

# LA INTEGRACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA Y SU SISTEMA DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA: ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES

---

PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA\*  
INDECOPI

## Resumen

*La Comunidad Andina es un proceso de integración que ha superado los treinta y cinco años de existencia. En este periodo, la liberalización del comercio se ha producido en plazos prolongados que, en la actualidad, permiten contar con un área de libre comercio andina. Este nivel de integración podría incrementarse hacia una unión aduanera o, eventualmente, hacia un mercado común al estilo europeo, siempre que sus miembros logren acuerdos y establezcan objetivos cuyo cumplimiento efectivo sea realizado. En este contexto, el proceso de integración andino ha desarrollado sistemas que complementan el proceso de liberalización comercial, siendo estos, entre otros: i) el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; ii) los Mecanismos Comunes de Defensa Comercial a través de la imposición de Medidas Antidumping y Medidas Compensatorias; y, iii) el nuevo Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia, bajo comentario. En esta entrega se presenta, en consecuencia, el estado de la cuestión en el proceso comunitario andino y sus perspectivas, así como un análisis sobre: i) la necesidad de defender la libre competencia a nivel del mercado comunitario andino; y, ii) los aspectos institucionales y procesales de dicha defensa en el nuevo Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia, establecido por la Decisión N° 608.*

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) para los cursos i) Integración Económica y Comercial y Tratados Internacionales; y, ii) Derecho Empresarial. Con estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa por la UPC y con estudios de Postgrado en Derecho Internacional Económico en la PUCP. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa profesionalmente.

## 1.- Introducción

La Decisión N° 608 de la Comunidad Andina estableció, a inicios del año 2005, el Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el mercado ampliado comunitario andino que, dotado de herramientas institucionales y procesales, tiene por finalidad defender la libre competencia de los efectos nocivos que generan los acuerdos restrictivos y el abuso de la posición de dominio.<sup>1</sup>

Nuestro objetivo es presentar el estado de la cuestión en el proceso comunitario andino y un análisis sobre: i) la necesidad de defender la libre competencia a nivel del mercado comunitario andino; y, ii) los aspectos institucionales y procesales de dicha defensa. Debido a limitaciones de extensión, la presente entrega asume el conocimiento de los aspectos sustanciales de la materia que ocupa a la defensa de la libre competencia, desarrollados con detalle sobre la experiencia comunitaria andina en otra sede.<sup>2</sup>

## 2.- La Comunidad Andina como proceso de integración

La Comunidad Andina es un sistema regional de integración económica conformado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Cada Estado andino participa también del sistema multilateral de integración como miembro de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC). La compatibilidad de su participación en ambos escenarios se sustenta en que la Comunidad Andina, como bloque regional, goza de las excepciones contempladas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 - 1994<sup>3</sup> y en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).<sup>4</sup> Esta circunstancia permite a los Estados andinos lograr una mayor integración y liberalización del comercio de bienes y servicios, sin encontrarse obligados a extender dichos niveles de liberalización a los demás Estados miembros de la OMC, manteniendo plena observancia de los

---

<sup>1</sup> El anterior sistema de defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina tuvo una inoperancia singular. Al respecto de la aplicación de la Decisión N° 285 de la Comunidad Andina, consultar: Falla y Quintana. (2003), pp.144-176.

<sup>2</sup> Al respecto ver: Stucchi y González (2005), pp. 205-221.

<sup>3</sup> Ver el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 que reconoce como excepción a la cláusula de nación más favorecida, el establecimiento de acuerdos de integración regional. Para profundizar sobre esta excepción consultar: OMC (1995), pp. i-110.

<sup>4</sup> Ver los artículos V y V *bis* del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) que reconocen como excepción a la cláusula de nación más favorecida, el establecimiento de acuerdos de integración regional. También para profundizar sobre esta excepción consultar: OMC (ibid).

tratados multilaterales de integración económica multilateral que administra esta organización.<sup>5</sup>

La Comunidad Andina persigue, conforme señala el Acuerdo de Cartagena -su instrumento constitutivo-, los objetivos de “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación (...)”, para lograr su finalidad declarada expresamente como “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.”<sup>6</sup>

Como se aprecia, el objetivo de la integración económica andina es de carácter inmediato e instrumental, pues la finalidad del proceso es lograr el aumento en el excedente de los ciudadanos que conforman su población, procurando su bienestar.

## 2.1.- El área de libre comercio andina

Un área de libre comercio es una zona conformada por el territorio de Estados que permiten que el intercambio de bienes originarios de cada uno pueda realizarse como exportación hacia otro de los Estados miembros de la misma zona, sin pagar arancel alguno, ni ser objeto de gravamen o restricción alguna que dificulte su importación.<sup>7</sup> Sin embargo, los Estados mantienen el control sobre el establecimiento de aranceles para importación desde terceros Estados distintos de aquéllos que conforman el área de libre comercio.

Un área de libre comercio se despliega como un esquema de integración comercial que no exige exclusividad, pues un Estado, en principio, puede conformar tantas áreas de libre comercio como pueda. La tendencia actual es que las áreas de libre comercio sean establecidas bajo compromisos entre Estados que suscriben un Tratado de Libre Comercio (TLC).<sup>8</sup>

La Comunidad Andina posee, desde el año 1993, un área de libre comercio conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela. Esta área fue consecuencia

<sup>5</sup> Cabe señalar que mediante la Decisión N° 613, la Comunidad Andina decidió la incorporación de los Estados que conforman el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) – Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como miembros asociados. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D613.htm>.

<sup>6</sup> Citas textuales tomadas del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>.

<sup>7</sup> Las áreas de libre comercio son consideradas por un sector de la doctrina como “áreas preferenciales de mercado orientadas a acelerar la vigencia en el plano regional de los principios del multilateralismo global en el marco de los criterios del (...) regionalismo abierto”. Cita textual tomada de: Di Filippo y Franco (2000), p.58.

<sup>8</sup> Para profundizar sobre los compromisos jurídicos que implica la suscripción de un Tratado de Libre Comercio (TLC) nos remitimos a lo expuesto en una entrega especial al respecto en: Stucchi (2005), pp.47-66.

del cumplimiento paulatino del Programa de Liberación arancelaria establecido para tal efecto. Lamentablemente, Perú se excluyó del cumplimiento de este programa en el año 1992, lo que mantuvo incompleta el área de libre comercio andina por más de diez años. Sin embargo, desde el 31 de diciembre de 2005, Perú converge plenamente en el área de libre comercio andina, habiéndose ésta completado en su plenitud.<sup>9</sup>

## 2.2.- La unión aduanera andina

Una unión aduanera se constituye cuando dos Estados o más logran, además de establecer la libre circulación de bienes originarios entre sus territorios (en virtud del establecimiento de un área de libre comercio), la aplicación de un mismo nivel arancelario a los bienes que se importan desde el exterior de la unión hacia cada Estado que la conforma. Así, se genera una frontera comercial arancelaria única que se proyecta hacia el exterior.<sup>10</sup>

Una unión aduanera, para configurarse a plenitud, requiere también de: i) la ejecución de una política comercial exterior en negociaciones comerciales internacionales conjuntas; y, ii) el establecimiento de medidas de defensa comercial comunes hacia el exterior de la unión aduanera, tales como medidas contra el *dumping*, medidas contra las subvenciones y medidas de salvaguardia, entre otras.<sup>11</sup>

Lo expresado revela que un Estado solamente podrá ser parte de una unión aduanera a la vez. Un Estado, luego de ser parte de una unión aduanera, no podrá negociar o establecer áreas de libre comercio con terceros Estados si éstas no incluyen también a los demás Estados miembros de la unión aduanera de la que forma parte.

En el caso de la Comunidad Andina, a excepción de Perú, la denominada unión aduanera se encuentra funcionando desde el año 1995 con la vigencia del arancel

<sup>9</sup> Constataciones confirmadas de la fuente oficial de información pública de la Comunidad Andina que se consultó en [http://www.comunidadandina.org/comercio/zona\\_1.htm](http://www.comunidadandina.org/comercio/zona_1.htm) y en <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np10-1-06.htm> el 31 de marzo de 2006 a las 10:10 horas. La Decisión N° 414 de la Comunidad Andina fue el instrumento jurídico comunitario que estableció el cronograma especial para Perú. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D414.htm>.

<sup>10</sup> El Acuerdo de Cartagena señala textualmente:  
“Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

(...)

c) Un Programa de Liberación del intercambio comercial (...)

d) Un Arancel Externo Común (...)”

Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>

<sup>11</sup> Definición enriquecida por la consulta de: Tames y Huerta (1999), pp.212-213.

externo común para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela con niveles de 5%, 10%, 15% y 20% para los diferentes productos que se importan. En el caso de Bolivia, por excepción, la unión aduanera solamente prevé niveles arancelarios distintos, bajo la administración de la propia Comunidad Andina.<sup>12</sup> Parece sumamente difícil que Perú se incorpore en la unión aduanera andina en los próximos años, pues ya se han intentado planes de adecuación sin haber logrado que su ejecución tuviera éxito.<sup>13</sup>

Sin embargo, lo que más preocupa respecto de la Comunidad Andina y su pretensión de consolidar una unión aduanera son las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América y el eventual establecimiento de un área de libre comercio con dicho Estado por parte de Colombia, Ecuador y Perú. Dicha preocupación se sustenta en que si se llevara a cabo la ejecución del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América sin Venezuela y sin Bolivia, se impediría definitiva o temporalmente la conformación de una unión aduanera andina en la plenitud de su concepto. Ello, pues tendríamos niveles arancelarios diferentes para los productos procedentes de Estados Unidos de América para su ingreso a los países andinos, tales como: i) ningún arancel si el producto se dirige a ingresar por Colombia, Ecuador o Perú; y, ii) aranceles efectivos, diferentes además, si el producto se dirige a ingresar por Bolivia o Venezuela. Así, no se podría verificar la existencia de un arancel externo común y menos aún la ejecución de una política comercial exterior en negociaciones comerciales internacionales conjuntas.

Los Estados andinos, en previsión de esta situación que complica el escenario comunitario, respecto del objetivo de establecer una unión aduanera, han considerado oficialmente “[q]ue las negociaciones comerciales con terceros países que en la actualidad adelantan los Países Miembros generan oportunidades y desafíos para la integración andina (...) que en caso de que no sea posible negociar comunitariamente se podrán celebrar negociaciones de carácter bilateral”, por lo que decidieron en julio del año 2004 que “podrán negociar acuerdos comerciales con terceros países, prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual”.<sup>14</sup> Esta circunstancia, a nuestro criterio, permite perforar la unión aduanera de modo tal que dejará a la Comunidad Andina bajo un esquema de integración que podríamos denominar, a lo mucho, área de libre comercio *plus*.

---

<sup>12</sup> Constataciones confirmadas de la fuente oficial de información pública de la Comunidad Andina que se consultó en <http://www.comunidadandina.org/comercio/union.htm> el 31 de marzo de 2006 a las 10:26 horas.

<sup>13</sup> Conforme había señalado la Decisión N° 620 de la Comunidad Andina, al 2 de diciembre del 2005 se debió haber logrado la adopción de una política arancelaria común para que la unión aduanera andina quede completada, circunstancia que no se ha verificado a la fecha, en nuestra opinión. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D620.htm>.

<sup>14</sup> Citas textuales tomadas de la Decisión N° 598 de la Comunidad Andina. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D598.htm>.

Sería recomendable, en la actualidad y en un escenario como el descrito, evitar la denominación grandilocuente de unión aduanera en tanto ésta no exista realmente.

### 2.3.- El mercado común andino

Un mercado común (o también denominado mercado interior) implica que la circulación y el intercambio de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, se produzca con plena libertad al interior de los territorios de los Estados que participan de un proceso de integración.<sup>15</sup>

El intercambio y circulación de factores debe realizarse en condiciones equivalentes a las que se tendría si todos los Estados del mercado común conformaran un único mercado nacional. Por ejemplo, en un mercado común, los ciudadanos de los Estados integrados deben tener derecho de establecimiento y de trabajo en iguales condiciones y sin discriminación en el territorio de cualquiera de dichos Estados. Del mismo modo, la circulación de bienes, servicios y capitales se debe desarrollar sin discriminación o restricción alguna, con el otorgamiento de un trato nacional pleno e irrestricto.

Cabe mencionar que la Comunidad Andina se ha planteado también como objetivo la conformación de un mercado común, nivel de integración del que disfruta la Unión Europea. Este objetivo no se encuentra establecido en el Acuerdo de Cartagena, pero ha sido expresado por los jefes de Estado andinos en diversas cumbres, encontrándose actualmente en proceso construcción.<sup>16</sup>

Comentada en los puntos anteriores la situación de la libre circulación de bienes en la Comunidad Andina, corresponde apuntar que en cuanto a servicios los Estados andinos han desarrollado un inventario de las medidas que restringen el acceso al mercado y el trato nacional en la prestación de servicios entre sus territorios.<sup>17</sup> Las medidas consignadas en este inventario (consideradas jurídicamente las únicas

---

<sup>15</sup> Como documento histórico de singular importancia que revela un enfoque sobre la necesidad de que los Estados latinoamericanos construyan un mercado común, desde la doctrina de la sustitución de importaciones, hoy superada, consultar: Prebisch (1959), pp.25-31.

<sup>16</sup> Al respecto, cabe recordar que en la Décimo Primera Reunión del Consejo Presidencial Andino, realizada entre el 26 y el 27 de mayo de 1999, en Cartagena de Indias, Colombia, los presidentes andinos establecieron el siguiente mandato para la Comunidad Andina: "Nos fijamos como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión." Este mandato fue declarativo pues los presidentes andinos, si bien conforman el principal órgano de dirección política no poseen poder normativo o vinculante alguno como parte de sus atribuciones. Además, como se puede apreciar, actualmente, en el año 2005 ello no ha ocurrido y se encuentra, aún, materialmente lejos de ocurrir.

<sup>17</sup> Consultar las Decisión N° 510 de la Comunidad Andina en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D510.htm>.

restricciones válidas al comercio de servicios entre los Estados de la Comunidad Andina), debieron haber sido retiradas progresivamente para lograr su retiro total al finalizar el año 2005 para lograr una plena movilidad de servicios, sin embargo se ha decretado una nueva prórroga para este objetivo que fija como fecha límite el 30 de junio de 2006.<sup>18</sup>

Respecto de la libre circulación de personas, un nacional ecuatoriano o un extranjero residente en Ecuador puede trasladarse a Bolivia, Colombia o Perú para realizar turismo sin necesidad de obtener una visa para ello y sin exigírsele que cuente con pasaporte, bastando que porte su documento nacional de identidad, y viceversa. Sin embargo, en el caso de Venezuela, dicho Estado mantiene niveles de restricción que dificultan el libre ingreso en su territorio. En este sentido, no se puede considerar liberalizada plenamente la circulación de personas en la Comunidad Andina por defectos de profundidad, pues sus disposiciones más efectivas se refieren a desplazamientos turísticos; y, por defectos de cobertura, al tener a Venezuela en un nivel que bloquea la liberalización del conjunto andino.<sup>19</sup>

De otro lado, respecto de la libre circulación de capitales, “se tiene previsto eliminar las medidas que restringen su movimiento, armonizar las normas de regulación bancaria y financiera y adoptar sistemas de cooperación entre las Bolsas de Valores de los países miembros, entre otras medidas”.<sup>20</sup> Es decir, al momento no se encuentra establecida ninguna disposición jurídica concreta que permita apreciar una formalización de este objetivo, necesario para lograr la conformación del mercado común andino.

#### **2.4.- Los retos de la integración andina**

Actualmente, la Comunidad Andina enfrenta retos para lograr un genuino y completo mercado ampliado, pues el estado actual de su proceso de integración muestra un plano *multifacetado* que: i) ha establecido un área de libre comercio; ii) se ha estratificado en una unión aduanera parcial, debido a la posición de Perú; y, iii) pretende avanzar hacia un deseado mercado común.

La Comunidad Andina posee las condiciones para ser un mercado atractivo si logra una adecuada dinámica de circulación de factores. Comercialmente, despliega un intercambio comercial entre los Estados miembros en el orden de los ocho mil

---

<sup>18</sup> Consultar las Decisión N° 629 de la Comunidad Andina en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D629.htm>

<sup>19</sup> Constataciones confirmadas de la fuente oficial de información pública de la Comunidad Andina que se consultó en <http://www.comunidadandina.org/exterior/migraciones.htm>, el 31 de marzo de 2006 a las 11:22 horas.

<sup>20</sup> Cita textual tomada de <http://www.comunidadandina.org/mercado.asp>, el 3 de noviembre de 2005 a las 14:05 horas.

novecientos (8 900) millones de dólares,<sup>21</sup> cifra que es el reflejo de un aumento progresivo en el intercambio comercial en la subregión. Asimismo, la Comunidad Andina posee un mercado que supera los ciento veinte (120) millones de habitantes, potenciales consumidores y oferentes de bienes o servicios.<sup>22</sup>

Para vencer los retos que tiene en el futuro, respecto de la consolidación de su mercado ampliado, la Comunidad Andina posee una institucionalidad jurídica que le podría permitir hacer frente a las nuevas realidades que debe establecer para lograr la liberalización de los cuatro factores de producción. Complementando sus objetivos de integración, ha desarrollado sistemas que complementan el proceso de liberalización, entre otros: i) el Régimen Común sobre Propiedad Industrial (Decisión N° 486); ii) los Mecanismos Comunes de Defensa Comercial a través de la imposición de Medidas *Antidumping* y Medidas Compensatorias (Decisiones N° 283, N° 456 y N° 457); y, iii) el nuevo Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia (Decisión N° 608), bajo comentario en la presente entrega.

