

**Una Introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia -
La Decisión N° 608 en el mercado ampliado andino**

**Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado***

Introducción

La integración económica de la que participan los Estados en el escenario internacional exige cierto nivel de estandarización en los sistemas económicos de los Estados que se integran, de modo tal que permita que los elementos coordinadores de la economía en cada uno de ellos se integre con los elementos coordinadores de la economía en el escenario integrado.

Actualmente, no se puede dudar que la economía de mercado, en su variante social de mercado o en su formulación teórica más liberal, es el sistema preferido por los Estados del mundo como medio de generación y asignación de recursos a las necesidades que siempre superan la disponibilidad de aquéllos. En consecuencia, dado el auge de la integración económica, los esquemas de integración son procesos internacionales en los que las economías de mercado de cada Estado se integran.

En la presente entrega, nos dedicaremos a presentar y analizar las características del Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia que, en la Comunidad Andina, tiene por objetivo lograr que, a nivel del mercado ampliado, prevalezcan las condiciones necesarias para permitir un proceso competitivo vigoroso que genere beneficios para los habitantes de la subregión.

1.- La elección del sistema económico

Aunque se pierda de vista frecuentemente, el problema tras de la eficiencia de un sistema económico es el bienestar del ser humano. Por ello, las necesidades inherentes a su existencia y desarrollo han orientado a las sociedades hacia la búsqueda de mecanismos que, como medios, permitan satisfacer las necesidades humanas.

La elección del mejor medio posible para lograr dicha satisfacción ha sido y será la principal preocupación pública. Sin embargo, la experiencia nos permite afirmar que la imposibilidad de lograr el bienestar pleno radica en el hecho de que las necesidades de una sociedad superan siempre a la cantidad de recursos disponibles para satisfacerlas.

Será necesario que cada sociedad elija una manera de distribuir la cantidad de recursos existentes entre los integrantes de la sociedad, intentando reducir al máximo la brecha generada por el descalce existente entre lo que hay y lo que se requiere. Este es el problema que la economía intenta resolver y el objeto de un sistema económico. La mejor respuesta posible al problema de cómo generar el mayor grado de satisfacción posible, dando destino a los bienes y servicios disponibles en la realidad y estimulando el incremento progresivo de éstos a través de la producción, deberá ser entregada por el sistema económico que se elija. En este sentido, un sistema económico deberá determinar el “qué”, el “cómo” el “cuanto” y el “para quién producir”

Para que el sistema económico, entendido como un conjunto de elementos, normas y principios que permiten la asignación de recursos, funcione en su plenitud, sus premisas de desarrollo

* Pierino Stucchi López Raygada es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi y profesor de los cursos Integración Económica y Derecho Empresarial en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Luis Gabriel González Delgado es alumno del último ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistente de docencia en la UPC en el curso Derecho Empresarial y miembro del equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Ambos coautores, señalan que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a ellos a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participan profesionalmente.

deben encontrar respaldo en el poder público a cargo del Estado o de la Organización Internacional que administra un mercado ampliado, pues de otro modo cualquier aplicación será insuficiente y se encontrará más alejada del funcionamiento ideal que el sistema económico propone.

Actualmente, el mundo contemporáneo presenta dos paradigmas de sistemas económicos, uno fortalecido por la decantación de algunos siglos de experiencias y desarrollo teórico, el sistema de economía de mercado; y, otro debilitado casi al grado de extinción por sus recientes fracasos y transiciones para lograr su abandono, el sistema de economía planificada o dirigida. Presentamos el siguiente cuadro como resumen de sus principales rasgos distintivos:

Cuadro N° 1: Contraste entre los rasgos distintivos de la economía de mercado y de la economía planificada o dirigida

	Economía de mercado	Economía planificada o dirigida
Mecanismo de coordinación: “Qué, cómo, cuánto y para quién producir”	Precios: Generados por la libre interacción entre la oferta y la demanda.	Plan: Generado por un director económico, desde el sector público.
Objetivos de los agentes económicos	Maximizar su bienestar. Lograr el mayor beneficio al menor costo posible.	Cumplir las metas del plan en todos los niveles.
Organización	Descentralizada: En la infinidad de decisiones y transacciones que se articulan entre demandantes y oferentes de bienes y servicios.	Centralizada: En el órgano u organismo público que elabora el plan económico y establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente económico.
Sistemas de propiedad afines	Capitalismo: Los empresarios son los propietarios de los medios de producción.	Comunismo: La sociedad es la propietaria de los medios de producción y su administración la ejerce el Estado.
Funciones de las ideologías sobre la convivencia de la sociedad	Liberalismo: Mantiene la visión del predominio o preeminencia de la libertad como fundamento de la convivencia. Se reconoce la indiscutible importancia de la igualdad ante la ley. Socialismo: Compatible con este sistema económico en tanto proponga el predominio o preeminencia de la igualdad de oportunidades. Plantea la búsqueda del bienestar colectivo como finalidad del ejercicio de la libertad. Enfocado en la redistribución.	Liberalismo: Compatibilidad limitada casi a la inexistencia de puntos de contacto con este sistema económico. Negado en la mayoría de experiencias históricas. Socialismo: Propone el predominio del igualitarismo casi absoluto en la sociedad como premisa para el bienestar colectivo.

a) El fracaso de la economía dirigida o planificada

La economía planificada plantea la antítesis de lo postulado por la economía de mercado. Como en el caso de la desaparecida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, las decisiones de asignación de recursos a los agentes económicos no se realizaban a través de la elección individual de los agentes, sino por la decisión de un ente planificador estatal,¹ cuya función era: i) medir el volumen de necesidades de toda la sociedad; ii) definir el orden de prioridad en el que se deberían satisfacer dichas necesidades; y, iii) producir y distribuir los recursos existentes a las necesidades de cada agente miembro de la sociedad, conforme a la prioridad definida.

En este sentido, sería sumamente difícil y casi imposible ver un automóvil convertible en un país de economía planificada, pues los recursos disponibles serían primero destinados a satisfacer necesidades básicas, luego intermedias y, finalmente, de haber un remanente, a la satisfacción de necesidades suntuarias, lo cual sería de difícil ocurrencia. Tampoco existiría la necesidad de contar con publicidad, marcas o monedas de cambio circulantes. No existiría precio y, menos aún, algo que pagar, salvo que uno acudiera a los mercados negros que podrían

¹ En su momento, la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas señalaba como principios: “(1) The abolition of private ownership of the means of production in favor of state or public ownership; (2) the collectivization of agriculture; (3) the nationalization of natural resources; (4) a centrally directed planned economy; (5) mandatory employment, in accordance with the formulas, “He who does not work, neither shall he eat” and “From each according to his ability, to each according to his work”; (6) the legal monopoly of the Communist Party” Cita textual tomada de MACRDIS, Roy C. and Roberth E. WARD (editors). Modern Political Systems - Europe. New Jersey: Prentice - Hall. 1963. p 504.

formarse ilegalmente en éste sistema como vía alterna para la satisfacción de necesidades “no oficiales”.

En una economía planificada, el órgano u organismo público que elabora el plan económico y establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente económico, se encarga de la distribución de bienes y de la prestación de servicios, esencialmente homogéneos, por lo que no existen bajo este sistema las compraventas, ni las contraprestaciones, ni las remuneraciones. Cada agente económico realiza la actividad que el Estado le encarga y recibe lo que el Estado considera que satisface sus necesidades, a través de un sistema de distribución y prestaciones públicas.

La economía planificada colapsó en Estados como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas debido a los enormes costos de información en los que debía incurrir el órgano u organismo público que elabora el plan económico que establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente. Además, complotó en el fracaso de este sistema la dificultad de medir con exactitud los elementos cualitativos y los elementos cuantitativos de las necesidades de cada agente. Asimismo, los costos de operación para administrar la ejecución del plan económico, sumados a los problemas de agencia por falta de alineación entre los objetivos de los burócratas (agentes) y los objetivos de la sociedad (principal), y a la incapacidad del sistema para que sus logros o fracasos fueran supervisados adecuadamente, culminaron con sus pretensiones de éxito en el objetivo de lograr la mejor generación y distribución de recursos. La verdad sea dicha, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas era un esquema de integración económica de Repúblicas (que antes eran Estados independientes y hoy lo han vuelto a ser algunos) basado en la integración planificada y no de mercado.

b) La elección de la economía de mercado

Por su parte, la economía de mercado tiene a la fijación de los precios por el libre juego de la oferta y la demanda como el mecanismo de coordinación para asignar los recursos disponibles y las necesidades de los miembros de la sociedad.² En la economía de mercado el precio estará condicionado, entre otros, al nivel de escasez del bien o servicio transado. El precio de determinado bien o servicio tenderá a ser más elevado mientras más demandantes pugnen por conseguirlo y mientras menos oferentes existan para proveerlo. Al contrario, el precio tenderá a ser menor si la oferta del bien o servicio es abundante y la demanda es menor.

