado como Decisión 406 de 1999 y el Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia, codificado como Decisión 472 de 1999. En adición a lo anterior, revisten gran importancia las siguientes normas:

- a. El Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”.
- b. El Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Decisión 407).
- c. El Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina (Decisiones 471 y 508).
- d. El Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisiones 409 y 426).
- e. El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisión 425).
- f. El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).
- g. Las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, contenidas en la Decisión 608 de 2005.

A la fecha de este documento el Consejo y la Comisión habían expedido 848 decisiones y la Secretaría General había expedido 2.094 resoluciones. Los principios para la aplicación del Derecho Comunitario Andino son: **(i)** Aplicación directa; y **(ii)** Supranacionalidad.

Hoy en día la CAN ha expedido regímenes comunes en los siguientes temas: Aduanas, Sanidad, Calidad, Origen, Servicios, Transporte, Competencia, Defensa comercial y Propiedad intelectual

Algunos de los principales logros de la CAN en estos cincuenta (50) de operación, son los siguientes:

- a. Creación el Marco General para la Interconexión Subregional de Sistemas Eléctricos e Intercambio Intracomunitario de Electricidad (Decisión 816 de 2017).
- b. Establecimiento del Mercado Andino Eléctrico Regional (MAER), que permite: (i) asegurar el abastecimiento eléctrico; y (ii) realizar la venta de excedentes eléctricos en la subregión.
- c. Creación del Registro Andino Satelital (Decisión 707).
- d. Autorización para la explotación del Recurso Órbita-Espectro, a la empresa New Skies Satellites B.V. (Decisión 725).
- e. Lanzamiento del Satélite Andino SES-10 (30/03/2017).
- f. Actualización del régimen de Protección del usuario de telecomunicaciones (Decisión 683).
- g. Libre tránsito sin pasaporte ni visa (Decisión 503).
- h. Pasaporte Andino (Decisión 504).
- i. Reconocimiento de documentos nacionales de identificación (Decisión 503).

- j. Ventanilla preferencial para ciudadanos andinos (Decisión 526).
- k. Tarjeta Andina de Migración Electrónica (Resolución 527).
- l. Igualdad de condiciones laborales y trato nacional para que los trabajadores andinos bajo relación de dependencia, puedan laborar en los otros Países Miembros. (Decisiones 439, 545, 659 y 718).

En la actualidad la SGCAN ha presentado propuestas para lograr:

- a. La implementación de una normativa internacional que elimina los costos roaming entre los Países Miembros.
- b. Proyecto de Estatuto Migratorio Andino, que garantizará derecho de circulación y residencia a los ciudadanos andinos en el territorio de los cuatro Países Miembros.

La aplicación de la normativa de competencia contenida en la Decisión 608 de 2005 depende del órgano ejecutivo de la CAN que es la Secretaría General (SGCAN), la cual maneja el tema a través de la Dirección General No. 1, en la cual se tratan los temas de Acceso a mercados, Sanidad agropecuaria y calidad y obstáculos técnicos al comercio. Dentro del tema de acceso a mercados, la Dirección General No. 1 se ocupa de Gravámenes y restricciones; temas de origen; facilitación del Comercio y Competencia y Defensa Comercial.

3. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN 608 DE 2005

La política de competencia de la CAN se complementa con el Programa de Liberación Comercial del Pacto Andino. Al respecto dice el doctor Hugo Gómez Apac (2019) lo siguiente:

Para que los ciudadanos andinos gocen plenamente de los beneficios del libre comercio que subyace al Programa de Liberación, es necesario que este sea acompañado de normas de defensa de la libre competencia. Así, a la prohibición de los gobiernos de restringir las importaciones provenientes de otros países miembros mediante medidas restrictivas se adiciona la prohibición a los privados de distorsionar el comercio a través de conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) transfronterizas. Solo así el consumidor andino se beneficiará de una mayor oferta de bienes y servicios, a precios competitivos, de mejor calidad y en mayor variedad. (p. 60)

Al respecto, el TJCA en la Interpretación Prejudicial No. 78-IP-2018 de 2018 señala lo siguiente:

Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el mardo de los procesos de integración económica pueden verse afectados a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanenciade las empresas a los mercados, o se distorsionanlos precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores. (párr. 1.3)

La normativa de competencia de la CAN tiene su fundamento en el Capítulo VIII del Tratado del Acuerdo de Cartagena (1969) contiene las normas sobre competencia comercial. Al respecto, los artículos 105 y 106 de la Decisión 406 de 1999 (que codifica el Tratado)⁴, disponen:

⁴ Estos artículos equivalen a los artículos 93 y 94 del Capítulo X del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).

CAPITULO VIII

COMPETENCIA COMERCIAL

Artículo 105.— Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", **manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.** En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien. (Se ha resaltado)

Artículo 106.— Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.

En desarrollo de este mandato, la Comisión del Acuerdo de Cartagena ha expedido las siguientes decisiones que como se ve en este listado, desembocaron en la Decisión 608 de 2005: La Decisión 45 del 18 de diciembre de 1971, que contenía normas para prevenir y corregir las prácticas que puean distorsionar la competencia dentro de la subregión. La anterior norma fue sustituida por la Decisión 230 del 18 de diciembre de 1987. La anterior norma fue a su vez sustituida por la Decisión 285 del 4 de abril de 1991 y esta última, finalmente fue sustituida por la Decisión 608 del 29 de marzo de 2005.

En relación con la importancia de la Decisión 608 de 2005, Ingrid Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio manifiestan lo siguiente:

El gran salto regulatorio en la CAN se produjo con la apro-bación de la Decisión 608/2005 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, Decisión 608/2005) que derogó y reemplazó la Decisión 285/1991. Esta norma modernizó la regulación de los acuerdos y actos restrictivos, confirió poderes e instrumentos a las autoridades supranacionales para la imposición de sanciones en casos de infracción, y sobre todo mitigó en su momento la carencia de una normativa general de libre de competencia tanto en Ecuador como en Bolivia, al establecer como obligatoria la aplicación de la normativa andina en estos países hasta cuando expidieran las normas nacionales correspondientes.

El mérito de la Decisión 608/2005 fue el de haber conseguido una armonización mínima en el tema, la cual resultaba indispensable para avanzar y profundizar en el proceso de integración económica y el fortalecimiento de la defensa de la competencia. (p. 320)

4. OBJETIVO Y PRINCIPIOS DE LA NORMATIVA ANDINA DE COMPETENCIA

El aspecto teleológico o finalístico de la normativa se encuentra claramente definido en el artículo 2 de la Decisión, el cual se refiere a la aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. El mencionado artículo señala que el objetivo de la Decisión es la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, para lograr la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Los principios que deben regir la aplicación de la Decisión son: no discriminación, transparencia y debido proceso. Dichos principios están consagrados en el artículo 3, que dispone:

Artículo 3.— La aplicación de la presente Decisión, **y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros** que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;

b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,

c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado. (Resaltado fuera de texto)

Debe destacarse que por medio de este artículo la Comisión, impone por vía supranacional e inmediata los mencionados principios de no discriminación, transparencia y debido proceso, en las legislaciones internas de los países miembros.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608

En esta sección se analizará el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la Decisión 608, con el fin de establecer en primer lugar los asuntos sometidos a la misma y en segundo lugar los sujetos que se encuentran sometidos a la normativa.