## 2.5.- Nota sobre los recientes acontecimientos

Recientemente, el presidente Chávez ha calificado públicamente como “muerto” al proceso de integración andino y ha planteado el retiro de Venezuela de la Comunidad Andina. Se debe señalar que, para que ello se produzca efectivamente, se requiere primero que dicho Estado comunique formalmente dicha decisión por canales jurídicos a la Comunidad Andina, denunciando el Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, el área de libre comercio andina solamente podría ser desactivada luego de transcurridos cinco años de dicha comunicación.

En torno a estos recientes acontecimientos, el acercamiento entre la Unión Europea y la Comunidad Andina se pone en riesgo. La Unión Europea siempre ha exigido tratativas en bloque con la CAN, pues no ha deseado negociar acercamientos asociativos en lo individual con ninguno de los Estados andinos. En días pasados, Viena fue escenario de la IV Cumbre de América Latina y el Caribe - Unión Europea que reafirmó los deseos del bloque andino y del bloque europeo respecto de iniciar próximamente negociaciones tendientes a establecer un acuerdo de asociación que incluya: i) espacios institucionales de diálogo político; ii) programas de cooperación; y, iii) integración comercial. Sin embargo, es preciso notar que la Unión Europea desea una negociación de participación plena.

En este contexto, solamente queda aguardar con atención cómo se desarrollan los acontecimientos futuros, en la línea de una reconciliación y fortalecimiento del

---

<sup>21</sup> Constataciones confirmadas de la fuente oficial de información pública de la Comunidad Andina que se consultó en <http://www.comunidadandina.org/estadisticas/SGde137.pdf> el 31 de marzo de 2006 a las 11:51 horas.

<sup>22</sup> Cifras estimadas tomando como base el *World Development Indicators Database*, de agosto del año 2003.



proceso de integración andino o en la pérdida, temporal o irremediable, de uno de sus miembros.

### **3.- Planteamiento general sobre los beneficios que genera la integración económica a causa de los compromisos originados desde el poder público de los Estados**

Los procesos de integración económica que establecen mercados ampliados, sea que tengan un nivel de área de libre comercio, un nivel de unión aduanera o un nivel de mercado común, implican esfuerzos que se originan desde el poder público de los Estados que se comprometen, generalmente a través de un tratado, a abrir sus fronteras comerciales y generar nuevos escenarios en los que se intensifique el proceso competitivo.

Así, a través de tratados, como el Acuerdo de Cartagena que estableció la Comunidad Andina, los Estados persiguen como objetivo que los factores de producción (bienes, servicios, capitales y personas) circulen con mayor libertad entre sus territorios. Para lograr ello, se establecen cláusulas internacionales que limitan el poder público de los propios Estados, de modo tal que estos se vean impedidos de establecer gravámenes o restricciones que impidan o limiten la libre circulación de factores.

El objetivo primordial que invita a los Estados a limitar voluntariamente su actuar restrictivo ante la libre circulación de factores es el logro de mayor bienestar para sus ciudadanos, pues en su dimensión de consumidores podrán, para satisfacer sus necesidades: i) acceder a bienes y servicios de mejor calidad; ii) acceder a bienes y servicios de menor precio; o, iii) acceder a bienes y servicios de mejores combinaciones de precio y calidad. Además, la liberalización de estos factores permite que los consumidores puedan adquirir bienes que no se encuentran disponibles en el mercado nacional. Lo anterior permite que, entre otros casos, por ejemplo, i) en Bolivia, los consumidores puedan adquirir bananos procedentes de Ecuador, a mejores combinaciones de precio y calidad; y, ii) en Venezuela, los consumidores puedan adquirir ajos peruanos que son de una especie y variedad con la que no se cuenta en dicho Estado y que es muy valorada por el consumidor venezolano.

En cada caso, sea porque el consumidor accede a bienes o servicios a una mejor combinación de precio y calidad o porque accede a aquéllos que no encuentra disponibles en su territorio nacional, los compromisos de los Estados andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, permiten que el proceso competitivo genere mayores excedentes en el consumidor y, en consecuencia, incremente su bienestar. Adicionalmente, las empresas andinas pueden adquirir bienes o contratar servicios, en mejores condiciones en precio y calidad, como insumos para su actividad productiva, logrando así mejores niveles de competitividad.

#### **4.- Planteamiento general sobre la necesidad de proteger y promover el proceso competitivo frente a actos privados capaces de restringirlo**

La liberalización que se produce sobre el comercio de bienes y servicios, así como la facilitación que se produce sobre la circulación de capitales y personas, como consecuencia de un proceso de integración como el andino, intensifica la concurrencia y el proceso competitivo.

Esta intensificación del proceso competitivo genera, en alguna medida, que algunas empresas establecidas en los mercados nacionales vean diluido su poder de mercado, dificultándose que: i) puedan ostentar o mantener una posición de dominio que permita un abuso de poder económico; o, ii) puedan estructurar un cártel viable que limite condiciones de precio y calidad, o un reparto de cuotas, o espacios geográficos de producción; entre otras, conductas proscritas por las disciplinas que defienden la libre competencia.

Ante estas constataciones iniciales, sería posible sostener que, en la medida que se profundice la integración económica de un Estado con otros, existiría una necesidad menor sobre disciplinas que protejan y promuevan la competencia. Sin embargo, si bien en los mercados ampliados regionales se intensifica el proceso competitivo como regla general, en la constatación práctica pueden subsistir circunstancias materiales que resisten la plenitud del proceso competitivo, pues en los Estados que se integran: i) aún pueden subsistir barreras de acceso que impidan el ingreso de bienes y servicios desde el exterior, tales como costos de transporte, barreras de idioma o barreras culturales, entre otras; ii) pueden existir grados de diferenciación en los bienes o servicios de origen nacional que concurren en el mercado, en una magnitud tal que los aparten de la homogeneidad frente a los que proceden de Estados extranjeros, sea por el uso de determinadas marcas o por condicionamiento cultural, entre otros; o, iii) puede ocurrir que la determinación de “transabilidad” de determinados bienes o servicios para el comercio internacional sea baja, sea por las condiciones mismas de su intercambio, o sea por la necesidad material o el requerimiento legal de que una empresa que vende determinados bienes o presta determinados servicios posea un establecimiento en el mercado local donde se produce la concurrencia, como ocurre en el caso de algunos servicios financieros por ejemplo.<sup>23</sup>

De otro lado, es posible que existan empresas con la envergadura económica necesaria para, incluso a nivel del mercado ampliado por la integración económica: i) ostentar o mantener una posición de dominio que les permita un abuso de poder económico; o, ii) estructurar un cártel viable que limite condiciones de precio y calidad, o un reparto de cuotas, o espacios geográficos de producción; entre otras, conductas proscritas por las disciplinas que defienden la libre competencia.

---

<sup>23</sup> Constataciones enriquecidas por la consulta de: OMC (1997), pp.61-63.

Resulta así que, en el escenario de procesos de integración económica como el andino, es necesario que: i) los Estados mantengan, a nivel nacional, sus sistemas de protección y promoción de libre competencia; y, ii) los Estados que se integran desarrollen, a nivel del mercado ampliado, un sistema de protección y promoción de libre competencia. En la línea de lo último se emite en la Comunidad Andina la Decisión N° 608 para establecer el Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el mercado ampliado comunitario andino que, dotado de herramientas institucionales y procesales, tiene por finalidad defender la libre competencia de los efectos nocivos que generan los acuerdos restrictivos y el abuso de la posición de dominio.

El objetivo de dicho sistema es que el esfuerzo originado desde el poder público de los Estados que deciden suscribir un tratado para desarrollar un proceso de integración, como el desplegado por los Estados andinos al suscribir el Acuerdo de Cartagena, no se vea efectivamente neutralizado por actos generados desde la esfera de poder privado de quienes conducen las empresas que colocan bienes o prestan servicios en la Comunidad Andina.

En términos generales, la defensa de la competencia se despliega sobre actos privados o públicos, que desplieguen efectos al interior de un mercado, sea nacional o sea ampliado, que consistan en: i) utilizar el poder de mercado de una empresa y abusar de una posición de dominio, en un mercado nacional o en un mercado ampliado; ii) instrumentar una práctica colusoria entre empresas, de modo tal que se falsee, se restrinja o se anule el proceso competitivo, en un mercado nacional o en un mercado ampliado; o, iii) realizar fusiones o concentraciones que concentren la participación del mercado y reduzcan las alternativas para el consumidor, en un mercado nacional o en un mercado ampliado, y que consoliden nuevas posiciones de dominio, de modo tal que puedan reducir el excedente del consumidor de modo significativo.<sup>24</sup> Cabe

---

<sup>24</sup> Doctrina autorizada coincide con lo expuesto, señalando que “la defensa de la competencia (o antitrust) puede definirse como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder en el mercado en situaciones en las que dicho control dependerá de la existencia de varias empresas que compiten entre sí (...) la defensa de la competencia puede contrastarse con otros mecanismos de regulación pública de carácter directo, que intentan limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas a través de intervenciones específicas del estado en la determinación de ciertas variables económicas (precios, cantidades, estándares de calidad, etcétera) (...) [e]xisten dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia (...) [l]a política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas (...) [l]a política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste en (...) procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas que buscan influir en la concentración de los mercados (...)” Cita textual tomada de: Coloma (2003), pp.13-14.

señalar que el nuevo Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia de la Comunidad Andina solamente presenta disciplinas que prohíben y sancionan las conductas descritas en i) y ii), a nivel del mercado ampliado andino, dejando a cada Estado miembro la solución de afectaciones de la competencia en sus mercados nacionales y dejando como deuda pendiente, para su futuro perfeccionamiento, el establecimiento de un sistema de control de fusiones o concentraciones que puedan afectar al mercado comunitario.