La demanda es el conjunto de requerimientos de los agentes económicos sobre determinado bien o servicio y la oferta es el conjunto de ofrecimientos de los agentes económicos sobre determinado bien o servicio, en determinado espacio y tiempo. Por ejemplo, cuando nos referimos a la demanda por servicios de transporte aéreo intracomunitario, en la Comunidad Andina, nos referimos a la cantidad de requerimientos que tienen los agentes económicos para ser trasladados por dicha vía, en el espacio territorial de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, tanto al interior de cada uno como desde uno hacia otro país. Cuando nos referimos a la oferta de servicios de transporte aéreo intracomunitario, como contraparte, nos referimos a la cantidad de asientos disponibles en los aviones, para las rutas existentes en dicho espacio geográfico.

La ponderación de la demanda es el basamento principal de la economía de mercado. Sin demanda no existe oferta alguna que permanezca en el mercado. La demanda representa las necesidades sociales y el precio aparece de la interacción de aquélla con el volumen de oferta disponible. Ello, tal como ocurriría con tres imaginarios agentes en el mercado que necesitan un

² Coincidimos en que “[e]n una economía de mercado el valor se mide en términos de precios y el proceso de valuación lo realizan los consumidores al gastar sus ingresos. Los consumidores se enfrentan a una amplia cantidad de bienes que pueden adquirir. El valor en dinero que le atribuyen a cada bien depende de la urgencia que los consumidores en conjunto tengan de ese bien con relación a los otros, de su capacidad de respaldar sus deseos con dinero y de las existencias del bien.” Cita textual tomada de LEFTWICH, Richard. Sistema de precios y asignación de recursos. México D.F.: Nueva Editorial Interamericana. 1978. p 16.

automóvil y que se constituyen como la demanda de dicho bien. Si en el mercado solamente existe un automóvil disponible, se iniciará una competencia entre los demandantes para poder obtenerlo y, bajo el mecanismo de coordinación de los precios, logrará obtenerlo aquel agente que pueda pagar el precio más alto posible. El vendedor del automóvil, como oferente, desarrollará un comportamiento razonable, maximizando beneficios y entregándolo a quien pague el mayor precio. Si nadie demandara el automóvil, el precio de éste sería cero.

La economía de mercado se basa en un esquema descentralizado conformado por multiplicidad de transacciones que van orientando el nivel de los precios, de acuerdo a la interacción de la oferta y la demanda. Luego de formado el precio en el mercado, éste cumple una función informativa derivada y complementaria a su función de coordinación. Así, si se presentara en el mercado un precio que fuera significativamente alto respecto de los costos de producción de determinado bien (excedente del productor alto), se transmite inmediatamente a los demás agentes que existen oportunidades de lograr excedentes y, en consecuencia, beneficios significativos si deciden ingresar a colocar ofertas del bien referido en el mercado.

c) Modelo de competencia perfecta

En una economía de mercado, la libre interacción de la oferta y la demanda genera competencia entre los oferentes para lograr transacciones con los demandantes y viceversa. Este modelo asume que los agentes económicos que participan en el mercado, como demandantes o como oferentes: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información absoluta y transparente sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí.³ Supone también que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente se coloque, en cualquier actividad productiva o de comercio, de oferente o demandante, por lo que la posición de cualquier agente “autoritario” puede ser cubierta inmediatamente. Además, implícitamente, en éste modelo se ignora la existencia de costos de transacción.

En consecuencia, por ejemplo, si un significativo número de oferentes en el mercado ofrecen una camisa de calidad homogénea a un precio entre \$ 7 y \$ 8, será muy difícil que un demandante le compre a un oferente “autoritario” una camisa de la misma calidad a un precio de \$12. Como regla del modelo, ningún consumidor pagará más por algo que puede encontrar en el mercado a menor precio, pues su comportamiento es racional y maximizador. Por las mismas razones será sumamente difícil que un consumidor compre a un precio entre \$ 7 y \$ 8 una camisa de una calidad muy inferior a la que se vende en el mercado por dicho precio.

En el modelo de competencia perfecta ningún agente en el mercado puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros, es decir, la conducta de cada agente es disciplinada por la conducta del resto de actores. Todo agente es obligado por las fuerzas de la oferta y la demanda a acercarse al equilibrio, bajo sanción económica de no ser elegido para realizar transacción alguna si no lo hace. La variedad de ofertas disciplinan al oferente de “precio excesivo” o de “calidad deficiente”, excluyéndolo del intercambio.

Los postulados de la economía del bienestar reconocen que la sociedad recibe mayores agregados de excedente cuando el mecanismo de coordinación de los precios funciona, pues en cada transacción permite que: i) los demandantes reciban un excedente igual a la diferencia que existe entre el precio de mercado de un bien o servicio (por ejemplo \$4) y el precio que estaban dispuestos a pagar (por ejemplo \$5), siempre el demandante obtendrá de la transacción un

³ Sobre el modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que “son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...) 2. Las empresas son precio aceptantes. (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta.” Cita textual tomada de la siguiente obra a la que se recomienda acudir para mayor profundización sobre este tema: FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw-Hill/Interamerica de España, 1992. p. 379 y 379.

bienestar medido en los términos del excedente referido, denominado “excedente del consumidor” (en nuestro ejemplo \$1); y, ii) los oferentes reciban un excedente igual a la diferencia que existe entre el precio de mercado (\$4) y el costo del bien o servicio (por ejemplo \$3), siempre el oferente obtendrá de la transacción un bienestar medido en los términos del excedente referido, denominado “excedente del productor” (en nuestro ejemplo también \$1).

Así, el mercado permitiría asignar los bienes o servicios a quien más los valora, pues con independencia del nivel de precios, bajo el modelo de competencia perfecta, solamente transarán, en principio, quienes: i) demandando el bien o servicio, lo valoren más que el precio del mercado; y, ii) ofreciendo el bien o servicio, lo valoren menos que el precio de mercado, debido a que su costo de obtenerlo o producirlo es inferior.

Si bien, será razonable pensar que alcanzar el modelo de competencia perfecta es imposible, será también razonable realizar los mayores esfuerzos posibles por lograr que el mercado real se acerque a éste, limando o corrigiendo las fallas que pudieran presentarse. La función del Derecho Ordenador del Mercado en general y, en particular, de las disciplinas de defensa de la libre competencia es lograr acercarnos lo máximo posible al modelo y, en todo caso, evitar que, si la realidad se encuentra muy alejada del modelo, se produzcan perjuicios para el sistema competitivo mismo o un abuso contra los agentes económicos.

2.- Integración y economía de mercado

Planteadas las características esenciales de la economía de mercado y del sistema competitivo que ésta implica, corresponde presentar el fenómeno de integración y su relación con la economía de mercado.

Como se registra históricamente, desde finales de la segunda guerra mundial, el orbe ha transitado hacia una liberalización multilateral del comercio que tuvo como punto de inicio la suscripción del GATT de 1947 y hacia una liberalización regional del comercio y de la circulación de factores productivos que tuvo como hito el establecimiento del bloque económico europeo con la suscripción del Tratado de Roma de 1957.

Actualmente, con la Organización Mundial del Comercio (OMC) la integración multilateral se encuentra intensificando una liberalización del comercio que abre los mercados nacionales no solamente en bienes, sino también en servicios. Asimismo, de modo complementario, se encuentra en auge el establecimiento de mercados ampliados regionales entre los que se cuentan: i) zonas o áreas de libre comercio como el *North American Free Trade Area* (NAFTA), conformada por Canadá, México y Estados Unidos de Norteamérica;⁴ ii) uniones aduaneras como la que desea consolidar en un futuro próximo la Comunidad Andina, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela;⁵ o, iii) mercados comunes, uniones monetarias y formas avanzadas de integración como la desarrollada por la Unión Europea.⁶

⁴ “Un Área de Libre Comercio es un esquema de integración económica que persigue constituir un mercado ampliado, para ello los Estados se comprometen a no imponer el cobro de aranceles o tributos similares a la importación a los bienes que sean “originarios” (obtenidos o generados de la naturaleza, o producidos por la industria) de los otros Estados que son contraparte suya, como miembros de la misma Área de Libre Comercio.” Cita textual tomada de STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de integración económica y sus efectos en el Comercio de bienes. *En*: Revista de Economía y Derecho. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005. p 49.