5.1. Ámbito objetivo de aplicación de la Decisión 608

La Decisión 608 fue expedida para investigar e impedir las prácticas anticompetitivas que tienen efectos dentro del mercado Andino. Esta regulación está diseñada para complementar las leyes de competencia internas de cada uno de los países miembros. En tal sentido, las prácticas anticompetitivas cuyos efectos están circunscritos a un país, deben ser investigadas y sancionadas por la autoridad de competencia de ese país. Por el contrario, en aquellos casos en los cuales los efectos prácticos de las conductas restrictivas de la competencia son transfronterizos, y por consiguiente la jurisdicción de una sola autoridad nacional de competencia no resulta suficiente para investigar las prácticas, se debe considerar que el caso tiene dimensión comunitaria y la Secretaría tendrá competencia para realizar la investigación.

5.1.1. Apreciaciones generales sobre la aplicación del artículo 5 de la Decisión 608

Como ya se advirtió, el objetivo de la Decisión no es el de sustituir las facultades que los países miembros otorgan a sus autoridades nacionales, sino que la Decisión en realidad aborda el problema de falta de competencia para perseguir a las conductas anticompetitivas con efectos en los mercados Andinos. En este sentido, para que la Secretaría pueda ejercer su competencia, no deben existir varias prácticas anticompetitivas en varios países Andinos, sino una sola práctica anticompetitiva que tenga efectos en el mercado de la Comunidad Andina; es decir, que tenga dimensión comunitaria. Esta interpretación es fácilmente entendible si se tiene en cuenta el texto del Artículo 5 de la Decisión, que establece:

Artículo 5.— Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

La regulación arriba mencionada no excluye la jurisdicción de las agencias nacionales de competencia que en cualquier caso pueden ejercer jurisdicción sobre prácticas anticompetitivas que se verifiquen dentro del alcance del mercado nacional. La Secretaría ejercerá jurisdicción cuando se trate de una conducta multi-jurisdiccional que **produzca efectos reales** sobre el Mercado Andino. De lo anterior se desprende que la Comisión no debe interferir en la jurisdicción de las autoridades locales cuando estas enfrenten conductas anticompetitivas originadas en un país y que produzcan efectos en ese mismo país, aún si algunas de las compañías investigadas son las mismas en diferentes países Andinos.

Esta interpretación ha sido adoptada por la Secretaría en la *“Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 en donde se estableció:*

Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de competencia de cada uno de los Países Miembros, **sino que sobretodo, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades competentes nacionales en razón al ámbito geográfico de la práctica o sus efectos.** (Se ha resaltado)

Uno de los principales aspectos que deben demostrarse para que la Secretaría asuma competencia sobre un caso en particular es que la conducta produzca **“efectos reales”**. La jurisprudencia europea ha tenido un enfoque que basa la competencia comunitaria en la producción de efectos reales en el mercado de la Unión Europea. Lo anterior quiere decir que, para asumir competencia sobre un caso, la Comisión Europea debe establecer que la conducta investigada “sea genuinamente capaz de afectar el patrón de flujo del comercio (entre los estados miembros) de una forma apreciable” (Faull & Nikpai, 1999), aún para el caso europeo, en donde el grado de integración económica ha sido muy profundo.

Con base en lo anterior, la Secretaría ha sido muy estricta al determinar que no tiene competencia sobre prácticas anticompetitivas que solo tienen efectos sobre un mercado. De la misma manera, la Secretaría reconoce que las conductas que tienen efectos nacionales deben ser investigadas por las autoridades de competencia nacionales debido a su falta de dimensión dentro de la comunidad o el mercado Andino y consecuentemente, falta de competencia de parte de la Secretaría.

Dicho lo anterior, los casos de conductas anticompetitivas realizadas en diferentes países Andinos no son siempre investigadas por la Secretaría. En estos casos pueden existir dos situaciones distintas: **(i)** que haya realmente una práctica restrictiva Andina, caso en el cual la Secretaría tendrá competencia para investigar; y **(ii)** que haya diferentes prácticas restrictivas en diferentes países, y por esta razón, cada una de las autoridades nacionales de competencia debe investigar la práctica restrictiva que se lleva a cabo en su respectivo país.

5.1.2. Definición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el test del “efecto real”. Caso de Angelcom S.A.

En relación con el elemento del **“efecto real”** se pronunció el Tribunal Andino de Justicia en la sentencia del caso de Angelcom S.A. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2015). En esa oportunidad el Tribunal Andino consideró que la SGCAN tenía razón al considerar que no tenía competencia para adelantar una investigación administrativa en contra de la empresa colombiana

Transmilenio S.A. por la realización de conductas de colusión en licitaciones públicas en violación de normas de la Decisión 608.

En la mencionada sentencia el Tribunal resumió las consideraciones de la SGCAN respecto del efecto real de la siguiente manera:

3.9. El hecho de que la licitación fuera de carácter internacional, si bien puede indicar que existirían operaciones comerciales a nivel de la subregión, no demuestra que los efectos de la práctica reclamada afecten a más de un mercado de un País Miembro.

3.10. Es importante recordar que el sistema andino, no exige únicamente un efecto en el comercio, sino un efecto "real"; es decir, exige una carga adicional a la simple prueba del efecto.

3.11. Por efecto real en el comercio, se entiende aquel que puede efectivamente influir en el desarrollo de sectores económicos dentro de los países andinos, teniendo en cuenta que, en el caso de la licitación, el mercado relevante se determina por el procedimiento de contratación de la obra pública (en derecho y en los hechos) y el modo como se efectúa el llamado a licitación.

3.12. Revisado el expediente y la información aportada por la demandante, se observa que se limita a indicar que algunos de los involucrados en la licitación, cumplen actividades económicas en otro País Miembro, siendo claro que ninguno de los ofertantes en la licitación tiene origen en un país de la Comunidad Andina distinto a Colombia, de igual manera menciona la cuantía de la licitación, sin dar cuenta de la importancia de este proceso licitatorio en el mercado subregional.

Posteriormente en la misma sentencia el Tribunal desarrolla sus consideraciones en el punto 4, para lo cual transcribe el artículo 5 de la Decisión 608 y manifiesta:

4.1. De la lectura de las normas transcritas, se desprende que se requiere un "efecto real" en el comercio, que afecte no solo a un País Miembro, **sino que la práctica anticompetitiva traspase fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros**, y de no suceder así, el procedimiento que deberá aplicarse se regirá por la normativa nacional de cada País Miembro. (Negrillas fuera de texto)

Acto seguido el Tribunal se refiere a la explicación que sobre el tema del efecto real trae la "(Secretaría General de la Comunidad Andina - SGCAN 2018) *Práctica para la aplicación de la Decisión 608*" y copia los diagramas explicativos que dicha guía trae, con el fin de ilustrar las diferentes hipótesis fácticas en las cuales la SGCAN tiene competencia para adelantar una investigación administrativa y de todo lo anterior concluye:

4.3. En el presente caso, las pruebas presentadas por la empresa ANGELCOM S.A., mediante escrito recibido en este Tribunal el 1 de septiembre de 2013, - fojas 165 a 396, consistentes principalmente en publicaciones de prensa, noticias de prensa escrita e impresiones de páginas web, se limitan a evidenciar una posible colusión entre RECAUDO BOGOTÁ y OPERADOR SIRCI y la vinculación entre estos y algunas de las empresas licitantes, así como un posible favorecimiento de parte de TRANSMILENIO hacia RECAUDO BOGOTÁ; sin embargo, de la revisión de las mismas se aprecia que tales documentos no prueban que pudieron haber existido efectos anticompetitivos reales en un país distinto a Colombia.