### **5.- El sistema jurídico comunitario y la emisión de la Decisión N° 608**

El sistema jurídico comunitario se encuentra conformado por dos niveles jerárquicos de fuentes normativas: i) el nivel primario o constitucional; y, ii) el nivel secundario o derivado.

El nivel primario o constitucional se encuentra conformado por los tratados que han celebrado los Estados miembros de la Comunidad Andina, mediante los cuales han establecido los objetivos de su proceso de integración, la conformación de una organización internacional con personalidad jurídica propia y las atribuciones normativas, administrativas y jurisdiccionales de cada órgano comunitario que conforma la organización.

Los principales tratados que conforman el nivel primario o constitucional son el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Mediante el primero se crearon órganos tales como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y como la Comisión (conformada, generalmente, por los ministros de comercio de cada Estado), cuya principal función es emitir instrumentos normativos denominados Decisiones, como lo es propiamente la Decisión N° 608; y, la Secretaría General, cuyas atribuciones consisten en desarrollar funciones administrativas y funciones normativas de reglamentación de las Decisiones, entre otras.

En el sistema jurídico comunitario, el nivel secundario o derivado se encuentra conformado esencialmente por las Decisiones emitidas tanto por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como por la Comisión. Estos instrumentos normativos deben guardar adecuación con los mandatos que se encuentran establecidos en el nivel primario o constitucional. En la Comunidad Andina, el objetivo de integración económica ha generado una integración jurídica, pues los Estados comparten cuotas de poder público que han delegado tanto al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como a la Comisión para que ejerzan función pública normativa, producto de la cual esta última ha emitido, entre otras que profundizan y facilitan la integración económica, la Decisión N° 608, materia de análisis en la presente entrega.

La Decisión N° 608, como todo instrumento jurídico del ordenamiento comunitario andino - de modo análogo al sistema de integración europeo -, goza de tres atributos principales: i) preeminencia o supremacía, pues en caso de que se presente un conflicto con las normas de fuente nacional, prevalece sobre éstas en su aplicación e inaplica para el caso concreto a las normas de fuente nacional que regulen el mismo supuesto de hecho o establezcan efecto jurídico contrario;<sup>25</sup> ii) aplicación inmediata, es decir que desde su entrada en vigencia por el acto de su publicación genera efectos jurídicos en los territorios de los cinco Estados miembros de la Comunidad Andina, de modo simultáneo;<sup>26</sup> y, iii) efecto directo, es decir que ha generado un impacto en los derechos y obligaciones no sólo de los Estados miembros de la Comunidad Andina, sino que además genera dicho impacto en los sujetos de derecho bajo su jurisdicción, sin que se pueda establecerse reserva ni limitación alguna al respecto.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido respecto de la preeminencia de las normas de fuente comunitaria sobre las normas de fuente nacional que: “para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; (...) el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario.” Cita textual tomada de la sentencia del proceso de incumplimiento tramitado bajo expediente N° 03-AI-96.

Desde la doctrina del Derecho de la Integración que se ha desarrollado con especial enfoque en la experiencia comunitaria andina se sostiene sobre la Constitución Política del Perú que “[s]i bien la norma peruana no hace referencia expresa a los procesos de integración, de ella se puede concluir que los jueces y las autoridades peruanas tienen base jurídica para admitir los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos del derecho comunitario andino, pues dichas normas se entienden, en virtud de la norma constitucional y como consecuencia de la celebración y ratificación de los respectivos tratados, incorporados en el ordenamiento jurídico peruano.” Cita textual tomada de: Tangarife (2001), p.128

<sup>26</sup> El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala textualmente:

“Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. (...)”

Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>.

<sup>27</sup> El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido sobre esta característica que: “el (...) efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria (...) permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.” Cita textual tomada de la sentencia del proceso de incumplimiento tramitado bajo expediente N° 03-AI-96.

## 6.- El contenido sustantivo de la Decisión N° 608

La Decisión N° 608 es emitida considerando expresamente “[q]ue, la actual etapa del proceso de integración (...), de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración”.<sup>28</sup>

Asimismo, esta Decisión expresa que su objetivo es “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.”<sup>29</sup> En este sentido, se sintoniza con la finalidad del proceso de integración andino, antes presentado.

La Decisión N° 608 prevé la imposición de sanciones para conductas que impliquen: i) acuerdos restrictivos de la libre competencia; o, ii) abusos de posición de dominio.<sup>30</sup> Respecto de cada tipo de conducta sancionable prevé un elenco de tipos descriptivos que se presumirán como conductas infractoras y merecedoras de sanción, tal como se muestra a continuación:

---

Desde la doctrina que sustenta el derecho comunitario europeo, se afirma que “[l]a aplicabilidad directa del Derecho comunitario implica que este último confiere derechos e impone obligaciones directos tanto a las instituciones comunitarias y los Estados miembros como a los ciudadanos de la Comunidad”. Cita textual tomada de Borchardt (2000, p. 97)

<sup>28</sup> Citas textuales tomadas de la Decisión N° 598 de la Comunidad Andina. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D598.htm>.

<sup>29</sup> Citas textuales tomadas del artículo 2 de la Decisión N° 608 de la Comunidad Andina. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>30</sup> Ver los artículos del 7 al 9 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

**CUADRO 1**  
**CONDUCTAS CONSIDERADAS COMO RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**  
**BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA**

<b>Presunción de conductas restrictivas de la libre competencia (Decisión N° 608)</b>	
<b>Acuerdos restrictivos(*) (artículo 7)</b>	<b>Abuso de posición de dominio (**) (artículo 8)</b>
a) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización.	a) Fijación de precios predatorios.
b) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de restringir la oferta o demanda de bienes o servicios.	b) Fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios.
c) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de repartir el mercado de bienes o servicios.	c) 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) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.	d) 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) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.	e) Negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
	f) 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.
	g) Conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.
<p>(*) La propia Decisión N° 608, en su artículo 7, señala que se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral. Se entiende que el establecimiento de esta excepción expresa tiene su fundamento en excluir de sanción la participación de Venezuela en la OPEP, dado que esta organización puede en algunos casos generar acuerdos que tienen por finalidad limitar el proceso competitivo, a nivel mundial, en la comercialización de petróleo y sus derivados.</p> <p>(**) La Decisión N° 608, en su artículo 9, señala textualmente que: “[s]e 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.</p>	

Las presunciones presentadas, en el cuadro precedente, requieren en el caso de los acuerdos restrictivos, para derribar la presunción de inocencia que corresponde a todo agente económico como sujeto de derecho, que la actividad probatoria en el proceso administrativo compruebe el efecto restrictivo de la libre competencia. En el caso del abuso de posición de dominio, se requerirá que el agente económico que desarrolle alguna de las conductas que generan la presunción posea, efectivamente, una posición de dominio en el mercado de que se trate.

Dado que el objetivo de la presente entrega no es analizar exhaustivamente la materia sustantiva de las conductas prohibidas por la Decisión N° 608, solamente queda por señalar que: i) para los acuerdos restrictivos de la libre competencia se señala como conducta genérica sancionable aquélla que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; y, ii) para los abusos de posición de dominio se señala como conducta genérica sancionable aquélla que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. De esta manera, la autoridad comunitaria no se encuentra limitada por una tipificación cerrada o estricta, sino que tiene a su disposición un tipo sancionador abierto que será suficiente para proteger la libre competencia, en caso se presente una conducta restrictiva que no sea objeto de las presunciones antes descritas.<sup>31</sup>

En este punto, cabe señalar que mediante Decisión, la Comunidad Andina puede establecer exclusiones o excepciones en la aplicación de las conductas sancionables antes descritas. Ello, siempre que se trate de actividades económicas sensibles necesarias para lograr objetivos fundamentales de la política de un Estado miembro y éstas estén contempladas en su legislación nacional, cumpliendo condiciones determinadas condiciones establecidas por la Decisión N° 608.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Respecto del sistema de protección de la libre competencia en el sistema comunitario europeo consultar: Illescas (2004), pp.79-83. Para una presentación general de estructura y antecedentes, consultar: Cases (1995), pp. 55-74.

<sup>32</sup> Ver el artículo 6 de la Decisión N° 608, que señala, textualmente, como condiciones para que sean aprobadas las exclusiones o excepciones: "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." Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.



## **7.- Ámbito de aplicación**

La Decisión será aplicable a todo sujeto de derecho, público o privado, sin importar si posee o no finalidad de lucro, bastando para tal efecto que concurra en el mercado desde el lado de la oferta o desde el lado de la demanda de bienes o servicios. Estos sujetos son considerados así, agentes económicos.