⁵ “Como su nombre indica, en este tipo de esquema de integración, los Estados que se integran (Estados socios) establecen la libre circulación de bienes entre sus territorios y una nueva unidad aduanera conformada por la unión de sus territorios. La unión se verifica al nivel de las aduanas, significando fundamentalmente la aplicación de un mismo nivel arancelario a los bienes que se importan desde el exterior de la unión hacia cada Estado socio. Así, se genera la conformación de una frontera comercial única que se proyecta hacia el exterior. Adicionalmente, se materializa una política comercial exterior y un sistema de defensa comercial comunes que pueden consistir en negociación internacional conjunta y regulaciones sobre *dumping*, subvenciones y salvaguardias, entre otras. La Unión Europea, en la evolución de su proceso de integración se constituyó, en su momento, como unión aduanera.” Cita textual tomada de STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de integración económica y sus efectos en el Comercio de bienes. *En*: Revista de Economía y Derecho. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005. p 64.

⁶ “Esta categoría implica el establecimiento de profundos compromisos entre los Estados que se integran (Estados socios) para lograr el objetivo de asegurar el libre intercambio y circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior de sus territorios, en condiciones equivalentes a las que se tendría si todos conformaran un único mercado nacional. Así, los ciudadanos de los Estados socios deben tener

La integración regional conforme se ha descrito conlleva una ampliación de los mercados, circunstancia que intensifica la competencia y permite que, en el escenario nacional de cada Estado miembro, confluyan una mayor cantidad de agentes económicos que como oferentes compiten por la preferencia de la demanda nacional con los oferentes nacionales e, incluso, con otros agentes económicos extranjeros que también participan como oferentes. La integración, en palabras simples, es una expansión de la economía de mercado que suprime las fronteras económicas de los Estados.

3.- El sistema competitivo en el mercado ampliado

Establecida una apertura del mercado nacional que recibe mayores ofertas desde el exterior y que se encuentra en la posibilidad de enviar sus ofertas a espacios económicos en el exterior, el bienestar social propende a incrementarse pues los demandantes de bienes y servicios podrán acceder a: i) bienes que no se encontraban a su disposición por no ser producidos en el país; o, ii) bienes que encontrándose en el mercado nacional, pueden provenir desde el exterior a mejores combinaciones de calidad y precio. De hecho, los productores nacionales se verán contrastados por la competencia de oferentes extranjeros, por lo que deberán dedicarse a aquello en lo que sean comparativamente más competitivos que los oferentes extranjeros para ofrecer bienes y servicios con mejores combinaciones de calidad y precio, destinando su oferta ya no sólo al mercado nacional sino al mercado ampliado.

Logrando esta dinámica, los excedentes del consumidor se incrementan pues ocurrirá en algunos casos que: i) el producto que antes consumían lo pueden obtener al mismo precio de mercado pero a una mayor calidad que, siendo valorada, aumenta su precio de reserva, lo que a su vez eleva su excedente y, en consecuencia, aumenta su bienestar; y, ii) un producto de calidad homogénea respecto del que antes consumían lo pueden obtener a un menor precio de mercado, aumentando la distancia entre éste y el precio de reserva, lo que a su vez eleva su excedente y, en consecuencia, aumenta su bienestar.

3.1.- La necesidad de defender la libre competencia en el mercado ampliado

La competencia entre los agentes económicos es la premisa fundamental para que el modelo de competencia perfecta funcione. Si quienes ofrecen un bien o un servicio se pusieran de acuerdo para no competir, los consumidores no verían aumentados sus excedentes o, peor aún, podrían verlos disminuidos al reducir sus brechas entre precios de reserva y precios de mercado, sea porque la calidad se reduce o se congela lo cual puede afectar a la baja los precios de reserva; o, porque los precios se elevan o se mantienen elevados acercándose al precio de reserva de quienes los seguirían adquiriendo. De hecho, el excedente del consumidor desaparece si el precio de mercado llega a superar el precio de reserva y ya no se produce una transacción.

Teniendo en cuenta que son los Estados quienes por actos de imperio público, a través de tratados internacionales buscan una intensificación de la competencia para aumentar el bienestar de la sociedad, sería un despropósito que permitan que los agentes económicos pudieran obstruir y limitar la competencia al punto de restringirla o abusar de sus posiciones de dominio en el mercado ampliado. La lucha contra toda conducta que restrinja la libre competencia en el mercado ampliado se convierte en un imperativo de los Estados que se integran, tal como ocurre en la Comunidad Andina.⁷

derecho de establecimiento y de trabajo en iguales condiciones y sin discriminación en el territorio de cualquiera de los Estados. Del mismo modo, la circulación de bienes, servicios y capitales se debe desarrollar sin discriminación o restricción alguna. Cita textual tomada de STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de integración económica y sus efectos en el Comercio de bienes. En: Revista de Economía y Derecho. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005. p 64.

⁷ “[L]a experiencia hace pensar que la integración no basta por sí solo. Por ejemplo, parece que incluso en los mercados grandes en que hay pequeños obstáculos internos al comercio, tales como los de la Comunidad Europea y los Estados Unidos, se necesita todavía una activa política de competencia a pesar de su avanzado estado de integración.” Cita textual tomada de ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. El Comercio y la Política de Competencia. En: Informe Anual 1997. Vol 1. Ginebra: OMC, 1997. p 62.

3.2.- Eligiendo el sistema apropiado

Superada la visión privatista del sistema competitivo, competir no es sólo un derecho de los oferentes, sino además es una obligación en la economía de mercado, pues ello permitirá el logro del bienestar agregado, al ampliar el excedente del consumidor y, en consecuencia, su bienestar.⁸ Así, el derecho asume la protección y defensa de la libre competencia para que el sistema competitivo, como vía elegida, pueda generar el mayor bienestar posible a la sociedad.

De hecho, la defensa del sistema competitivo, tanto en los espacios nacionales como en el espacio económico de la Comunidad Andina, planteará problemas derivados de su necesidad de defender la existencia de la libre competencia en mercados que materialmente no se ven limitados por la atadura de las fronteras políticas o de los Estados, sino que se manifiesta como una realidad concreta que ignora las fronteras dibujadas en un mapa, más aún si se ha producido una ampliación de mercados como consecuencia de un proceso de integración económica.

Las agencias de competencia de cada país podrán, jurídicamente, luchar contra conductas contrarias a la libre competencia, pero siempre limitadas en su accionar por el alcance territorial de su jurisdicción, circunstancia que dificulta en gran medida la acción y efecto real que puedan generar al exterior de sus Estados, aún cuando se postule que aplican la “teoría de los efectos”. Por ello, en un mercado ampliado como el de la Comunidad Andina será necesario contar con un sistema supranacional que se encargue de tal tarea.

4.- La Decisión N° 608 de la Comunidad Andina y el Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia

4.1.- Conductas prohibidas y sancionables

La Decisión N° 608 enfoca un elenco de conductas que clasifica, según las presume, como i) abuso de posición de dominio en el mercado; o, ii) como acuerdos restrictivos de la libre competencia.⁹ Esta presunción, permite al órgano comunitario competente desarrollar una labor orientada a encontrar, en estos supuestos, circunstancias a las que deberá prestar la mayor atención indagatoria por ser altamente probable que constituyan conductas contrarias a la libre competencia.¹⁰ Sin embargo, como toda presunción, consideramos que admitirá prueba en contrario, pues tiene del otro lado la resistencia de la presunción de inocencia que corresponde a todo sujeto de derecho y que es reafirmada en el artículo 3 de esta Decisión.¹¹

4.1.1.- Acuerdos que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia

⁸ En la misma línea, otros constatan que “[c]onforme al planteamiento del liberalismo decimonónico, el empresario tenía derecho a competir. Se trataba de un derecho. Pero con la legislación “antitrust”, el planteamiento cambió totalmente. No es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene la obligación de competir. Y si viola esa obligación, realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencia, entonces está actuando ilegalmente y su actuación está sujeta a sanciones establecidas en la ley.” Cita textual tomada de BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto. Apuntes de Derecho Mercantil. 5ta ed. Navarra: Arazandi, 2004. p. 343.