4.4. El hecho de que hayan podido participar personas naturales o jurídicas de otros Países Miembros de la CAN, no significa que causen un perjuicio en otro

país distinto al que se realiza el concurso o licitación pública. (Negrillas fuera de texto)

4.5. Si la presunta conducta anticompetitiva nace y tiene efectos reales en el mismo país, no corresponde que la SGCA inicie una investigación. La norma comunitaria establece que sea la autoridad nacional competente la que investigue la presunta conducta anticompetitiva si los efectos reales tienen origen y afectación en el mismo País Miembro de la Comunidad Andina.

4.6. Por otro lado, es pertinente resaltar el hecho de que ANGELCOM S.A., tal como lo sostuvo en la Audiencia, **acudió previamente por esta causa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que rechazó el reclamo de la empresa demandante, por lo que esta oficina nacional competente, al conocer el reclamo y haberle dado trámite, se consideró competente para emitir un pronunciamiento.** (Negrillas fuera de texto)

4.7. En el caso que nos ocupa y es materia de la presente sentencia, este Tribunal no ha podido corroborar que los efectos reales se hayan producido en otros países que no sea Colombia, a pesar de que se trate de una licitación pública internacional. **El hecho de que personas jurídicas extranjeras formen parte de quienes fueron favorecidos por la licitación, no significa que causen efectos reales fuera de Colombia, no pudiendo determinarse el carácter de subregional y como consecuencia no sería aplicable la normativa comunitaria andina.** (Negrillas fuera de texto)

(...)

4.9. Este Tribunal considera pertinente determinar el concepto de “efectos reales transfronterizos”, tema en el cual la competencia para investigar la tiene la SGCA, en los siguientes términos:

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

a) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País Miembro de la Comunidad Andina, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.

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

Se debe entender por “efecto real”:

a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,

b) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores. (Negrillas fuera de texto)

4.10. Este Tribunal concluye que, en el presente caso, la conducta anticompetitiva alegada por ANGELCOM S.A., genera efectos en la República de Colombia, y no produce efectos

reales en otros Países Miembros de la CAN, por lo que, en estricta aplicación del Artículo 13 de la Decisión 608, al no cumplirse los requisitos del Artículo 5 de la misma normativa, la SGCA se encuentra plenamente facultada para desestimar la solicitud e incluso disponer el archivo de la misma.

Como se puede observar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado en reciente jurisprudencia, Caso Angelcom S.A., que el estudio del efecto real, debe enmarcarse en el cumplimiento de un test, a través de tres elementos: **(i)** que la conducta traspase las fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros; **(ii)** que el hecho de que participen en un comportamiento que pueda ser restrictivo de la competencia personas naturales o jurídicas de distintos países de la CAN no causa que la conducta tenga dimensión andina y; **(iii)** el hecho de que las autoridades de los países miembros hayan asumido competencia indica que la SGCAN no es competente para adelantar el caso.

5.1.3. Exclusiones o excepciones a la aplicación de la Decisión 608

El artículo 6 de la Decisión 608 hace referencia a la posibilidad que tienen los países miembros de la CAN, de someter a la consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones a la aplicación de la normativa andina de competencia, respecto “... de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante” y cumplan con los requisitos contenidos en la norma, los cuales hacen referencia a los beneficios que la actividad a excluir reportaría al desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida de la población más vulnerable, en casos de emergencia, entre otros. Las exclusiones y excepciones deben ser adoptadas y modificadas por decisión y no pueden solicitarse respecto de actividades que se encuentren bajo investigación. Al respecto dispone el artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6.— Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

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

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

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

Debe tenerse en cuenta que al enumerar los acuerdos anti competitivos, el artículo 7 de la Decisión 608 crea, de manera expresa, una exclusión adicional a la prohibición de los acuerdos anticompetitivos, al establecer que *“Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”*

5.2. Ámbito subjetivo de Aplicación de la Decisión 608

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Decisión 608, la norma prohíbe y sanciona las conductas prohibidas que sean desarrolladas por los agentes económicos.

Para el efecto la Decisión incorpora en su artículo 1 algunas definiciones que son de la mayor importancia para establecer el ámbito subjetivo de aplicación de la norma como se puede ver enseguida.

Según el mencionado artículo, conducta es todo acto o acuerdo. El acto se encuentra definido como *“... todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma”;* y el acuerdo, como *“... todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupan”.*

De otra parte, el artículo define el Agente económico como *“... toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupan”.* Como se puede observar, la normativa andina de competencia se aplica a todo aquél que desarrolle una actividad económica en el mercado, cualquiera sea su naturaleza jurídica; y por lo tanto se incluyen tanto las personas naturales como las jurídicas, ya sean privadas o estatales; las asociaciones y gremios y las personas con o sin ánimo de lucro, con lo cual se evitan discusiones ya superadas sobre la aplicabilidad de las normas de libre competencia a sujetos económicos diferentes de las empresas.

Finalmente, se definen las Personas Vinculadas, como

...los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades. (art. 1)

La definición de personas vinculadas da lugar a discusiones respecto de la posible imputación de la violación de las normas andinas de competencia a la matriz de una sociedad, sobre todo, cuando esa matriz se encuentra por fuera de los países de la CAN.

La definición de Personas Vinculadas, así como las demás definiciones incluidas en la Decisión 608, pueden ser identificadas en los trabajos preparatorios de dicha Decisión. Así, las definiciones comenzaron a ser incorporadas en el *“Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de Libre Competencia”*, de los días 24 y 25 del mes de octubre de 2001 y en el *“Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia de los días 9 al 11 de julio de 2003”*, siendo este último informe el que incluyó la definición de agente vinculado, que terminó siendo incorporada en la Decisión 608.

En el Informe de la Cuarta Reunión se observan dos puntos en los cuales se relacionó la vinculación entre empresas para efectos de la regulación de la libre competencia de la Comunidad Andina; pero valga la pena señalar que, en ninguno de ellos, ni antes de ese momento en otro informe, se trata a las personas vinculadas como sujetos de imputación por el mero hecho de estar en una relación matriz - subsidiaria.

En relación con las referencias que realizaba el proyecto presentado en el Anexo No. 3 del *Informe de la Cuarta reunión*, se reconoce que, la vinculación se relacionó con el abuso de la posición dominante al que hace referencia el artículo 9 de la Decisión y con los derechos y obligaciones de los miembros del Comité Andino de Defensa de Competencia, mencionados en el artículo 41 de la misma norma.

En relación con la posición dominante entre agentes no vinculados, se utiliza la razón de la vinculación en sentido negativo. Así, señalaba el informe:

Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia. Proyecto de Decisión acordado — Anexo 3: Artículo 9.