En cuanto al despliegue objetivo y territorial, es preciso determinar que las disciplinas de esta Decisión recaen sobre conductas entendidas como todo acto o comportamiento de un sujeto o varios que, siendo considerados acuerdos restrictivos de la libre competencia o abusos de posición de dominio: i) producen efectos en uno o más de los Estados miembros de la Comunidad Andina, siempre que el origen y efecto de la conducta no verifique en un mismo Estado miembro, pues en este caso sería aplicable la norma nacional de dicho Estado; o, ii) producen efectos en el territorio de más de un Estado miembro, teniendo origen fuera de la Comunidad Andina.<sup>33</sup>

## **8.- Los aspectos institucionales y procesales de la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina**

El proceso conducente a la determinación de la existencia de conductas contrarias a las disciplinas de libre competencia es un proceso que implica el ejercicio de cuotas de poder público que los Estados comparten en la Comunidad Andina. Este poder compartido es ejercido, mediante la función administrativa, por los órganos comunitarios y nacionales competentes.<sup>34</sup>

### **8.1.- Órganos competentes en el proceso**

Los órganos competentes de la Comunidad Andina que participan en el proceso administrativo sancionador sobre conductas contrarias a la libre competencia son dos: i) la Secretaría General; y, ii) el Comité Andino de Defensa de la Libre

---

<sup>33</sup> Ver artículo 5 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

En este punto, teniendo en cuenta que un sistema federal posee algunas similitudes estructurales con un sistema comunitario, corresponde señalar que desde la perspectiva del sistema jurídico de Estados Unidos de América, el ámbito de aplicación de las normas de fuente federal en los casos en que se pueda restringir el comercio entre los estados que conforman el sistema federal presenta una determinación similar a la que se ha descrito para el sistema comunitario andino. Como introducción al respecto ver: Areeda y Kaplow (1997), pp.136-137.

<sup>34</sup> Sobre el reconocimiento de las fuentes supranacionales del Derecho Administrativo, consultar: Gordillo (2003), pp. I-1 – VI-3.

Competencia (en adelante, el Comité). La Secretaría General, como órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, tiene a cargo la sustanciación del proceso y, en consecuencia, emite el acto administrativo que resuelve el caso. El Comité es un órgano técnico y deliberante que se encuentra dedicado a generar insumos que permitan a la Secretaría General decidir en cada caso, contando con la mayor cantidad y calidad de elementos de reflexión necesarios para ello.

Asimismo, las autoridades nacionales en libre competencia (en adelante, las autoridades nacionales de competencia), actuarán como órganos competentes cooperantes de las autoridades de nivel comunitario, en materia de investigación, de actuación probatoria y de ejecución de mandatos, entre otros.

#### **8.1.1.- La Secretaría General**

Este órgano ha sido creado por las normas comunitarias de fuente primaria contenidas en el Acuerdo de Cartagena y sus tratados modificatorios. Es el órgano técnico, ejecutivo y administrativo del sistema andino de integración. Se encuentra bajo la conducción de un Secretario General que es nombrado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

La Decisión N° 608 ha establecido para este órgano las funciones de conducir y substanciar los procesos administrativos que determinan la existencia de conductas contrarias a la libre competencia. Para ello cuenta, entre su equipo profesional, con abogados y economistas que aportan el elemento técnico necesario para dotar de la motivación suficiente a las decisiones correspondientes.<sup>35</sup>

#### **8.1.2.- El Comité**

Este órgano, a diferencia del anterior, ha sido establecido por la misma Decisión N° 608. Se encuentra compuesto por un representante de las agencias de cada autoridad nacional de competencia de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina. Se debe notar que la participación de dichos representantes no se realiza en defensa de los intereses nacionales de cada Estado del que provienen, a diferencia de lo que ocurriría en el escenario de una negociación internacional. Por el contrario, se constituye como derecho y obligación de cada miembro de este Comité, actuar con independencia de criterio.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Ver los artículos del 29 al 39 del Acuerdo de Cartagena. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>.

<sup>36</sup> Ver artículos 38, 40 y 41 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

### 8.1.3.- Las Autoridades Nacionales de Competencia

Actúan como el brazo largo de la Secretaría General, siendo ejecutoras de los actos de investigación y de los mandatos que disponga ésta, en cuanto ello sea necesario cuando una de las partes involucradas en el proceso se encuentre en el territorio bajo su jurisdicción o por producirse en éste los efectos de una conducta investigada.

### 8.2.- Procedimiento para la determinación de conductas que restringen la libre competencia

Un proceso, entendido por el derecho contemporáneo, es la secuencia de actos cuya realización progresiva permitirá la generación de un acto estatal que materializa el ejercicio del poder público.<sup>37</sup> Sin embargo, el espacio comunitario en la Unión Europea y en la Comunidad Andina nos hace constatar que los procesos de diversa índole, normativos, administrativos y jurisdicciones, entre otros, que despliegan el ejercicio de poder público, no solamente se presentan en sede estatal, sino que se presentan también en estas sedes supranacionales, pues los Estados comparten en ellas cuotas de poder público.<sup>38</sup>

El procedimiento especial para la determinación de conductas que restringen la libre competencia establecido por la Decisión N° 608, que comentaremos en los puntos siguientes, será el conjunto de reglas que regulará la realización de un proceso de naturaleza administrativa cuya materia sustantiva será la determinación

---

<sup>37</sup> En otra sede, en coautoría hemos sostenido “proceso es la secuencia de actos cuya realización progresiva permitirá la generación de un acto estatal que materializa el ejercicio del poder público”. Cita textual tomada de Stucchi e Iparraguirre (2006). Asimismo, el profesor Agustín Gordillo señala con acierto que “[l]a idea jurídica del proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se *desenvuelven progresivamente*, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado, destacando entonces en el concepto la unidad de los actos que constituyen el proceso y su carácter *teleológico*, es decir que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.” Cita textual tomada de Gordillo (2003), p. IX-1. Se debe aclarar que el profesor Gordillo es contrario a la noción amplia de “proceso” acabamos de citar y que es definida por él con tanto acierto. Desde su perspectiva, proceso debe corresponder solamente a la función jurisdiccional. Sin embargo, presentamos también su definición de proceso, reconociendo su puridad dogmática.

<sup>38</sup> Contrastando el proceso administrativo ante la Comisión Europea (órgano funcional homólogo a la Secretaría General en la Comunidad Andina) en casos en los que se analiza la posible ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia y el proceso ante la Secretaría General andina se evidencian situaciones análogas y significativas similitudes. Una detallada descripción y profundo análisis del referido proceso administrativo europeo puede consultarse en: Creus y Amador (2005), pp.752-832. Para conocer el proceso administrativo europeo antes de la vigencia, desde el 1 de mayo de 2004, del Reglamento (CE) 1/2003 Reglamento, remitirse a: Bellamy y Child (1992), pp.643-724.

de conductas que restringen la libre competencia en el escenario territorial de la Comunidad Andina. Cualquier aspecto no contemplado expresamente en el procedimiento administrativo especial será regulado supletoriamente por las normas contenidas en la Decisión N° 425 de la Comunidad Andina que establece reglas generales para todos los procedimientos administrativos comunitarios.

### **8.2.1.- Condiciones de la competencia administrativa**

En concordancia con lo señalado antes para el ámbito de aplicación de la Decisión N° 608, la Secretaría General y el Comité son competentes para conocer casos cuyo impacto se pueda verificar en un escenario que afecte el territorio bajo la jurisdicción de más de un Estado miembro. Así, las conductas que signifiquen un abuso de posición de dominio o un acuerdo restrictivo de la libre competencia que se originen y, a la vez, tengan efectos solamente al interior de uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina, serán casos que se mantendrán bajo la competencia de las autoridades de nivel nacional de cada Estado miembro. En el mismo sentido, una conducta que tenga origen fuera del territorio de uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina y que produzca efectos contrarios a la competencia solamente en uno de estos Estados, será un caso que se mantendrá también bajo la competencia de las autoridades de nivel nacional.

Esta distribución de competencia responde a la lógica del principio de subsidiariedad desarrollado en el sistema comunitario europeo<sup>39</sup> y decantado también para el sistema comunitario andino, que deja en nivel nacional el tratamiento de casos en los que implementar una solución en este nivel es más eficiente. El principio de subsidiariedad postula que solamente se otorgará competencia a los órganos de nivel comunitario si su acción es una acción más eficiente a éste nivel que la acción a nivel nacional, a cargo de cada Estado miembro.<sup>40</sup>

### **8.2.2.- Inicio del proceso**

#### **a. Legitimación abierta y procedencia**

A lo largo de la postulación normativa de la Decisión N° 608, no deberá confundirnos la referencia a la “investigación” tendiente a determinar la existencia

---

<sup>39</sup> Se reconoce para el caso de la integración europea que “la Comunidad no debe actuar más que cuando un objetivo pueda conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros (...) (ello) está doblemente condicionado por una insuficiencia de la acción estatal y por una mayor eficacia a nivel de la Comunidad.” Cita textual tomada de Isaac (1995), p.57.