⁹ Es claro, como constatan otros, que “La competencia puede ser entorpecida o eliminada por los propios competidores. Entre los medios más importantes para este fin se cuentan los carteles y fusiones. El dominio del mercado puede lograrse también por otros medios.” Cita textual tomada de MESTMAECKER, Ernst- Joachim. Sobre la libertad y monopolios en la economía y los medios de información. En: Instituto Libertad y Democracia. Democracia y economía de mercado. Lima: Industrial Gráfica S.A. 1981, p. 63.

¹⁰ Es preciso indicar que la Decisión N° 616, complementando a la Decisión N° 608 bajo comentario, dispuso la aplicación del Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia en Ecuador de modo inmediato, pese a la *vacatio* establecida inicialmente. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D616.htm>

¹¹ **Decisión N° 608**

“**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:

(...)

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.”

Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

La Decisión bajo comentario señala textualmente:

“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.
- (...)”

Este elenco de conductas se encuentra sometido a una presunción genérica que invita a asumirlas, cuando son verificadas en la realidad conforme a la actuación probatoria del proceso respectivo, como restrictivas de la libre competencia. Sin embargo, dicha presunción necesitará ser respaldada por la convicción en la autoridad comunitaria de que, en cada caso concreto, dichas conductas, en la realidad, restringen la libre competencia. En este punto es pertinente tener presente que el Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto: “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.”¹²

Constatando que la Decisión N° 608 sigue la tradición continental de defensa de la libre competencia, no será apropiado señalar que para el análisis de acuerdos restrictivos de la libre competencia sigue una “regla de lo razonable” y no una “regla *per se*”, aún cuando materialmente la autoridad comunitaria debe analizar si el efecto de la conducta restringe la libre competencia. El sistema continental, se regula, en su ejecución administrativa, por el principio de legalidad y no por las reglas antedichas. En este sentido, según se aprecia que en la Decisión N° 608 existe una presunción relativa que evita considerar que las conductas enunciadas en el elenco son consideradas por sí mismas como proscritas o infractoras, y niega la posibilidad de aplicar una presunción *iure et de iure*, puesto que ésta necesita que el texto de la norma lo haga explícito, lo que no ocurre en el artículo 7.¹³

¹² **Decisión N° 608**

“Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo 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.”

Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

¹³ En este punto, también podemos considerar que la Comunidad Andina ha diseñado un sistema compatible con la experiencia peruana en cuanto el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi ha considerado, al aplicar el cuerpo normativo de nivel legal que defiende la libre competencia, el Decreto Legislativo N° 701, que:

“[E]l análisis de razonabilidad (...) está dirigido a establecer si la práctica es o no *idónea* para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, esta generaría más perjuicios que beneficios. Así, la distinción entre la “regla *per se*” y la “regla de la razón” no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción.

La aplicación de la regla *per se* o de la regla de la razón no es un criterio para definir los alcances de la probanza con relación a la realización de una conducta infractora de la ley de competencia. La aplicación de dichos criterios corresponde más bien a la admisión o no de ciertas justificaciones aplicables en términos de los beneficios o perjuicios económicos que dichas conductas pueden generar en el interés económico general. En otras palabras, la jurisprudencia norteamericana ha sostenido que existen acuerdos – como la fijación de precios – que siempre son perjudiciales para el interés económico general, no siendo necesario intentar acreditar al respecto algún tipo de beneficio que la acción pudiera haber permitido en los hechos. Por el contrario, otros acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, siendo reprochables en sí mismos y por ende, también sancionables, podrían quedar exceptuados de la sanción, si se demostrara que, en esos casos, los efectos producidos resultan beneficiosos para el interés económico general.

Esta Sala (...) considera que para la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 no son de aplicación ni la regla *per se* ni la regla de la razón, toda vez que dichos conceptos, fruto de la creación jurisprudencial americana, muy útiles para aproximarse al tratamiento comparado del fenómeno de la competencia, no son compatibles con nuestro sistema jurídico de tradición europea continental.

En el Perú, para calificar una práctica como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, es necesario que dicha práctica pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y la misma se haya ejecutado en el mercado, lo cual constituye la afectación del interés económico general de acuerdo con la valoración positiva de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.”

Cita textual tomada de la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente N° 004-2002-CLC en el que se investigó la conducta de Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América

a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización

Por ejemplo, un acuerdo entre las empresas fabricantes de cerveza en la Comunidad Andina para fijar un nivel de precios equivalente en la distribución de bebidas similares sería considerado como una conducta restrictiva de la libre competencia, pues su “desnudez restrictiva” generaría de inmediato que el excedente del consumidor (definido antes como la diferencia entre el precio que paga en el mercado por el bien y el precio que hubiera estado dispuesto a pagar) se mantendría limitado o, incluso, reducido, por la ausencia de las acciones competitivas por parte de los concurrentes en el mercado para: i) ofrecer mayor calidad de bebida al mismo precio, o, ii) reducir el precio para ofrecer la misma calidad de bebida.

En casos como éste quedará muy claro que la eficiencia del mercado ampliado disminuye debido a que el bienestar de los consumidores se ve afectado por la disminución de su excedente, al desaparecer la competencia que le puede ofrecer mejores combinaciones de precio y calidad. Este sería un típico caso de infracción que, en la realidad, afianza, por sus efectos, la presunción que recae sobre la conducta descrita en este acápite

Sin embargo, el resultado de la presunción de ilicitud podría ser diferente si se enjuiciara un acuerdo asociativo entre todas las empresas prestadoras de servicios financieros establecidas en Colombia y Perú para establecer un mismo nivel de comisión por retiro de dinero en la ciudad de Oruro, en Bolivia, a través de un sistema de cajeros automáticos establecidos para tal fin. En este caso, si las empresas financieras descritas acuerdan el nivel de precio referido para financiar establecimiento del mismo cajero pues no hubiera sido rentable establecerlo individualmente, sería en realidad un acuerdo en los precios y condiciones de comercialización que podría proveer bienestar a los consumidores de la zona, que no hubieran podido acceder al servicio descrito de no haberse producido el acuerdo.

Este no sería un acuerdo que revelaría una “desnudez restrictiva”, sino que, por el contrario, habría que analizar con detalle a efectos de percibir su impacto sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado. En este ejemplo, si las entidades financieras mantuvieran su estado de competencia en los demás aspectos de sus servicios financieros, tales como niveles de tasas de interés para ahorros y servicios adicionales o complementarios, sería sumamente difícil que se pudiera mantener, validamente, la presunción que presenta el artículo 7 de la Decisión en comentario, de modo tal que no sería razonable considerar el acuerdo descrito como una conducta restrictiva de la libre competencia.

De hecho, el ejemplo descrito en el párrafo anterior no puede permitir a alguien señalar que la fijación de precios u otras condiciones de comercialización en el mercado ampliado generaran un efecto positivo y real sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado comunitario. Al contrario, ello será definitivamente lo excepcional.

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios

Difícil será también encontrar casos en los que se produzca un efecto positivo y real sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado cuando los concurrentes se ponen de acuerdo para restringir coordinadamente el volumen de la oferta de un bien determinado.

Imaginemos lo que ocurriría por ejemplo si todos los productores de ron en la región, decidieran restringir sus producciones, ello, en lo inmediato elevaría en alguna medida el precio, debido a la escasez relativa del bien, asumiendo por un momento que la posibilidad de que el ron sea

sustituido por otros productos no fuera significativa. En un caso como éste, los productores habrían: i) reducido el bienestar de los consumidores que comprarían el ron pese a la subida del precio; y, ii) eliminado el bienestar de los que dejaron de consumirlo, al haber sido rebasado su precio de reserva por el nuevo precio de mercado generado por la “escasez concertada”. Imposible, en este caso, advertir mejora en el bienestar de los consumidores, todo lo contrario, y, menos aún, sobre la eficiencia del mercado. Nos encontraríamos ante una conducta contraria a la libre competencia en el mercado ampliado.