Se entenderá que uno o más agentes económicos no vinculados entre sí, tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. (Resaltado fuera del texto)

La segunda mención a la vinculación de empresas se realizó en referencia los derechos y obligaciones de los miembros del Comité Andino de Competencia:

Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia. Proyecto de Decisión acordado – Anexo 3: Artículo 41

Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes:

[...]

H) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o **con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación**; (Resalto fuera del texto)

Posteriormente, en la versión aprobada de la Decisión 608, la cual se encuentra vigente, en el artículo 9 resultó eliminada la expresión “no vinculadas”, mientras que el artículo 41 literal h) del proyecto, terminó siendo el artículo 40 de la Decisión 608, en idéntica forma.

En conclusión, consultados los antecedentes de la expedición de la Decisión 608, la normativa andina no ofrece una interpretación del sentido, significado y efecto de la frase “Personas vinculadas”, que pueda interpretarse como la creación de una presunción de imputación de la responsabilidad a una matriz, cuando se abre una investigación en contra de una subsidiaria, sin que exista prueba de la participación de la matriz en alguna conducta anticompetitiva.

En relación con la imputación de la responsabilidad, la Decisión 608 es bastante clara al señalar que las conductas que se sancionan como anticompetitivas en los artículos 7 y 8, son aquellas que sean desarrolladas por “agentes económicos”. En este sentido se debe reconocer que en los términos de la Decisión 608, para que se pueda investigar y sancionar a una persona, es absolutamente indispensable que SGCAN tenga pruebas que el agente económico ha realizado conductas que restringieron de manera indebida la competencia en el mercado.

Así, se puede concluir que de la Decisión 608 no se desprende ninguna imputación a las sociedades matrices por el hecho de ser matrices. En efecto, para que una empresa pueda ser imputada de ser responsable de violar las normas de competencia comunitarias, la práctica o realización de la conducta debe poder imputársele y probarsele.

En efecto, el artículo 10 de la Decisión 608 señala que se puede iniciar una investigación cuando existan indicios de que las empresas a las que se investiga han realizado conductas que pudieran restringir la competencia de manera indebida.

Artículo 10.– “La Secretaría General **podrá iniciar** investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades **cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado**”. (Resalto fuera del texto)

Como se puede observar, el artículo 10 no hace ninguna alusión a que las “*Personas vinculadas*” definidas en el artículo 1, puedan resultar imputadas en una investigación sin que exista algún indicio de conducta restrictiva.

Por otra parte, el mercado andino no es tan homogéneo como el mercado europeo, las normas de cada país difieren sustancialmente y no ha habido el proceso de integración que ocurrió en la Unión Europea, por lo que la aplicación de la teoría del ente económico único que se ha utilizado en Europa debe hacerse con cautela, pues frente a mercados tan diferentes la realización y conocimiento de conductas con efectos comunitarios es difícil. A pesar de lo anterior, la SGCAN adoptó una decisión, que a la fecha no se encuentra en firme, en el sentido de declarar como persona vinculada a la matriz extranjera de sociedades incorporadas en los países miembros de la CAN, y a imponerle obligaciones a la matriz por la conducta de sus filiales, por considerar que la matriz, “... al tener influencia decisiva sobre sus filiales, debe desarrollar mecanismos adicionales de control para evitar que se reactiven o generen nuevas prácticas anticompetitivas por parte de este grupo económico en la subregión andina” (Secretaría General de la Comunidad Andina, 002/LC/SJ 2016, 2018).

6. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA NORMATIVA DE LA CAN

Las conductas restrictivas de la libre competencia en la CAN se encuentran definidas en el Capítulo III, artículos 7 a 9 de la Decisión 608. Los tipos de conductas previstos son los acuerdos y las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado. La Decisión 608 no contiene una cláusula de prohibición general que abarque conductas contrarias a la libre competencia no contenidas en los mencionados artículos.

La Decisión 608 establece una presunción de hecho, de conformidad con la cual las conductas definidas como restrictivas de la competencia se reputan ilegales, aunque las personas imputadas por la realización de una de estas conductas podrían demostrar lo contrario.

El artículo 7 de la Decisión 608 presenta una lista no taxativa de acuerdos anticompetitivos; mientras que el artículo 8 despliega una lista taxativa de conductas de abuso de la posición dominante. Por último, el artículo 9 contiene la definición de la posición de dominio en el mercado. Los mencionados artículos disponen lo siguiente:

Artículo 7.– Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.— Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

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

Artículo 9.— Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

6.1. Comentarios a la norma sobre acuerdos anticompetitivos

- a. Los comentarios relacionados con los acuerdos definidos en el artículo 7 de la Decisión 608 son los siguientes:
- b. Como se advirtió arriba, la Decisión 608 no contiene una cláusula general de prohibición contra todas las prácticas restrictivas de la competencia, la cual podría resultar útil para investigar aquellas conductas anticompetitivas que no se encuentran expresamente definidas en los artículos 7 a 9 de la Decisión.
- c. El artículo 7 establece una presunción no taxativa de los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia, lo cual deja la puerta abierta a la SGCAN para investigar acuerdos que no se encuentran dentro de las cinco (5) categorías definidas.

El artículo 7 no distingue entre conductas horizontales y verticales, lo cual demuestra que la Decisión 608 se encuentra rezagada frente al desarrollo del Derecho de la Competencia a nivel mundial.

En efecto, en noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia estadounidense, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, por medio del cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*, en el cual la Corte Suprema había establecido que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*. En dicho caso, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la *regla de la razón* y no bajo la *regla "per se"*.

En 2007, es decir, diez años después del caso *State Oil v. Barkat Khan*, la Corte decidió el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, por medio del cual pasó de la *regla "per se"* a la *regla de la razón*, los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos. Este tipo de análisis demuestra que hoy en día es necesario distinguir las conductas horizontales de las verticales, como se hace en Europa, en Estados Unidos y en muchas jurisdicciones (Miranda Londoño, 2011, pp. 58-148).

- d. En el listado del artículo 7 hacen falta conductas tales como los acuerdos de cuotas, de ventas atadas y de limitación de desarrollos técnicos.

6.2. Comentarios a las normas sobre posición de dominio y abuso de la posición dominante en el mercado

Los comentarios relacionados con la definición de la posición de dominio y sobre las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado definidas en los artículos 8 y 9 de la Decisión 608 son los siguientes:

- a. La definición de posición de dominio contenida en el artículo 9 es genérica y consistente con este concepto en las principales legislaciones del mundo. Adicionalmente, contempla la posibilidad de la posición de dominio individual o conjunta.
- b. El artículo 8 establece una presunción taxativa de las conductas que se consideran como abusivas de la posición de dominio en el mercado. Aunque no lo dice, debe entenderse que un requisito para la investigación de estas conductas es que exista la posición de dominio del agente económico imputado de conformidad con lo definido en el artículo 9.
- c. Resulta cuestionable una conducta tan vaga como la contenida en el literal f) del artículo 8, de conformidad con el cual se considera abuso de la posición de dominio "*Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*"

7. PROCEDIMIENTO PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA CAN

Como se mencionó en párrafos anteriores, la SGCAN tiene la competencia para abrir investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia con dimensión comunitaria e imponer medidas tendientes a proteger la libre competencia, sea de oficio, a solicitud de las autoridades de competencia de los países miembros, de los organismos de integración, de personas naturales o jurídicas, organizaciones de consumidores u otras entidades, cuando existan indicios sobre la restricción indebida del mercado. Para estos efectos, la SGCAN debe actuar bajo los principios de

legalidad, celeridad, eficiencia, trato igualitario a las partes y transparencia, según lo dispone la *Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608*.⁵

7.1. Inicio de la investigación

La Decisión 608 de 2005⁶ indica que la solicitud de inicio de investigación debe contener toda la información requerida tal como: Datos, identificación, domicilio, descripción detallada de la conducta denunciada, periodo en el cual se habría realizado la presunta conducta, los involucrados y sus datos, las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada y los elementos de prueba que tenga al alcance el denunciante (Decisión 608, Artículo 11).