<sup>40</sup> Ver el artículo 5 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

de conductas que restringen la libre competencia a nivel comunitario, pues éste es el nombre que se utiliza para aludir al proceso administrativo bajo comentario.

El proceso puede ser iniciado de oficio por la Secretaría General de la Comunidad Andina o a pedido de un solicitante. Existe una legitimidad abierta, pues se pueden constituir como solicitantes en este proceso: i) las autoridades nacionales de competencia (en el caso peruano será el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi - y en el caso colombiano la Superintendencia de Industria y Comercio); ii) los organismos nacionales de integración de cada Estado miembro (en el caso peruano será el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo); iii) las asociaciones de consumidores (en el caso peruano podría ser ASPEC o podría ser ANAC, entre otras asociaciones); y, en general, iv) personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado.

Es preciso señalar que una de las condiciones de procedencia para el inicio del proceso, sea éste de oficio o por pedido de solicitante, es la existencia de indicios de que se hayan realizado conductas que pudieran consistir en: i) un acuerdo restrictivo de la libre competencia; o, ii) un abuso de posición de dominio. Como es sabido, los indicios no son propiamente medios probatorios, sino que son sucedáneos de estos. Un indicio es una “conjetura derivada de las circunstancias de un hecho” o una “sospecha que algo conocido permite sobre aquello otro hasta entonces dudoso o desconocido”.<sup>41</sup> Con mayor precisión, respecto de los indicios y su naturaleza, es preciso constatar que:

“[L]a doctrina universal de manera concordante establece la diferenciación entre el indicio necesario y el contingente, entendiéndose por el primero aquel hecho desconocido que, probado el hecho indicador, de manera fatal tiene que darse, por ser éste el obligado supuesto para la existencia del otro, mientras que los segundos serán aquellos que con mayor o menor probabilidad, de acuerdo con la fuerza indicadora del hecho conocido, pueden permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que, a su vez, se les subclasifica en indicios graves o leves.”<sup>42</sup>

A nuestro juicio, para constatar la procedencia del proceso tendiente a determinar la existencia de conductas restrictivas de la libre competencia, solamente será necesario que la Secretaría General constate la existencia de indicios leves. Ello, pues se debe considerar que la defensa de la libre competencia por sí misma debe vencer una dificultad probatoria sobre conductas que no necesariamente dejan un registro documental. Esta problemática se manifiesta incluso en el sustento probatorio que se requiere para la propia resolución de los casos que concluyen con la declaración de una infracción legal por el hallazgo de una conducta restrictiva de la libre competencia, la que se puede sustentar válidamente en sólidas combinaciones de indicios necesarios e indicios contingentes graves. Siempre será difícil acreditar

<sup>41</sup> Citas textuales tomadas de Cabanellas (1995), p.390.

<sup>42</sup> Cita textual tomada de López (2001), p.274.

con prueba directa, por ejemplo, la existencia de una concertación de precios sobre la cual no existiera documento alguno como registro del acuerdo, en auxilio de necesidades probatorias de esta naturaleza se aplican los indicios.

#### **b. La admisión de una solicitud**

En caso de que el proceso sea iniciado por petición de un solicitante, dicha solicitud, entre otros requisitos de forma deberá cumplir con identificar al denunciado y con describir la conducta que éste habría realizado, así como ofrecer los medios probatorios con los que pudiera contar para acreditar la conducta denunciada supuestamente contraria a la libre competencia.

Recibida la solicitud, la Secretaría General deberá verificar si: i) la conducta denunciada es una que afecta a más de un Estado miembro de la Comunidad Andina, circunstancia determinante para asumir competencia; ii) se presenta la imputación expresa de una conducta consistente en un acuerdo restrictivo de la libre competencia o en un abuso de posición de dominio; iii) si el solicitante ha cumplido con los requisitos formales de la petición, tales como la consignación de los nombres y domicilios del solicitante y del denunciado, entre otros;<sup>43</sup> y, iv) no ha transcurrido el plazo de tres años que establece como plazo de prescripción que establece la Decisión N° 608.<sup>44</sup> En caso de que la solicitud no cumpliera con alguno de estos requisitos y el requisito incumplido fuera de aquellos subsanables, la Secretaría General debe requerir su cumplimiento. Si la denuncia careciera de un requisito y éste no fuera subsanado o si éste fuera insubsanable, la Secretaría General no admitirá a trámite la petición.

En todo caso, si la solicitud cumple con los requisitos enumerados en el párrafo anterior y además se presentan indicios leves sobre la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, la Secretaría General dará por iniciado el proceso a través de la emisión de una resolución.

#### **c. Pliego de cargos e imputación**

Será necesario, para salvaguardar el derecho de defensa del denunciado, que se le notifique la resolución que admite a trámite el proceso y que, a la vez, ésta contenga el pliego de cargos de los cuales se deberá defender, lo que cuando menos es: i) una descripción de los hechos denunciados y el derecho aplicable, los que deberán consistir en “la conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios

---

<sup>43</sup> Ver el artículo 11 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>44</sup> Ver el artículo 43 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados”; ii) “el plazo para que las partes presenten información, alegatos y pruebas”;<sup>45</sup> y, iii) la identificación de las autoridades nacionales de competencia que cooperarán con las autoridades comunitarias en la sustanciación del proceso.

#### **d. Desarrollo del proceso**

La instrucción del proceso se realiza desde dos órganos: i) el instructor originario que es la Secretaría General; y, ii) los instructores delegados que son las autoridades nacionales de competencia que se hayan señalado en la resolución que admite a trámite el proceso.

La participación de las autoridades nacionales de competencia permite que la Secretaría General pueda acopiar, a través de éstas, el acervo probatorio necesario para sustentar su pronunciamiento respecto de cada caso. Para tal efecto, la Secretaría General deberá programar con las autoridades nacionales de competencia que cooperen, en cada caso, el “Plan de Investigación”. Éste deberá contener, entre otros, las acciones de investigación a realizarse por el instructor originario y por los instructores delegados, el orden y la oportunidad en que estas acciones se llevarán a cabo.

En este punto nos preocupa que la Decisión N° 608 señale que el “Plan de Investigación” deberá ser notificado a las partes interesadas, entendiendo por éstas al solicitante y a quien ocupe la posición procesal de denunciado. Esto es peligroso para el éxito probatorio, debido a la dificultad de probanza que existe sobre las conductas que restringen la libre competencia, pues esta dificultad inherente al proceso puede verse significativamente aumentada si se le anticipa a un denunciado, por ejemplo, la realización de una visita de inspección para verificar si se producen negativas injustificadas a satisfacer demandas de compra o adquisición como un posible acto de abuso de posición de dominio. Si se avisa al denunciado de una visita como la referida, es sumamente probable que cese la conducta imputada, fracasando la finalidad probatoria de la visita.

Sin embargo, consideramos que al no señalarse expresamente el momento del acto de notificación del “Plan de Investigación” se debe interpretar que si dicho plan contiene el detalle de realización de actuaciones que requieren el factor sorpresa para lograr el éxito probatorio, éste debe ser notificado al momento de la actuación misma de dichas pruebas.

En general, como señalamos, las actuaciones probatorias que comprende el “Plan de Investigación” podrán estar a cargo tanto del instructor originario como de

---

<sup>45</sup> Citas textuales tomadas del artículo 14 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

instructores delegados. Para ello, contarán con las siguientes prerrogativas: i) solicitar la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, materiales o informáticos, que se encuentren bajo el ámbito de dominio de cualquier persona natural o jurídica, y de cualquier índole, sea tributaria, contable, comercial, industrial o de organización interna; ii) citar e interrogar a personas naturales que sean representantes, asesores o que se encuentren relacionados de algún modo con quienes se encuentran bajo investigación, para ello se encontraran facultadas para registrar toda declaración bajo el medio que se considere apropiado; y, iii) realizar visitas de inspección, con o sin previa notificación, para revisar todo tipo de documentos, materiales o informáticos, así como constatar procesos de producción o comercialización, e interrogar a las personas que se encuentren en el establecimiento inspeccionado, pudiendo tomar registro de todo ello, así como solicitar el auxilio de la fuerza pública y la orden judicial de descerraje si fuera el caso.<sup>46</sup>

En el primer periodo probatorio, las actuaciones de instrucción que corresponden a las autoridades nacionales de competencia se deben desarrollar en un plazo máximo noventa días (90) luego de comunicado el “Plan de Investigación”. Estas deberán remitir a la Secretaría General todo el acervo probatorio que hayan recolectado y los informes que correspondan. En este mismo término, las partes del proceso podrán presentar los medios probatorios y los argumentos que estimen pertinentes.<sup>47</sup>

El segundo periodo probatorio se extiende por cuarenta y cinco (45) días adicionales, correspondiendo a la Secretaría General realizar la verificación y el procesamiento de la información, así como desarrollar las actuaciones complementarias que considere convenientes, incluso solicitando a las autoridades nacionales de competencia su cooperación para ello. En este segundo periodo, las partes mantienen también pleno derecho de aportar medios probatorios y presentar los argumentos que consideren convenientes.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Ver el artículo 16 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

Estas prerrogativas se han inspirado en aquéllas que corresponden al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi - del Perú y que éste posee desde hace varios años para la investigación de casos sobre posibles conductas contrarias a la libre competencia, que constituyen actos de competencia desleal o que constituyen actos contra los derechos de los consumidores, entre otras. Al respecto, consultar el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi en: <http://www.indecopi.gob.pe/upload/legislacion/D.L.807.pdf>.