Sin embargo, si no fueran todos los productores de ron de la región, sino solamente aquellos que pudieran, juntos, representar una capacidad instalada o potencia productiva capaz de satisfacer únicamente el 3% de la demanda de los consumidores de la Comunidad Andina, el acuerdo de restringir la producción sería por sí mismo incapaz de restringir el bienestar de los consumidores o la eficiencia competitiva del mercado andino. Ello, por cuanto los demás productores de la región, también concurrentes en el mercado andino, podrían cubrir aquello que dejarán de producir los concertantes, sin que el precio de mercado se elevara por efecto de alguna escasez y, en consecuencia, los consumidores no verían mermado su nivel de excedente. Naturalmente, esta constatación se hace bajo una presunción de homogeneidad en la calidad del aludido ron. En un caso como el descrito no podría existir una infracción contra la libre competencia a nivel comunitario.

c) Repartir el mercado de bienes o servicios

Para que esta conducta descrita pueda ser considerada contraria a libre competencia en el sistema comunitario, habrá que acreditar que los actores del acuerdo tienen capacidad de repartirse el mercado, generando algún efecto restrictivo sobre la competencia.

Imaginemos lo incapaz que sería un acuerdo entre cuatro productores de gas licuado de petróleo ecuatorianos para producir una afectación en el bienestar de los consumidores o la eficiencia competitiva del mercado si se reparten los mercados de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela; ello por cuanto existe la suficiente capacidad productiva en las empresas locales que colocan bienes similares en cada país, lo que no permitiría que el precio se elevara o que la cantidad se restringiera por el acuerdo de reparto de las empresas ecuatorianas.

Ocurriría lo contrario si dos empresas cerveceras de gran envergadura se repartieran, para una los mercados del sur (Bolivia y Perú) y para otra los mercados del norte (Colombia, Ecuador y Venezuela). Sí podrían lograr aislar la competencia de una sobre la otra en cada sub-mercado artificial, desmembrando por su voluntad el mercado cervecero de la Comunidad Andina y creando monopolios, con la consecuente disminución del excedente del consumidor en cada zona repartida y, en consecuencia, una disminución de su bienestar.¹⁴

d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado

Este supuesto contiene una cláusula general, abierta que permitirá que autoridad comunitaria desarrolle acciones contra conductas contrarias a la libre competencia que, como acuerdos, constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, aunque no se encuentren enunciadas expresamente en los acápite anteriores. Que duda cabe de que las conductas que son materia de las disciplinas que protegen la libre competencia evolucionan con la dinámica de los mercados. Por ello, este acápite abierto y comprensivo es necesario para que la autoridad comunitaria pueda hacer frente a ellos con las determinaciones de ilícito necesarias y las sanciones respectivas.

¹⁴ En el mismo sentido, “[e]l reparto de mercado puede materializarse mediante un acuerdo por el que se concede a cada una de las partes la exclusividad para operar en un área geográfica determinada, obligándolas a abstenerse de hacerlo en el área otorgada al resto de las partes, un pacto de no agresión, un reparto de mercados de producto, de cuotas de venta o de clientela.” Cita textual tomada de ODRIÓZOLA, Miguel y Begoña BARRANTES. “Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales”. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2005. p. 250.

A nivel comunitario, éste es un supuesto de mayor amplitud que describe un resultado más que una conducta. El acuerdo en este caso podrá ser de diversa índole, pudiendo comprender desde actos de boicot, hasta la realización de conductas coordinadas de sabotaje contra el competidor. Desde nuestra perspectiva esta modalidad enunciada podría consistir, por ejemplo, en la exclusión injustificada de espacios de coordinación gremial, de modo tal que dicha exclusión pudiera imponer o erigir barreras de entrada a mercado, tal como lo sería que algunos concurrentes excluyan de compartir un bien de infraestructura esencial, necesaria para competir, con un concurrente en el mercado ampliado.

e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas

Esta conducta enunciada debe ser una de aquellas en las que será sumamente difícil encontrar alguna que no pueda ser considerada infractora. No se refiere solamente, a nuestro juicio, a la conducta concertada en licitaciones, concursos o subastas públicas convocadas por el sector público de los Estados de la Comunidad Andina. Será también posible que esta conducta contraria la libre competencia sea promovida ante una convocatoria pública realizada por un privado.

Coincidimos en que “[l]a licitación fraudulenta puede materializarse de distintas formas: distintos competidores pueden ponerse de acuerdo en el precio de oferta, con la esperanza de obtener todos parte del objeto de la subasta, o establecer sistemas de rotación que aseguren un ganador diferente en cada nueva subasta.”¹⁵ En cualquier caso, la eliminación de la competencia queda revelada de la transacción que pudieran realizar, en cualquier sentido, los agentes concertantes para beneficiarse de los excedentes de productor que pudieran emanar de no pugnar entre sí por la demanda.

4.1.2.- Prohibición del Abuso de la Posición de Dominio

En este punto, la Decisión N° 608 señala textualmente:

“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

¹⁵ ODRIOZOLA, Miguel y Begoña BARRANTES. “Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales”. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2005. p. 250.

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.”

La posición de dominio, constituye la capacidad de un agente en el mercado para no encontrarse, en alguna dimensión, sujeto a la influencia del sistema competitivo, es decir, para no verse influenciado por otros agentes en determinado mercado, pues su posición de dominio revela la plena inexistencia del modelo de competencia perfecta en el mercado en que concurre.¹⁶ Y, en este punto, será necesario determinar cuál es el mercado sobre el que el agente ostenta su posición de dominio, siendo éste definido como el mercado relevante en la investigación, que se entiende cómo “un concepto que se utiliza para circunscribir los efectos de una determinada conducta u operación económica a un conjunto de productos o variedades de un producto, y excluir en cambio del análisis los efectos que dicha conducta u operación pueda tener sobre otros productos y variedades (...) es entonces definir qué productos o variedades (y qué zonas geográficas en las cuáles dichos productos o variedades se comercian) conforman un mercado, quedando por oposición fuera de dicho mercado otros productos, variedades y zonas geográficas.”¹⁷

Para entender el concepto de mercado relevante, debemos preguntarnos, por ejemplo, cuál sería el alcance del poder de mercado de un agente que pudiera tener a su cargo toda la producción de ron en la Comunidad Andina. La primera pregunta que debe hacerse la autoridad de competencia comunitaria es ¿cuáles son los posibles sustitutos del ron para el consumidor subregional? ¿Cuáles serían los productos que adquiriría el consumidor si el agente antes referido elevara el precio del ron? ¿Adquiriría otros productos o no sería elástica su demanda? Si la respuesta fuera que el consumidor adquiriría más pisco ante dicha circunstancia, éste producto deberá ser incorporado como parte del mercado relevante. Por el contrario, si el consumidor no adquiriría ginebra o vermouth, estos productos no deberían ser incorporados en tal mercado relevante. El mercado relevante no se define necesariamente por la similitud de los productos, sino por las características de la demanda, es decir considerando en el mismo conjunto a productos que se dirigen a satisfacer las mismas necesidades o, en todo caso, que pueden utilizarse indistintamente para ello, de manera tal que sean sustitutos, lo cual es definido únicamente por la valoración y preferencias del demandante.

En el derecho comunitario andino, la posición de dominio no se encuentra proscrita y, en consecuencia, no es sancionada, debido a que por sí misma no es causa del deterioro del bienestar de los agentes económicos. Es sólo sancionable el uso abusivo de dicha posición. Esta visión comunitaria andina se encuentra en plena sintonía con la visión comunitaria europea.¹⁸

¹⁶ Es útil que para determinar qué es la posición de dominio en el mercado común europeo, la doctrina ha entendido que “‘Posición dominante’, es (...) la posibilidad de impedir la competencia efectiva, lo que probablemente significa el poder de comportarse con independencia en el mercado. Otro factor a tener en cuenta es si las otras empresas están obligadas a comerciar con la empresa en posición dominante por no existir otra posibilidad alternativa en el mercado. En la práctica hay cuatro pasos para determinar que una empresa esté en posición dominante.

En primer lugar, hay que definir el mercado – ‘mercado relevante del producto’ – en el que deben evaluarse las condiciones de la competencia y el poder de la empresa en posición dominante.

En segundo lugar, hay que demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado.

En tercer lugar, hay que demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante.

En cuarto lugar, hay que demostrar que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo”

Cita textual tomada de BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992. p. 508. En esta cita, los autores citados refieren y remiten a trabajos de WISH, KORAH y SHARPE.

¹⁷ Cita textual tomada de COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. p. 68.