Dicha solicitud puede ser retirada antes que la SGCAN resuelva frente a la apertura de la investigación. Sin embargo, puede continuar de oficio o a petición de una autoridad nacional competente.

Una vez recibida la denuncia, la SGCAN debe pronunciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción, para determinar si se cumplen los requisitos sustanciales y de forma de la denuncia. La SGCAN le debe informar al denunciante si la información está completa y en caso de no estarlo, le otorga quince (15) días hábiles para completar la información. Este último plazo puede ser prorrogado por otros cinco (5) días hábiles a petición del solicitante (Decisión 608, Artículo 13). En todo caso, si la Secretaría no recibe la información en los plazos establecidos, debe desestimar la denuncia y disponer su archivo.

Si la información fue completada correctamente la SGCAN hace pronunciamiento frente la apertura de la investigación en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. Dicho pronunciamiento se expide por medio de una resolución, la cual se publica en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y se notifica al denunciante, al denunciado, a los organismos nacionales de integración, las oficinas nacionales competentes de los Países Miembros y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Decisión 608, Artículo 13).

La Resolución de la Secretaría debe contener:

- a. La conducta objeto de la investigación;
- b. Las características de los bienes o servicios objeto de la investigación;
- c. La identificación de las partes;
- d. Su relación económica existente con la conducta;
- e. La relación y elementos de prueba que sustentan la solicitud;
- f. El plazo para que las partes presenten pruebas;
- g. La identificación de las autoridades nacionales competentes que van a cooperar con la investigación.

A partir de la publicación de la resolución de apertura de la investigación, la Secretaría cuenta con cinco (5) días hábiles para solicitar a las autoridades competentes la realización de investigaciones

5 Comunidad Andina de Naciones, *Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 de 2005* (CAN, 2005).

6 Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 de 2005. Reglas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*. (Comisión CAN, 2005).

propias con el fin de determinar la existencia de la conducta anticompetitiva. Una vez remitida esta solicitud, la SGCAN cuenta con quince (15) días hábiles para elaborar un Plan de Investigación, junto con las autoridades nacionales competentes a las cuales solicitó cooperación (Decisión 608, Artículo 15). El Plan de Investigación debe ser notificado a las partes interesadas.

La SGCAN y las autoridades de forma cooperativa pueden: citar e interrogar a las empresas investigadas, realizar inspecciones y tomar declaraciones a personas relacionadas, reproducir documentos, tomar fotografías, copias, entre otras medidas tendientes a fortalecer la investigación (Decisión 608, Artículo 16). Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento, la práctica de pruebas, las facultades de la autoridad y demás actuaciones que procedan en la investigación, deben tener en cuenta la legislación de libre competencia del País Miembro donde se realiza la actuación (Decisión 608, Artículo 16).

7.2. Trámite de la Investigación

La investigación se desarrolla en dos etapas: **(i)** una primera en Sede Nacional, la cual la realiza la autoridad o las autoridades de los Países Miembros que colaboran con la investigación; y **(ii)** La segunda etapa se desarrolla en Sede Comunitaria, directamente por la SGCAN.

La investigación en Sede Nacional se debe desarrollar en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, a partir de la notificación del Plan de Investigación de la Secretaría (Decisión 608, Artículo 17). En este lapso, los interesados pueden presentar alegatos y solicitar una audiencia pública para confrontar los mismos. La convocatoria a audiencia debe ser comunicada con diez (10) días hábiles de anticipación a las partes, a los Organismos de Integración, y a los miembros del Comité (Decisión 608, Artículo 26).

Posteriormente, ya en Sede Comunitaria, la SGCAN cuenta con cuarenta y cinco (45) días hábiles adicionales para realizar sus propias determinaciones, en las que puede complementar la investigación, solicitar nueva información de las autoridades nacionales competentes, de las partes, de los gobiernos o verificar la información que ya tiene (Decisión 608, Artículo 19). También son llamados a colaborar las personas naturales o jurídicas de los Países Miembros que se requieran en este periodo, mediante información, pruebas o alegatos en caso de ser necesario.

Después de los cuarenta y cinco (45) días mencionados, la SGCAN tiene otros diez (10) días hábiles para elaborar el Informe de Resultados de la investigación y remitirlo a los miembros del Comité. A partir ese momento, las partes cuentan con quince (15) días hábiles para presentar alegatos escritos, los cuales son remitidos nuevamente a los miembros del Comité (Decisión 608, Artículo 20). A continuación, la Secretaría cuenta con cinco (5) días hábiles para reunirse con los miembros del Comité, y estos últimos con veinte (20) días hábiles para volver a reunirse a partir de la convocatoria de la SGCAN (Decisión 608, Artículo 21).

Luego, corresponde al Presidente del Comité rendir informe a la SGCAN en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles (Decisión 608, Artículo 21). Si no lo hace se entiende que el Comité consintió sobre el informe y los resultados de la investigación.

Una vez surtido este trámite, el Secretario General de la CAN decide el caso mediante resolución que se notifica a los investigados, a las autoridades de competencia de los países miembros y se publica en la Gaceta Oficial de la CAN.

En contra de la decisión del Secretario General, procede el recurso de reconsideración, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la notificación del acto que se impugna (1997,

Decisión 425, Artículo 44)⁷. Decidido este recurso la decisión queda en firme, pero es susceptible de ser demandada mediante acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de los dos (2) años siguientes a partir de la vigencia de la decisión (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Artículo 20). La demanda no interrumpe el cumplimiento de la decisión, salvo que el demandante solicite y obtenga una medida cautelar consistente en la suspensión de la misma (1996, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Artículo 21)⁸.

7.3. Información

La información del expediente es pública, salvo que sea como confidencial, por su contenido o su oportunidad de divulgación. La SGCAN y las autoridades nacionales competentes garantizan la confidencialidad de la información. Dicha confidencialidad cesa por solicitud del interesado que la facilitó (Decisión 608, Artículo 24).

7.4. Compromisos de Cese

El agente económico investigado por la Secretaría puede ofrecer compromisos voluntarios con el objetivo de cesar la conducta anticompetitiva, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de publicación de la resolución de apertura de la misma (Decisión 608, Artículo 27). En el evento de que presenten compromisos, la SGCAN convoca al Comité de Competencia para analizarlos.