<sup>47</sup> Ver el artículo 17 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>48</sup> Ver el artículo 19 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.



#### e. Emisión de informes y fase de *co-decisión*

Finalizado el segundo periodo probatorio, la Secretaría General cuenta con diez (10) días para elaborar un informe en el que se registren los resultados de la investigación. Este informe debe ser notificado a todas las autoridades nacionales de competencia que hayan cooperado en la investigación, a las partes del proceso y a cada uno de los miembros del Comité.

La oportunidad de emisión de este informe y su contenido nos revela que su existencia, diseño y momento procesal se inspiran en el informe sobre “hechos esenciales” considerados que servirán de base para la decisión final en los procesos para determinar la existencia de prácticas *dumping* o de exportaciones subsidiadas, bajo los procedimientos que contemplan los respectivos tratados de la OMC.<sup>49</sup> En la tramitación de dichos procesos, la Secretaría General ha tenido intensas experiencias en los últimos años que parecen haber inspirado al legislador comunitario.

La experiencia en la aplicación de las referidas disciplinas de la OMC, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, reflejan que la notificación de un informe como el comentado en este punto dota de transparencia al proceso pues, en su fase intermedia, las partes pueden sugerir interpretaciones sobre los hechos probados o lograr correcciones de criterio probatorio sobre lo constatado por las autoridades. Así, el proceso se encuentra diseñado para que las partes puedan presentar consideraciones, a manera de alegatos, durante los quince (15) días siguientes a la notificación del informe de la Secretaría General. La Comisión remitirá también a los miembros del Comité las consideraciones que las partes hayan presentado.

En este punto es que se inicia, a nuestro juicio, una de las fases más importantes y novedosas que incorpora este proceso para la determinación de conductas que restringen la libre competencia. Es la fase que hemos denominado *co-decisión*. Esta fase se inicia con la convocatoria a los miembros del Comité que la Secretaría General realiza para que estos se reúnan en el plazo de veinte (20) días y puedan emitir un informe en el que se determine su apreciación sobre el caso en trámite, presentando conclusiones y recomendaciones a la Secretaría General. Este informe del Comité puede ser emitido, como máximo, solamente después de treinta (30) días desde que la Secretaría General convocó a la reunión del Comité.<sup>50</sup>

Sostenemos que ésta es una fase de *co-decisión*, pues si bien el informe del Comité no vincula a la Secretaría General y ésta podrá apartarse de todas y cada una de las conclusiones y recomendaciones que hubiera expresado el Comité en su

---

<sup>49</sup> Al respecto ver el artículo 6 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) y el artículo 12 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Complementarias de la OMC.

<sup>50</sup> Ver los artículos 21 y 22 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

informe, para ello deberá motivar expresamente el sustento correspondiente en la resolución sobre el fondo del caso.

En consecuencia, si bien el informe del Comité no vincula jurídicamente la decisión que finalmente tome la Secretaría General sobre el fondo de un caso, a fin de determinar si existe o no una conducta restrictiva de la libre competencia, sí condiciona su proceder y le exige una legitimidad técnica al obligarla a motivar su discrepancia sobre lo considerado y recomendado por el Comité.

Esta fase de *co-decisión* contempla un remedio de celeridad, pues si el Comité no emite su informe en el plazo antes señalado se presume que coincide con los extremos del informe de la Secretaría General que le fue puesto en conocimiento. En este caso, la Secretaría General resuelve sin condicionamiento alguno el caso.

Consideramos que esta fase de *co-decisión* no será una fase de sencilla actuación, pues los miembros del Comité no necesariamente podrían lograr siempre una unanimidad en las consideraciones y recomendaciones que debería expresar su informe. Los plazos otorgados al Comité tienen vocación de celeridad pero aparecen como breves ante la envergadura de su encargo y para el tiempo que suele demandar el análisis de un caso sobre posibles conductas que restringen la libre competencia.

Finalmente, a nuestro juicio, la *co-decisión* descrita es una fase que inyecta legitimidad al proceso pues lo desconcentra y lo hace menos vulnerable a presiones de grupos de interés, debido a que involucra en la decisión el criterio de los representantes de las autoridades nacionales de competencia de los cinco Estados miembros de la Comunidad Andina.

#### **f. Audiencias públicas**

El procedimiento contempla la posibilidad de que, de oficio o a solicitud de una de las partes, tanto en la fase de ejecución del “Plan de Investigación” durante el primer periodo probatorio, como, incluso en el segundo periodo probatorio, la Secretaría General ordene la realización de una audiencia pública que permita a las partes: i) informar oralmente sobre sus posiciones jurídicas y económicas; ii) responder a las inquietudes de la autoridad comunitaria; y, iii) confrontar sus alegatos. La asistencia de las partes no es obligatoria y no recae sobre aquélla inasistente apercibimiento alguno.<sup>51</sup>

#### **g. Atribución de ordenar medidas cautelares**

La Secretaría General tiene la facultad de ordenar medidas cautelares. Si bien el artículo 31 de la Decisión N° 608 exige la acreditación de “la inminencia de

---

<sup>51</sup> Ver el artículo 26 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación”,<sup>52</sup> así como el interés legítimo del solicitante de la medida, ésta guarda silencio sobre la exigencia de acreditar apariencia o verosimilitud de derecho sobre que la conducta imputada sea restrictiva de la libre competencia. Pese a dicho silencio, resulta claro que la Secretaría General no podría ordenar en ningún caso una medida cautelar contra una conducta que posee apariencia de licitud.

En consecuencia, sostenemos que, por ejemplo para lograr una medida cautelar sobre un agente económico al que se le imputa la colocación de un precio predatorio, no bastará que el solicitante acredite que el precio bajo del producto que ofrece un concurrente con posición de dominio en el mercado le está generado un daño tal que lo obligará en lo inmediato a salir del mercado, pese a que ello sería una “inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación”. El solicitante necesitará, además de lo anterior, mostrar a la autoridad comunitaria, mediante acervo probatorio e indiciario, que el nivel de precio de dicho concurrente se debería, con alta probabilidad, al establecimiento de un precio predatorio, es decir a un precio por debajo de los costes de producción de quien lo establece.

Siendo así, la acreditación de un daño inminente por sí misma no bastará, debido a que la actividad concurrencial por su propia naturaleza es generadora de daños que son lícitos ante el ordenamiento jurídico por ser derivados de la competencia y de la pugna empresarial por lograr transacciones, en la que saldrá triunfadora la empresa más eficiente en el proceso competitivo y saldrá dañada aquélla que no cuente con la eficiencia suficiente. Será necesario que el solicitante presente pruebas o indicios de que el daño inminente es causado, de modo verosímil, por una conducta restrictiva de la libre competencia.

En todo caso, si la Secretaría General concede el pedido cautelar, para lo cual cuenta con veinte (20) días desde el inicio del proceso o de recibida la petición, lo que fuera más extendido, podrá exigir al peticionante que otorgue contracautela frente a las medidas que se ordenen.

Cabe precisar que, en caso de que la Secretaría General percibiera la necesidad de ordenar una medida cautelar de oficio, deberá iniciar una pequeña fase de *co-decisión* con la autoridad nacional de competencia del Estado miembro de la Comunidad Andina en el que se habría de aplicar la medida cautelar que se pudiera ordenar. La Secretaría General debe requerir la opinión motivada de dicha autoridad nacional de competencia que, si bien no vincula su decisión, consideramos que la condicionará en los hechos. Ello, por cuanto una discordancia entre la opinión de la autoridad nacional de competencia y la decisión cautelar de la Secretaría General, sin que ésta formule una motivación adecuada, deterioraría la legitimidad del mandato

---

<sup>52</sup> Ver el artículo 31 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

cautelar, aún cuando posea plena validez jurídica.<sup>53</sup>

Es preciso señalar que la medida cautelar podrá cobrar la forma necesaria para evitar el daño inminente de que se trate, tal como lo considere la Secretaría General para tal efecto. En procesos cuyo objetivo es determinar y sancionar conductas restrictivas de la libre competencia, se verifica como la forma más frecuente de mandatos cautelares, la determinación de una orden de cese preventivo de la conducta imputada.

Finalmente, en este punto consideramos, conforme al marco teórico ya expuesto sobre indicios, que para decidir la imposición de un mandato cautelar, la Secretaría General deberá constatar la existencia de: i) indicios graves respecto de que la conducta denunciada produce efectos restrictivos de la libre competencia; y, ii) de indicios necesarios respecto de la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

#### **h. Medidas sancionadoras y medidas correctivas**

Determinada la existencia de una conducta contraria a la libre competencia en la Comunidad Andina, sea un acuerdo restrictivo de la libre competencia o sea un abuso de posición de dominio, ésta será considerada infractora y dada la naturaleza sancionadora del proceso bajo comentario, la Secretaría General podrá disponer la sanción que estime conveniente por dicha infracción.