¹⁸ En comentario del contenido del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, un sector destacado de la doctrina europea señala que el contenido de las normas comunitarias “no establece en ningún caso la incompatibilidad de la mera posición de dominio con el mercado común; lo que se prohíbe, en efecto, es el abuso de dicha posición dominante llevado a cabo por quien la ostenta – individual o colectivamente según se desprende del texto del precepto y la jurisprudencia reconoce – (...) [d]e lo dicho se deriva que en Derecho europeo resulta imprescindible en orden a la identificación de prácticas abusivas punibles no solo la determinación, en primer término, de aquello en lo que consista la posición dominante; igualmente y en segundo lugar, resulta exigida la concreción de aquello en lo que consista el abuso de ella por parte de quien la posee.” Cita textual tomada de ILLESCAS, Rafael. Capítulo 3: El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación. En: Tratado de Derecho de la Competencia. Barcelona: Bosch, 2005. p 117.

La presunción establecida en el artículo 8 de la Decisión N° 608 no desencadena directamente una consideración ilícita para el elenco de conductas que detalla y que se desarrollan a continuación, será necesario siempre, y en todos los casos, que las conductas detalladas sean comprobadamente realizadas por uno o más agentes que cuenten con posición de dominio, tal como se ha explicado y se describe en el artículo 9 de la misma Decisión.

Queda claro además que la Decisión bajo comentario permite a la autoridad comunitaria sancionar a un agente que comete abuso de posición de dominio, sea que: i) excluya a los otros agentes concurrentes de la competencia (conductas *exclusorias*); o, ii) explote a los agentes en los siguientes niveles de la cadena productiva o comercial, o a los consumidores, generando transacciones en condiciones que afectan sus excedentes y que no habrían sido posibles si no gozaran de tal posición de dominio (conductas *explotativas*). La consideración anterior es evidente por cuanto, como dijimos, el Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto: “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.”¹⁹

a) La fijación de precios predatorios

Contando con la posición de dominio como antes se ha señalado, cuando una empresa coloca sus precios a un nivel por debajo de sus costos es capaz de generar un deterioro a sus competidores actuales o potenciales de modo tal que puede expulsarlos del mercado o levantar una barrera para impedir su ingreso, respectivamente. Los precios predatorios, también llamados precios ruinosos,²⁰ en lo inmediato generan un aumento del bienestar del consumidor que ve elevado su excedente. Sin embargo, logrado el objetivo de excluir a sus competidores reales o potenciales, el perjuicio que sobreviene en el futuro podrá ser mayor cuando el agente con posición de dominio retorne al nivel de precios usual o, incluso coloque uno mayor, generando que el excedente del consumidor se vea nuevamente reducido. Es claro que si un oferente que carece de posición de dominio intentara desarrollar una estrategia de precios predatorios no solamente sería un minimizador de beneficios (lo contrario a lo que espera de él el modelo de competencia perfecta) sino que además será un obsequioso empresario camino a la quiebra.

Esta estrategia predatoria, pese a ser potencialmente maximizadora para el agente que cuenta con posición de dominio y consecuencia de una conducta estratégica, se opone a la necesidad de que el sistema competitivo no presente barreras artificiales causadas por razones distintas a los postulados de eficiencia. Los precios predatorios tienen por efecto excluir al competidor actual o potencial.

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios

Aquí, por ejemplo, si el agente productor de lavadoras de la marca OMEGA ubicado en Brasil impone a sus distribuidores en la Comunidad Andina una exigencia para que vendan y otorguen servicio técnico únicamente respecto de sus lavadoras, difícilmente estaríamos ante una conducta abusiva. Ello, debido a que el distribuidor, como demandante de dicho bien y, a la vez,

¹⁹ En este punto, también podemos considerar que la Comunidad Andina ha diseñado un sistema compatible con la experiencia peruana en cuanto el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi ha considerado, al aplicar el cuerpo normativo de nivel legal que defiende la libre competencia, el Decreto Legislativo N° 701, que:

“[c]uando la norma hace referencia a que la conducta cause *perjuicios a otros* el legislador se refiere necesariamente a los otros agentes del mercado, es decir, competidores y consumidores (...) la norma nacional, siguiendo sus orígenes y fuentes, así como las propias manifestaciones positivas del texto, alcanza tanto a las conductas abusivas de naturaleza exclusoria como explotativa.”

Cita textual tomada de la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente N° 001-2003-CLC en el que se investigó la conducta de AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y Asociación de AFPS, por denuncia de Central Unitaria de Trabajadores del Perú y de Javier Diez Canseco Cisneros. Consultar en: http://www.indecopi.gob.pe/upload/legislacionyjurispru/resolu_02251.pdf

²⁰ “La expresión ‘precios ruinosos’ también denominados predatorios, se asocia con una política de precios por una empresa en posición dominante que tiene como principal objetivo la eliminación o la debilitación seria de un competidor.” Cita textual tomada de BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992. p. 537.

intermediario en la cadena de comercialización puede elegir la oferta de cualquier otra empresa fabricante de lavadoras para intermediar en su venta y prestar servicio técnico si las condiciones no le son favorables. Estarán allí Bosch, LG y Mabe, entre otras. En este caso, la distribución exclusiva es una condición que persigue la transmisión de valor al consumidor, a efectos de que la marca pueda atesorar un valor sobre los productos al hacer exclusiva, por especial, una atención y enfoque para las ventas y el servicio técnico.

Será distinto el caso de una empresa que posee la posición de dominio en la Comunidad Andina (95% de la participación del mercado) sobre la provisión de *software* para trabajos de oficina (incluidos procesadores de texto, hojas de cálculo y bases de datos), que impone a sus distribuidores la distribución exclusiva de sus productos impidiendo que distribuyan *software* de otra empresa, bajo condición de retirarle la distribución de sus productos. Aquí sí nos encontraremos ante un abuso de posición de dominio, conforme al cuál se excluirá, en los hechos, del mercado, a cualquier productor de *software* que, pese a poder ser más eficiente si vende a menores costos con calidad equiparable, no tendría acceso a los canales de distribución el tiempo necesario para lograr participación en el mercado.

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

Este es un típico supuesto en el que el agente que ostenta posición de dominio en el mercado desarrolla una práctica abusiva *explotativa*, esencialmente. Imaginemos si la empresa antes referida que posee la posición de dominio en la provisión de *software* para trabajos de oficina, a nivel de todos los Estados de la Comunidad Andina, decide exigir a los demandantes, para venderles dicho *software*, que adquieran además un drive de puerto USB.

Notaremos que un consumidor de *software* para trabajos de oficina no requiere necesariamente dicho drive y, principalmente, su adquisición conjunta con el referido *software* no es condición necesaria ni usual respecto del objeto del contrato de licencia de derechos de autor que implica el uso del *software*. De hecho, será más repulsivo el asunto si lo que exige la empresa en cuestión es que los demandantes, para adquirir dicho *software*, adquieran además una carpa para acampar en la playa.²¹

El abuso de posición de dominio en esta modalidad puede generar una grave afectación al excedente del consumidor en cuanto le “obliga” a adquirir un producto sobre el cual podría ni siquiera tener planteado precio de reserva alguno. En este contexto, cualquier desembolso es pérdida pura para el consumidor, dado que no necesitaba y, menos aún, valoraba el producto que se le “obligó” a adquirir.

Esta conducta además tendrá un efecto negativo de exclusión, al restringir la competencia con los demás oferentes de carpas para acampar en la playa que, pudiendo tener menores costos de producción, con cada transacción, podrían generar un mayor excedente para sí mismos, por tener un mayor margen respecto del precio de mercado, y, en consecuencia, sumar al agregado social de excedente traducido en bienestar. Ello, por cuanto cada carpa “obligada” es una carpa menos que podría comprar el “obligado” a hacerlo.

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

²¹ Sí será, por el contrario, condición usual a la venta de gaseosas, la exigencia de adquirir los envases para que ésta sea vendida. Si una empresa ostentara posición de dominio a nivel subregional, dicha exigencia no sería un abuso de posición de dominio del tipo analizado.

Un agente que ostenta posición de dominio en el mercado, no puede diferenciar las prestaciones que otorga o que exige a los agentes con los que contrata respecto de aquellos bienes o servicios en los que se sustenta su condición dominante en el mercado.

Esta conducta puede producir, entre otros, dos efectos diferentes, pero potencialmente coexistentes que restringen la competencia. Imaginemos que la discriminación se presenta en la prestación de servicios de transporte marítimo de mercancías, en la que la empresa prestadora con posición de dominio cobra, a una empresa por trasladar un contenedor lleno de maíz desde el Callao a Guayaquil, como precio \$ 100, y por el mismo servicio cobra a otra \$ 70.