La Secretaría General tiene la potestad de aceptar o desestimar los compromisos ofrecidos mediante resolución motivada. Si la Secretaría acepta los compromisos se da por concluida la investigación y requiere a las partes para que estas suministren información de forma trimestral en función de verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. En caso de no aceptarse los compromisos continuará la investigación.

Si se incumple con el suministro de información por parte del agente económico, la SGCAN podrá reiniciar la investigación mediante resolución motivada y aplicar medidas cautelares de ser necesario (Decisión 608, Artículo 29). Sin embargo, el agente económico puede solicitar a la Secretaría la reconsideración de las condiciones que existen en el compromiso, si cambian las condiciones del mercado relevante (Decisión 608, Artículo 30).

7.5. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares deben ser solicitadas a la Secretaría General, pero pueden ser decretadas de oficio por la misma. La solicitud puede exigir una caución o garantía para el otorgamiento de dichas medidas siempre y cuando se demuestre un interés legítimo, una inminencia del daño, un perjuicio irreparable o uno de difícil reparación. La Secretaría se encarga de expedir un auto que determina la medida, caución, o garantía (Decisión 608, Artículo 31).

Las medidas cautelares de oficio buscan proteger el interés de la comunidad y son motivadas por la autoridad nacional de competencia del país donde se aplica dicha medida. Estas pueden buscar la suspensión provisional de la conducta restrictiva y debe ser emitida en favor de la autoridad nacional competente de conformidad con las leyes nacionales donde reside el solicitante. (Decisión 608, Artículo 32).

7 Secretaría General de la Comunidad Andina, Decisión 425 de 1997. *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*. (SGCAN, 1997).

8 Comunidad Andina de Naciones, *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones*. (CAN, 1996).

La SGCAN debe pronunciarse sobre el decreto o rechazo de la medida dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud o de la fecha de apertura de la investigación (Decisión 608, Artículo 33).

7.6. Medidas Correctivas y/o sancionatorias

Una vez la investigación arroje resultados tendientes a demostrar conductas anticompetitivas, por acuerdos o abuso de posición dominante, la SGCAN puede ordenar el cese inmediato de las conductas restrictivas de la libre competencia y aplicar medidas correctivas o sancionatorias si lo encuentra necesario. Estas medidas pueden ser **(i)** El cese de la práctica en un periodo determinado **(ii)** la imposición de condiciones u obligaciones al infractor **(iii)** multas al infractor (Decisión 608, Artículo 34).

Para graduar las medidas correctivas o sancionatorias se tienen en cuenta elementos como: la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes, el nivel de daño causado, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa, el efecto de la restrictivo dentro de la competencia del mercado, la duración de la conducta, el impacto sobre los consumidores, entre otros aspectos (Decisión 608, Artículo 34).

En relación con las multas, estas no pueden superar el diez por ciento (10%) del valor de los ingresos totales brutos del infractor en el año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo de la SGCAN. Así mismo, debe indicarse monto, forma, oportunidad y lugar del pago de la multa (Decisión 608, Artículo 34).

Los gobiernos de los Países Miembros son responsables de la ejecución de las multas, dependiendo del lugar en el que se encuentra la empresa objeto de la medida, el principal centro de negocios de la empresa en la Subregión o donde sucedan los efectos de las prácticas denunciadas (Decisión 608, Artículo 35).

8. PRINCIPALES PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CAN

En esta sección se expondrán de manera resumida las principales propuestas para la modernización del Derecho de la Competencia en la CAN.

8.1. Reglas de coordinación entre la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros para iniciar investigaciones de competencia

Como se pudo observar en la sección quinta de este documento, existe una importante discusión respecto del ámbito de competencia de la SGCAN. Es decir, sobre la definición de cuándo una investigación debe ser abordada por las autoridades nacionales de competencia de los países miembros; y cuándo debe considerarse que la conducta investigada tiene una dimensión comunitaria y por lo tanto debe ser abordada por la SGCAN.

Más allá de las precisiones sobre el *efecto real* de la conducta, que ya ha adelantado el TJCA en el caso de Angelcom arriba citado, tanto la normativa Andina como la de los Países Miembros, deben contar con reglas que eviten la iniciación de investigaciones paralelas o consecutivas por las autoridades nacionales de los Países Miembros y por la SGCAN. Al respecto manifiestan Ingrid Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio lo siguiente:

4. Nada se dice en la Decisión 608/2005 sobre la competencia de la Secretaría General cuando un asunto está siendo objeto de uno o varios procedimientos de orden nacional, ni se regulan tampoco los efectos que en estos casos tendría la asunción de competencias

por parte de la autoridad andina. En otras palabras, no se regula el principio de primacía o prevalencia de la competencia de la autoridad supranacional, que en nuestra opinión estaría plenamente justificado y sería necesario respecto de aquellas conductas que claramente afecten el funcionamiento del mercado subregional. (p. 331)

Al respecto se considera que la solución del Derecho Europeo frente a una situación de este tipo parece sub-óptima, en el sentido de que de conformidad con la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es posible que coexistan procedimientos nacionales y comunitarios porque las normas nacionales y comunitarias de competencia persiguen finalidades distintas, con lo cual no se vulnera el principio *non bis in ídem*. Sin embargo, con base en el principio de equidad, el TJUE ha considerado que al establecer la sanción, la Comisión Europea (CE) debe tener en cuenta las sanciones ya impuestas por las autoridades nacionales de los países miembros.

Esta doctrina tiene su origen en 1969, en el caso *Walt Wilhelm* (Caso 14/68), en el cual el *BundesKartellamt* alemán investigó y sancionó un cartel de siete (7) productores de colorantes alemanes, cuatro (4) de los cuales fueron también investigados por la CE. A pesar de las protestas de las empresas doblemente investigadas, como ya se dijo, la decisión adoptada por la CE consistió en admitir que se adelanten los procedimientos paralelos sobre unos mismos hechos, pero tener en cuenta en la sanción, las sanciones impuestas por la autoridad alemana.

Para adoptar su decisión el TJUE tomó en consideración el entonces vigente artículo 9 del Reglamento del Consejo N° 17, el cual fue modificado por el Reglamento 1/2003 del año 2004, que contiene criterios aún más amplios en favor de la competencia de la CE. En efecto, de conformidad con el mencionado reglamento, la CE tiene preferencia en materia de competencia y se encuentra facultada para adelantar una investigación aún en el evento de que una autoridad nacional de un País Miembro ya esté adelantando un procedimiento. Si bien la mencionada norma establece la posibilidad de que la CE suspenda o de por terminado un procedimiento, esto no es obligatorio, sino meramente potestativo de la autoridad europea. Al respecto los artículos 11(6) y 13(1) del Reglamento 1/2003 disponen lo siguiente:

REGLAMENTO 1/2003.

Artículo 11.– Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros

(...)

6. La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.

REGLAMENTO 1/2003.

Artículo 13.– Suspensión o fin del procedimiento

1. Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro.