Este órgano comunitario se encuentra obligado a aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la graduación de sanción que corresponda, debiendo tomar en cuenta para tal fin, “la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.”<sup>54</sup>

Asimismo, pese a que la Decisión N° 608 no lo señala, consideramos que la sanción podrá ser desde una amonestación hasta una multa. Si fuera esta última, la Secretaría General deberá indicar los alcances y condiciones de dicha obligación pecuniaria, teniendo como límite de ella un máximo de diez por ciento (10 %) de los ingresos totales brutos del infractor en el año previo a aquél en el que se emite el pronunciamiento en el proceso. Este límite máximo responde a la garantía que

---

<sup>53</sup> Ver el artículo 31 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>54</sup> Cita textual tomada del artículo 34 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

tienen los administrados de que no se les elimine como unidades económicas con la imposición de una sanción, logrando que ésta mantenga una proporción con su envergadura económica. En este sentido, la Decisión N° 608 logra un efecto disuasivo para quienes esperan obtener beneficios con conductas contrarias a la libre competencia, garantizando, a la vez, no enviarlos a la quiebra directamente luego de impuesta la sanción.<sup>55</sup>

Finalmente, en este punto, además de la sanción, la Secretaría General puede imponer medidas correctivas, las que se deberán imponer respetando un principio de adecuación. En este sentido la Secretaría General deberá imponer de todas aquellas medidas posibles: i) aquella que cumpla mejor con la finalidad de evitar que la conducta infractora continúe en el futuro, lo que implica, entre otras, la orden de cese de la conducta infractora, como una obligación de no hacer; y, ii) aquellas que puedan remediar o corregir la situación generada o distorsionada por la conducta infractora, como obligaciones de hacer que consistan en la imposición de condiciones u obligaciones para reestablecer el deterioro que se produjo sobre el estado de competencia en el mercado afectado.

#### **i. Ejecución de medidas**

En este punto, nuevamente aparece la función de “brazo largo” de las agencias nacionales de competencia, pues éstas serán, consideramos, quienes en la práctica se encarguen de supervisar la aplicación de las medidas cautelares, de las medidas sancionadoras y de las medidas correctivas que se impongan como consecuencia de la decisión final que se emita en el proceso bajo comentario.

De hecho, la obligación de la ejecución de las medidas antedichas recae sobre la personalidad amplia de los gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Andina en cuyo territorio: i) deban cesar, cautelar o definitivamente, las conductas aparentemente restrictivas o declaradas restrictivas de la libre competencia; o, ii) posea su establecimiento o centro de negocios el agente sobre el cual recae la obligación de determinada medida. Cada uno de estos Estados deberá ejecutar dicha obligación conforme lo dispongan sus normas nacionales, comunicando a la Secretaría General de las acciones positivas tomadas para tal efecto.<sup>56</sup>

Desde la perspectiva del entendimiento de la función administrativa que corresponde al poder público de cada Estado miembro de la Comunidad Andina y del compartimiento de cuotas de este poder en los órganos comunitarios, la ejecución por los gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Andina son un hecho

---

<sup>55</sup> Ver el artículo 34 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>56</sup> Ver el artículo 35 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

administrativo comunitario respecto de las medidas ordenadas por la Secretaría General, que constituyen propiamente el acto administrativo comunitario.

#### **j. Compromisos de cese**

El agente económico denunciado ante la Secretaría General puede presentar ante ésta una declaración de voluntad destinada a ofrecer un compromiso para cesar la conducta denunciada, tanto si ha sido imputado por participar de un acuerdo restrictivo de la libre competencia, como si ha sido imputado por cometer un abuso de posición de dominio. Para presentar dicha declaración tiene veinte (20) días hábiles desde que se publica la resolución que admite a trámite el proceso en su contra.<sup>57</sup>

Convocando al Comité para recibir su recomendación, la Secretaría General deberá decidir si acepta o no la propuesta de cese presentada por el denunciado. En caso de aceptar la propuesta, el proceso concluye con una resolución que establece los compromisos que corresponden al denunciado.

Si los compromisos asumidos por el denunciado son incumplidos, se desencadenará el inicio de un nuevo proceso con la imposición inmediata de medidas cautelares. Para ello, la Secretaría General monitoreará el caso y el cumplimiento de los compromisos, exigiendo informes trimestrales. En caso de no aceptarse la propuesta de compromiso, el proceso continuará tal como se ha descrito en los puntos precedentes.<sup>58</sup>

### **9.- Comentarios finales**

Pese a la extensión de la presente entrega, no hemos agotado el detalle y, menos aún la profundidad de un tema tan amplio y rico como el que concierne a la integración en la Comunidad Andina y a los aspectos institucionales y procesales del Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el mercado ampliado constituido por el Acuerdo de Cartagena.

Siendo ésta una entrega introductoria, nos quedará para el futuro desarrollar, con mayor detalle, cada una de las etapas del proceso administrativo ante la Secretaría General al que nos hemos recién introducido, el cual puede continuar con una etapa de revisión de la decisión final ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, si es que una parte disconforme planteara una acción de nulidad contra la resolución final emitida por la Secretaría General.

<sup>57</sup> Ver el artículo 27 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

<sup>58</sup> Ver los artículos del 28 al 30 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>.

Asimismo, esta entrega será enriquecida con los posteriores debates y comentarios que serán recogidos conforme la Decisión N° 608 se vaya aplicando, pues la riqueza de cada caso concreto nutrirá la interpretación de los temas sustantivos en la determinación de acuerdos restrictivos de la libre competencia y de abusos de posición de dominio; y, los criterios de operación del proceso mismo.

Además, como se presentó en los primeros puntos de la presente entrega, la Comunidad Andina debe lograr equilibrar su estructurada institucionalidad para la defensa de la libre competencia con la actual carencia de cumplimiento de los objetivos de la integración que se verifica en los niveles de unión aduanera y mercado común. Si ello no se perfecciona en breve plazo, podría ocurrir un contrasentido mayor, como sería el mantener una incompleta área de libre comercio *plus* con una unión aduanera parcial, eventualmente perforada por la suscripción de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América por parte de Colombia y Perú.

Finalmente, como lo más importante, queda rescatar la preocupación por el ciudadano de la Comunidad Andina que es manifestada tanto en el Acuerdo de Cartagena, al señalar que el proceso de integración andino tiene por finalidad procurar el bienestar de la población, visión que se hace compatible con el Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el mercado de la Comunidad Andina, cuyo objetivo es la protección y promoción de la libre competencia, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

### Referencias:

- AREEDA, P. y KAPLOW, L. (1997). *Antitrust Analysis*, New York, Aspen Law & Business.
- BELLAMY, C. y CHILD, G. (1992). *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid, Civitas.
- BORCHARDT, K. (2000). *El ABC del Derecho Comunitario*, Comisión Europea.
- CABANELLAS, G. (1998). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 26ª edición.
- CASES, L. (1995). *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons.
- COLOMA, G. (2003). *Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- CREUS, A. y AMADOR, O. (2005). Capítulo 11: Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo II, Barcelona, Bosch.
- DI FILIPPO, A. Y FRANCO, R. (2000). *Integración regional, desarrollo y equidad*, Comisión Económica para América Latina.
- FALLA, A. y QUINTANA, E. (2003). *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- GORDILLO, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomos I y II, Lima, Ara Editores.
- ILLESCAS, R. (2004). El futuro de la aplicación del derecho europeo de la competencia tras el Reglamento (CE) 1/2003, *Foro de Derecho Mercantil*, N° 1, Legis Editores.
- ISAAC, G. (1995). *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel.
- LÓPEZ BLANCO, H. (2001). *Procedimiento Civil: Pruebas*, Bogotá, Dupre.
- OMC (1995). *El Regionalismo y el Sistema Mundial de Comercio*, Organización Mundial del Comercio.
- OMC (1997). “El comercio y la política de competencia”, Informe Anual, Vol. I.
- PREBISCH, R. (1959). “El Mercado Común Latinoamericano”, *Integración & Comercio*, Número especial.
- STUCCHI, P. (2005). “Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de Integración Económica y sus efectos en el Comercio de Bienes”, *Revista de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*, Vol. 2, N° 8.
- STUCCHI, P. y GONZÁLEZ, G. (2005). “Una Introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia: La Decisión N° 608 en el mercado ampliado andino”, *Themis Revista de Derecho*, N° 51.
- STUCCHI P. e IPARRAGUIRRE G. (2006). “Explicando el ejercicio de poder público desde las categorías de proceso y procedimiento”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, p. 360. Círculo de Derecho Administrativo.
- TAMANES, R. Y HUERTA, B. (1999). *Estructura Económica Internacional*, Madrid, Alianza Editorial.
- TANGARIFE, M. (2001) *Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*, Secretaría General de la Comunidad Andina.
- WORLD BANK (2003). “World Development Indicators Database”, Agosto.