Con estos datos, no será posible determinar que existe una adopción de condiciones desiguales en situación análoga, pues habrá que determinar en cada caso, entre otros, si: i) el peso de los contenedores era el mismo; ii) si la oportunidad del embarque se realizó en la misma temporada, baja o alta, iii) si la oportunidad de pago fue la misma, diez días antes del embarque o el mismo día, sea al contado o al crédito. En cada caso, factores como estos deberán permitir a la autoridad comunitaria decidir en cada caso si existe: i) una situación análoga de contratación, y, ii) condiciones desiguales que han colocado en desventaja competitiva a un agente económico; de modo tal que generan una restricción de la libre competencia.

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios

Nuevamente, en este punto, como en los anteriores se aprecia que la conducta enunciada es solamente restrictiva de la libre competencia siempre que exista en el agente que la desarrolla una posición de dominio en el mercado de que se trate. Estos agentes tienen jurídicamente la obligación de contratar la venta del bien o la prestación del servicio sobre el cual recae su condición de dominio como oferente en el mercado, o la adquisición de los insumos sobre los que recae su condición de dominio en el mercado.

Por ejemplo, una empresa que controle la mayoría de las fundiciones de la región andina podría negarse a adquirir metales ferrosos en bruto de los extractores mineros de la región. ¿Ello es un abuso de posición de dominio? Todo depende de la justificación. Sin duda, esgrimir la justificación de una negativa a contratar siempre nos llevará a un análisis caso por caso. Será justificado que la empresa que controla las fundiciones de la región se niegue a contratar con un extractor minero que ha incumplido reiteradas veces con la entrega del mineral, o con otro que entregue mineral ferroso junto con mezclas de mineral no ferroso, impidiendo una adecuada fundición. No será justificado, por el contrario, que dicha empresa se niegue a contratar con un extractor minero debido a una antipatía personal entre los gerentes o dueños, lujo que sí se podría dar una empresa sin posición de dominio.²²

Si la negativa es de venta, la justificación que puede tener un agente con posición de dominio podría consistir en negarse a vender a aquél que le adeuda pagos vencidos o a aquel que se niega a pagar al contado, solicitando crédito, cuando ello no es otorgado a otros compradores.²³

²² Un sector de la doctrina nacional ha recogido como conclusión que “[s]i una empresa tiene una posición de dominio no puede negarse injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o de adquisición, u ofertas de venta de productos o prestación de servicios, porque si incurre en esta situación puede ser considerado un abuso de su posición de dominio.” Cita textual tomada de FLINT BLACK, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. p. 532. Sin embargo, nos queda la obligación de hacer una precisión de lo antes citado como conclusión para evitar confusiones, pues, de hecho, una empresa con posición de dominio “sí puede negarse a contratar injustificadamente”, sin embargo “no debe hacerlo” para mantener su conducta ajustada a derecho y, además, sí esta negación injustificada se produce no es que “pueda ser considerada” como un abuso de posición de dominio, dado no “no habrá duda alguna” de que lo que aquella conducta constituye como ilícito contrario a la competencia.

²³ Analizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la doctrina constata que en sus pronunciamientos que “una empresa en posición dominante deberá mostrar una “justificación objetiva” para negarse a suministrar a un cliente suyo. Ello es así también cuando se subordina el pedido a la aceptación de términos no razonables” Cita textual tomada de BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992. p 533.

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

Como conducta realizada por un agente o agentes que cuentan con posición de dominio en el mercado, ésta constituye “el suceso en el que un sujeto o grupo de sujetos rescinde, o se niega a iniciar total o parcialmente relaciones económicas con otro u otro grupo de sujetos, como consecuencia de un requerimiento recibido en tal sentido por una tercera parte, la cual tiene intención de irrogarle un perjuicio directo o indirecto, de no llevar a cabo la conducta encomendada”.²⁴

La claridad de esta conducta, conforme es descrita en el tipo enunciado, ejercida por quienes ostentan posición de dominio en el mercado, nos exime de mayor comentario. Queda únicamente enfatizar que la conducta referida consiste en una coerción a determinados agentes bajo el poder los dominantes, con el fin de dañar a otro agente en el mercado, obstruyéndole el acceso a la demanda o a la oferta necesaria para desarrollar su actividad económica.

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

Este supuesto contiene una cláusula general, abierta, que permitirá que la autoridad comunitaria pueda desarrollar acciones contra conductas restrictivas de la libre competencia por ser abusos de posición de dominio, aunque no se encuentren enunciadas expresamente en los acápite anteriores.

Queda claro que las conductas que son materia de las disciplinas que protegen la libre competencia evolucionan con la dinámica de los mercados por lo que este acápite abierto y comprensivo es necesario para que la autoridad comunitaria pueda hacer frente a ellos con determinaciones de ilícito y las sanciones respectivas.

Este supuesto sí permite que una empresa pueda defender y mantener su posición de dominio si ello es consecuencia de una conducta eficiente de competencia por combinaciones de precio y calidad que, ante el demandante, puedan ser apreciadas como aquellas de mayor valor respecto de otras.

5.- Apuntes sobre los órganos competentes y su participación en el proceso administrativo comunitario de defensa de la competencia

El procedimiento que regula el proceso comunitario de defensa de la libre competencia es una manifestación del poder supranacional que se ha constituido por la transferencia de competencias que han efectuado los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Estos Estados han decidido integrarse, sobre la base de intereses compartidos, para formar una comunidad de naciones que goce de un mercado ampliado.

El poder público supranacional “se concreta mediante una transferencia de competencias que no afecta la personalidad de los Estados, sobre la base de intereses comunes, los cuales se ponen bajo la tuición de autoridades también comunes”.²⁵ En el caso de la Comunidad Andina, las autoridades comunes han emitido la Decisión N° 608 y serán las encargadas de ejercer su

²⁴ Citas textuales tomadas de EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Madrid: Civitas, 2000. p 31. Este autor cita en este punto a BERGERHOFF, *Notigung durch Boykott*, Frankfurt am Main, 17. En la misma entrega, el referido autor considera que: “[e]l fundamento de la deslealtad del boicot reside en que se trata de un comportamiento contrario a la competencia eficiente, pues busca la consecución de una mejora en su posición induciendo a otros sujetos a que cancelen las relaciones comerciales con sus competidores, en lugar de potenciar sus propias prestaciones, como correspondería en consonancia con el principio de competencia eficiente.”

²⁵ Cita textual tomada de PÉREZ MONASTERIOS, Marcelo. Discurso de Inauguración del Simposio Integración y Supranacionalidad. La Paz, 20 al 21 de noviembre de 2000. En: COMUNIDAD ANDINA. Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en lo Países Andinos. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001. p 15.

aplicación. Así, la Comunidad Andina ha ejercido la función normativa del poder público al emitir la Decisión bajo comentario y ejercerá la función administrativa al conocer cada uno de los casos que se contrarios que se planteen como contrarios a la libre competencia y sancionar en aquellos en los que encuentre mérito, conforme hemos desarrollado en el punto precedente.

Como parte de las características multidimensionales del proceso comunitario de defensa de la competencia, debido a la magnitud y diversidad del ámbito territorial sobre el cual se aplican las normas de la Decisión N° 608 y tomando en cuenta la necesidad de realizar actuaciones probatorias en el territorio de los Estados miembros, la participación de las agencias nacionales en materia de defensa de la competencia (en adelante, agencias nacionales), resulta de la mayor importancia, dado que se constituyen en una suerte de “brazos largos” de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la Secretaría General), como autoridad comunitaria, para tramitar los procesos y decidir sobre el fondo de los casos. Sólo con la colaboración de las agencias nacionales, la Secretaría General podrá proyectar su actuación administrativa en cada uno de los Estados miembros con la incidencia y alcance necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, para el desarrollo del mencionado proceso, y considerando que, por su naturaleza comunitaria, produce efectos en un ámbito territorial significativo, se requiere de la mayor reflexión y evaluación al momento de ejecutar las actuaciones administrativas. Por esta razón, se ha establecido como necesaria la intervención del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, El Comité) como entidad que desarrolle una función de orientación y aporte técnico, el cuál está conformado por un representante de cada uno de los Estados miembros.