2. Las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.

La doctrina del caso *Wilhelm* fue ratificada en el 2013 en el caso de *Toshiba Corporation* (TJUE, Asunto C-17/10, 2012), así:

78. En la medida en que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 6, frase primera, del Reglamento no 1/2003, la autoridad nacional de defensa de la competencia deja de estar autorizada a aplicar el artículo 81 CE desde el momento en que la Comisión incoa un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión en aplicación de lo establecido en el capítulo III del mismo Reglamento, dicha autoridad nacional pierde asimismo la posibilidad de aplicar las normas del Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias.

79. El Reglamento no 1/2003 no establece, sin embargo, que la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión prive a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, con carácter permanente y definitivo, de sus atribuciones para aplicar la legislación nacional en esta materia.

80. Tal como sostiene la Comisión en sus observaciones escritas, las autoridades nacionales de defensa de a competencia recuperan sus atribuciones tan pronto como concluye el procedimiento incoado por dicha institución.

81. De conformidad con reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia de competencia se aplican paralelamente (sentencias *Wilhelm* y otros, antes citada, apartado 3; de 9 de septiembre de 2003, *Milk Marque y National Farmers' Union*, C-137/00, Rec. p. I-7975, apartado 61, y de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 38). El Derecho de la Unión y el Derecho nacional consideran las prácticas restrictivas desde aspectos diferentes (sentencias *Wilhelm* y otros, antes citada, apartado 3; *Manfredi y otros*, antes citada, apartado 38, y de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros*, C-550/07 P, Rec. p. I-8301, apartado 103) y su ámbito de aplicación no es idéntico (sentencia de 1 de octubre de 2009, *Compañía Española de Comercialización de Aceite*, C-505/07, Rec. p. I-8963, apartado 52).

82. Esta situación no se vio modificada por la aprobación del Reglamento N° 1/2003. (el subrayado es nuestro)

De conformidad con lo anterior y como lo reconocen Caravaca y María del Pilar Canedo Arrillaga (2006) "Es poco probable que el principio non bis in idem sea aplicable en la red de autoridades de competencia de los Estados miembros.." (p. 39)

En vista de lo antes expuesto, procede recomendar que tanto en las normas Andinas como en las de los Países Miembros, se incluyan disposiciones que logren el siguiente efecto:

- a.** Cuando las autoridades nacionales de competencia se dispongan a iniciar investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, que involucren o puedan llegar a involucrar a más de un País Miembro de la CAN, procederán a informarle de dicha situación a la SGCAN con el fin de que evalúe si la conducta en cuestión debe ser investigada por esa autoridad.
- b.** Así mismo, cuando la SGCAN vaya a iniciar una investigación, debe poner en conocimiento de esta situación, de manera previa a las autoridades nacionales de competencia de los

Países Miembros, con el fin de que analicen su propia competencia frente al caso y se establezca un diálogo cuyo objeto es el de armonizar las actividades de las diferentes autoridades.

- c. No se deben adelantar procedimientos paralelos o sucesivos de la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros, respecto de unos mismos hechos.
- d. En caso de que una o más autoridades nacionales ya lleven adelantado el procedimiento, sin que la SGCAN haya manifestado tener competencia para realizar una investigación Andina de competencia, la SGCAN se abstendrá de interferir con la aplicación de la legislación local.
- e. La SGCAN y las autoridades de competencia de los Países Miembros deben colaborar armónicamente con el fin de coordinar sus actividades y tener mayor efectividad en la aplicación de sus respectivas normativas.

8.2. Creación del programa de Clemencia o Delación en la CAN y armonización del programa con las legislaciones nacionales

Los países latinoamericanos han adoptado la libre competencia económica como un elemento estructural para el funcionamiento de la economía de mercado dentro del Estado de derecho, ya que se considera que contribuye al mejoramiento de la eficiencia de la economía, pero sobre todo, al bienestar de los consumidores, los cuales podrán acceder, gracias a la libre competencia económica, a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio y les permitirá satisfacer de manera más eficiente sus necesidades.

De manera correlativa se considera que las prácticas restrictivas de la competencia afectan el funcionamiento de los mercados y disminuyen el bienestar de los consumidores. Estas prácticas han sido clasificadas como conductas generadoras de daños, infracciones administrativas y en algunos casos criminales, por el perjuicio que le causan a la sociedad. El Derecho de la Competencia es reconocido hoy en día en Latinoamérica, así como en la mayor parte del mundo, como un estatuto anticorrupción para el sector privado y la infracción de sus normas empieza a ser rechazada por la sociedad, que ha comprendido el efecto nocivo de conductas prohibidas tales como los carteles empresariales.

Por esta razón, la libre competencia económica ha sido consagrada como un derecho económico en las constituciones de los países latinoamericanos, los cuales cuentan hoy día con normativa y autoridad de competencia, con la notable excepción de Guatemala, país que seguramente culminará este año el proceso de expedición de su ley de competencia.

La investigación y sanción de conductas anticompetitivas es difícil, pues en muchos casos no se encuentran muchas evidencias directas, ya que los involucrados comprenden hoy día el carácter ilegal de sus conductas y han sofisticado los mecanismos para realizarlas, lo cual hace más difícil su detección. Adicionalmente, desde el punto de vista de la teoría de juegos, la posición más segura para todos los miembros de un cartel empresarial, consiste en mantenerse fieles entre sí y guardar silencio ante cualquier requerimiento de la autoridad, ya que, si nadie habla, la posibilidad de que cualquiera de los miembros del cartel resulte sancionado, es menor.

Los programas de amnistía, clemencia o delación, pretenden generar incentivos para romper la lealtad entre los infractores. Para ello, ofrecen inmunidad total, parcial o reducción de las multas a quienes colaboren con la autoridad.

Los programas de delación son la herramienta más eficaz en la lucha contra los carteles empresariales y por ello han sido introducidos en las legislaciones de competencia de los países latinoamericanos, los cuales han venido desarrollando sus primeros casos durante la última década.

Así mismo, nuestros países han expedido normas tendientes a la criminalización del derecho de la competencia, lo cual genera algunos problemas para el desarrollo de los programas de delación. En efecto, lo que sucede en la mayoría de nuestros países es que las autoridades de competencia son autoridades administrativas especializadas que están facultadas para otorgar inmunidad a quienes aplican al programa de delación, frente a las normas de competencia y en especial respecto de las multas; pero no tienen potestad para detener o brindar inmunidad frente a las investigaciones criminales, con lo cual se puede generar un desincentivo para delatar.

De otra parte, en Latinoamérica como en Europa, uno de los aspectos importantes que falta por desarrollar, es el de la indemnización de perjuicios por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, para lo cual las legislaciones de los países ofrecen diferentes clases de acciones judiciales, cuya activación podría también interferir con el desarrollo de los programas de delación.

Por último, los programas de delación pueden resultar afectados por la aplicación de normas supranacionales como es el caso de la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, sistema de competencia que no tiene programa de delación, lo cual puede llegar a interferir con el desarrollo de los programas de este tipo en los países andinos. En efecto, en el evento de que una empresa aplique al programa de delación en un país andino y obtenga inmunidad de las conductas delatadas, pero después la Secretaría de la CAN decida investigar esta misma conducta por considerar que tiene dimensión comunitaria, la empresa investigada puede ver afectada la inmunidad concedida por la aplicación de un régimen legal que no cuenta con una herramienta tan vital para el derecho de la competencia, como es el programa de delación.