5.1.- La Secretaría General de la Comunidad Andina

Encargada principalmente de impulsar y conducir la investigación, así como emitir un pronunciamiento final sobre los resultados de la misma. Su participación es imprescindible para el inicio del proceso de investigación, porque es la encargada de admitir las solicitudes de investigación, o impulsar, de oficio, investigaciones orientadas a determinar la realización de conductas que pudieran resultar contrarias a la competencia en los espacios del mercado ampliado comunitario. Será competente cuando la realización o los efectos de la conducta involucren el territorio de más de un Estado miembro de la Comunidad Andina.²⁶

Con la finalidad de contar mecanismos de valoración que involucren las distintas realidades y contextos de los Estados involucrados, en el desempeño de su rol conductor, la Secretaría General solicita cooperación a las agencias nacionales de los Estados en los cuáles se desarrollan las conductas investigadas y en los cuáles se producen los efectos de las mismas. Por ello, la realización de investigaciones que contribuyan a determinar la ocurrencia de la conducta sindicada como restrictiva de la competencia será realizada por las agencias nacionales conforme al “Plan de Investigación” según lo determinado por la Secretaría General.

Asimismo, en ejercicio de las potestades otorgadas en el seno comunitario, la Secretaría General se encuentra investida de poder suficiente para exigir a los agentes del mercado regional la exhibición de todo tipo de documentos referidos a su actividad comercial y a la estructura empresarial, de ser el caso, así como los registros magnéticos que contengan información relevante para los fines de la investigación. En este mismo sentido, con la finalidad de que la Secretaría General cuente con la mayor cantidad de elementos de valoración posible, la Decisión 608 le concede la facultad de citar e interrogar, a los agentes económicos involucrados en los hechos que son materia de la investigación, así como realizar las visitas inspectivas necesarias en los locales correspondientes, pudiendo obtener registros magnetofónicos y

²⁶ Consultar el artículo 5 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

filmográficos, entre otros, que le permitan acopiar la mayor cantidad de información posible para emitir una decisión adecuada.²⁷

No obstante, la información recogida de cada las agencias nacionales, la Secretaría General, en su condición de conductor del procedimiento, podrá realizar sus propias determinaciones y actuaciones probatorias, así como solicitar a las agencias nacionales correspondientes información complementaria. Ello se debe a la necesidad de la Secretaría General de involucrarse de manera directa en el proceso de investigación, dada la responsabilidad que implica ser el órgano encargado de emitir el pronunciamiento final de la controversia.

De otro lado, en la etapa intermedia del proceso, como instructora, la Secretaría General tiene la función de elaborar un informe sobre los resultados obtenidos en el transcurso de la investigación, el cual remite a las partes del proceso y a los miembros del Comité antes de resolver.²⁸

En el desarrollo del proceso, la Secretaría General desempeña una función dispositiva preponderante, pues tiene un poder de decisión significativo que se revela en cada una de las etapas del procedimiento. Así por ejemplo, la Secretaría General puede imponer de oficio o a pedido de parte las medidas cautelares que sean necesarias, previa opinión de la agencia nacional del Estado en el que recaerá la medida.²⁹ Asimismo, determina la necesidad de convocar a una audiencia pública para confrontar los alegatos de las partes, audiencia que puede ser realizada de oficio o a pedido de parte, y tiene la potestad para aceptar o desestimar los compromisos voluntarios para cesar la conducta objeto de investigación, requiriendo a las partes, en caso de aceptar el compromiso, informes trimestrales que den cuenta del cumplimiento de dicho compromiso.³⁰

Finalmente, el poder de decisión que ejerce la Secretaría General a lo largo del proceso de investigación tiene su mayor expresión al final del mismo, pues tiene la responsabilidad de emitir el pronunciamiento final sobre el fondo del asunto, determinando la aplicación de medidas correctivas o sancionadoras correspondientes contra los agentes infractores. Al emitir el pronunciamiento final deberá dar cuenta del informe que haya emitido por el Comité como contraparte del suyo. Si discrepara con las conclusiones y recomendaciones del informe del Comité, la Secretaría General deberá manifestar de manera expresa los fundamentos de la discrepancia en el pronunciamiento final.³¹

5.2.- Agencias nacionales en materia de defensa de la competencia

La Secretaría General requiere de mecanismos que le permitan extender el alcance de su potestad administrativa en cada uno de los Estados miembros. De este modo, en el proceso bajo comentario se hace necesaria la colaboración de las agencias nacionales de los Estados involucrados en el caso, como lo es el Indecopi en el Perú. En este sentido, durante el desarrollo del proceso estas agencias cumplen una labor de cooperación constante con la Secretaría General.

En este sentido, las agencias nacionales tienen el encargo de colaborar con la Secretaría General en la elaboración del “Plan de Investigación”, y gozan, además, también de la facultad de citar e interrogar, a los agentes económicos involucrados en los hechos que son materia de la

²⁷ Consultar el artículo 16 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

²⁸ Consultar el artículo 20 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

²⁹ Consultar los artículos 31,32 y 33 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³⁰ Consultar los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³¹ Consultar los artículos 22 y 34 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

investigación, así como realizar las visitas inspectivas necesarias en los locales correspondientes, pudiendo obtener registros magnetofónicos y filmográficos, entre otros, que le permitan acopiar la mayor cantidad de información posible para emitir una decisión adecuada. Es importante anotar que las agencias nacionales encargadas de la investigación, aplicarán sus normas nacionales en lo que respecta a la determinación del procedimiento a aplicar, las facultades de la autoridad, la actuación probatoria, entre otras, no especificadas en la Decisión N° 608.³²

Las agencias nacionales competentes, dada su cercanía a las realidades fácticas involucradas, cuentan con la capacidad de acceder a pruebas e indicios respecto las conductas contrarias a la libre competencia que se investiguen en cada caso. Por esta razón, la Decisión 608 contempla, por ejemplo, la posibilidad de que puedan solicitar el inicio de una investigación, así como la continuación de oficio de la misma, en caso ésta haya sido retirada por el solicitante.³³

Otra intervención muy relevante de las agencias nacionales, en el transcurso del proceso, es la opinión motivada que emiten para que la Secretaría General dicte una medida cautelar con ejecución en el territorio de su Estado, lo cual revela una necesidad de coordinar criterios para este tipo de decisiones, tanto en el ámbito comunitario como nacional.³⁴

5.3.- El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

Se encuentra conformado por un representante de la agencia nacional de defensa de la libre competencia de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina. Es un órgano que cumple una función deliberante y técnica en el procedimiento comunitario. Principalmente, luego de la ejecución del “Plan de Investigación”, se encargará de emitir un informe que confronte las consideraciones del informe de la Secretaría General respecto de lo actuado en el procedimiento y de lo alegado por las partes en él. Dicho informe, pese a no vincular, a la Secretaría General, la condicionará, pues si ésta discrepa de las consideraciones del Comité, deberá sustentar dicha discrepancia en la resolución que emita sobre el fondo del caso.

Puede considerarse incluso que nos hallamos ante una especie de co-decisión, en la que el peso técnico y representativo de los miembros del Comité generaría una tensión positiva ante las consideraciones finales a las que podría llegar a la Secretaría General por sí misma. El Comité se conforma así en un *alter ego* calificado de la Secretaría General, por la autoridad de sus conocimientos en los temas de libre competencia.

6.- Comentario final

Como el título de la presente entrega lo revela, hemos pretendido solamente presentar una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia que ha establecido la Decisión N° 608 en el mercado ampliado andino, desde inicios del presente año y como sucesora de la desfasada e impracticable Decisión N° 285.

La importancia de los temas vinculados a la defensa de la libre competencia y la necesidad de profundizar en cada uno ellos requiere de una extensión que la presente entrega no permite, notando que el estudio de la defensa de la libre competencia en mercados ampliados es una materia que bien vale la pena observar a profundidad, en un contexto actual en el que se desarrolla un proceso de liberalización progresivo y convergente en los Estados del mundo. Dejamos para otra entrega la posibilidad que tienen los Estados miembros de proponer exclusiones para determinadas actividad respecto del cumplimiento de la Decisión N° 608,

³² Consultar el artículo 16 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³³ Consultar el artículo 10 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³⁴ Consultar el artículo 31 de la Decisión N° 608. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

propuesta que solamente podría ser aceptada por la Comunidad Andina en pleno, solamente si existe recomendación del Comité.³⁵

Como conclusión podemos ofrecer la constatación de los retos que se presentan para la institucionalidad de la Comunidad Andina y de los Estados miembros, a efectos de operar un sistema de defensa de la competencia a nivel del mercado ampliado que, en sede comunitaria, coexistirá con las funciones, en jurisdicción nacional, de las agencias nacionales para casos que sólo generen efectos al interior de cada Estado andino.

³⁵ Consultar el artículo 6 de la Decisión N° 608.