Las situaciones brevemente descritas generan retos muy importantes para el desarrollo del Derecho de la Competencia en Latinoamérica y justifican su análisis cuidadoso, con el objeto de formular propuestas que permitan armonizar la herramienta de la delación con la estructura institucional y la legislación de nuestros países, de tal manera que los programas de delación en Latinoamérica puedan ser utilizados de manera efectiva y cumplan su propósito en beneficio de la sociedad.

La propuesta entonces es la de crear un programa de amnistía, clemencia o delación a nivel comunitario andino, así como una serie de reglas tendientes a coordinar de manera armónica este programa con el que tienen los Países Miembros, de tal manera que la delación realizada ante el organismo comunitario ampare a los aplicantes en las legislaciones de los países miembros; y que la aplicación ante cualquiera de las autoridades de los países miembros sea valorada y admitida por la SGCAN.

8.3. Creación del Régimen de Control de las Concentraciones Empresariales a nivel Andino

El control de las concentraciones empresariales es una de las herramientas más importantes con las que cuenta hoy en día el derecho de la Competencia a nivel mundial, con el fin de promover y garantizar la libre competencia económica en los mercados.

El control de las concentraciones empresariales, así como la abogacía de la competencia y la intervención del Estado en la economía para regular los mercados, son instrumentos que buscan la protección de la competencia en una forma *ex – ante*. Mucho se ha debatido sobre la conveniencia o inconveniencia de establecer el régimen de control de las concentraciones empresariales, sobre todo en economías pequeñas; pero la verdad es que esta área del Derecho de la Competencia se encuentra presente en casi todas las jurisdicciones. Inclusive en el Perú, donde se discutió por varias

décadas sobre su inclusión, finalmente este año se aprobó la ley que ordena el establecimiento del régimen de control de las concentraciones empresariales.

El principal objetivo del régimen de control de las concentraciones empresariales es el de analizar aquellas operaciones significativas de concentración empresarial, con el fin de identificar aquellas que tienen el potencial de generar una indebida restricción de la libre competencia, con el fin de imponerles condicionamientos que contribuyan a remediar los efectos nocivos sobre la competencia; y si ello no es posible, prohibirlas, con el fin de proteger la competencia, los competidores y los consumidores (Miranda Londoño et al., 2014).

La Decisión 608 de la CAN no trae un capítulo sobre control de las concentraciones empresariales y evidentemente podría manejarse el tema a través de las normas sobre acuerdos anticompetitivos, como en el caso de la Unión Europea; sin embargo, lo más apropiado sería establecer una normativa expresamente diseñada sobre la materia, eso sí, con reglas claras para identificar aquellas concentraciones empresariales con dimensión comunitaria, de tal manera que sea claro en que casos las conocerá la SGCAN y en que casos las deben conocer las autoridades de cada uno de los Países Miembros.

Es importante que la normativa defina por lo menos los siguientes aspectos:

- a. La definición de concentración empresarial, que es una operación, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, como consecuencia de la cual, dos agentes económicos que participaban de manera independiente en el mercado, quedan sometidos de manera permanente a un solo control. Las operaciones de concentración pueden ser horizontales (entre agentes económicos que realizan la misma actividad); verticales (entre agentes económicos que participan de la misma cadena de valor); o conglomeradas (entre agentes económicos que participan de diversos mercados).
- b. Deben establecerse las reglas para la definición del mercado relevante en sus tres dimensiones: producto, geográfico y temporal y establecerse los umbrales económicos que ameritan que se ponga en movimiento el control de las concentraciones empresariales, de conformidad con el principio de *mínimis*.
- c. Debe establecerse un procedimiento claro y expedito que garantice a los agentes económicos la rápida definición de la competencia de la SGCAN o de las autoridades nacionales de los Países Miembros, así como la eficiencia del trámite.
- d. Deben establecerse reglas referentes al test sustancial, la excepción de eficiencia, la excepción de la industria fallida, los condicionamientos estructurales o de comportamiento y las causales para la reversión de la operación.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Caravaca, A. L., & Canedo Arrillaga, M. P. (2014). Non bis in idem en Derecho antitrust. *Estudios De Deusto*, 54(1), 11-39. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(1\)-2006pp11-39](https://doi.org/10.18543/ed-54(1)-2006pp11-39).
- Comunidad Andina de Naciones. (1996). Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Comunidad Andina de Naciones. (2005). Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 de 2005.

- Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. (2005). Decisión 608 de 2005 Reglas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- Díez Canseco Núñez, L. J. (2018, 13-14 de mayo). *Acuerdos Regionales de Competencia en América Latina y el Caribe* [ponencia]. Derecho de la Competencia: experiencias comunitarias y nacionales a los 40 años de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Ecuador.
- Faull, J. & Ali Nikpai. (1999). *The EC Law of Competition*. Oxford University Press.
- Gómez Apac, H. R. (2019). Capítulo II. El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino. En H. R. Gómez Apac., *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, pp. 41-78. Editorial San Gregorio S.A..
- Gómez Apac, H. R. (Dir.); Romero Zambrano, H.; Rodríguez Noblejas, K.; Aguilar Feijoó, L. & Vergara Quintero, L. (2019). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Editorial San Gregorio S.A..
- Miranda Londoño, A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su Legado. CEDEC. *Revista de Derecho de la Competencia*. CEDEC. XI, (7)7, 56 -148.
- Miranda Londoño, A. (1998). Perspectiva del Sector Privado sobre la aplicación de las Leyes de la Competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto de comercio internacional. *CEDEC II - Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (Javeriana)*, 241-245.
- Miranda Londoño, A.; Gutiérrez Rodríguez, J. D. & Barrera Silva, N. (2014). *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Grupo Editorial Ibañez.
- Ortiz-Baquero, I. S. & Solano Osorio, D. A. (2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. *Vniversitas*, (65)132, 311–348.
- Palacios Lleras, A. & Gutiérrez Rodríguez, J.D. (2015). Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano. *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC XV*, (11)11. 137-176.
- Pedraza Gutiérrez, J. H. (2019, 7-8 de octubre). *Presente y futuro de la CAN en el nuevo contexto mundial* [ponencia]. V Simposio Internacional "Nuevas fronteras para el desarrollo socio económico y la integración en la Cuenca del Pacífico", Bogotá, Colombia.
- Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. (1997). Decisión 425 de 1997. Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. (2018, 28 de mayo). Expediente No. 002/LC/SJ 2016. Resolución 2006. En *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. (2018, 28 de mayo), XXXV, 3292.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], Gran Sala. (2012, 14 de febrero). Asunto C-17/10. Toshiba Corporation. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0017&from=ES>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2017, 9 de marzo). Proceso 05-AN-2015. Caso de Angelcom S.A.. En . En Gaceta Oficial del acuerdo de Cartagena. (2017, 2 de mayo). XXXIV, 3012. <http://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/05-AN-2018.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018, 7 de setiembre). Interpretación prejudicial. 78 – IP – 2018. En Gaceta Oficial del acuerdo de Cartagena. (2018, 1 de octubre). XXXV, 3383, pp. 2-13. <http://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/78-IP-2018.pdf>