

DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA: UN PASO ADELANTE PARA EL SISTEMA ANTIMONOPOLIOS DE LA REGIÓN

JAVIER CORTÁZAR MORA*

RESUMEN

Es definitivo el impacto positivo que trae la Decisión 608 de la CAN, a diferencia de la 285 que no dejó resultado concreto. Esta nueva decisión trae elementos novedosos que permiten a ese organismo actuar de manera directa en los países miembros a través de investigaciones, imposición de sanciones, hasta instrucción a los gobiernos.

En este artículo se pretende analizar como puede dársele buen uso a estas nuevas normas; como el Estado, siendo el agente económico más importante no puede quedar de lado en las reglas de competencia que definitivamente no son exclusivas del sector privado. Máxime cuando el intervencionismo impera en la región latinoamericana facilitando así las distorsiones económicas por parte del Estado, y además casi siempre sin sanción alguna.

* Abogado de la Universidad Javeriana con especialización en derecho administrativo de la Universidad del Rosario y maestría en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de Sheffield (Inglaterra). Autor del libro *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia* (Doctrina y Ley, Bogotá, 2003).

Pero es cardinal considerar que necesitamos la constancia y voluntariedad de todos los países miembros para permitir que la CAN, con base a la experiencia europea alcance los objetivos de esta decisión en beneficio de nuestros capitalismo incipientes.

Palabras clave: Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608, subregional, agentes económicos, países miembros, Corte de justicia europea.

ABSTRACT

The positive impact brought by Decision 608 of the Andean Community is unquestionable, unlike Decision 285 that did not produce concrete result. This new Decision brings new elements that allow said organism to act directly on the Members through investigations, imposition of sanctions, and even instruction to the governments.

This article attempts to analyze how these new norms can be put to good use; how the State, being the most important economic agent, cannot be set aside in the rule of competition, which are definitely not exclusive of the private sector, especially when interventionism reigns in the American Latin region, thereby facilitating economic distortions on the part of the State, and in addition to that, almost always without sanction.

However, it is essential that we understand the need for all Members to be persevering and determined to allow the Andean Community to attain the objectives of this Decision, based on the European experience, in order to attain the objectives of this Decision in benefit of our incipient Capitalisms.

Keywords: Andean Community; Decision 608; subregional; economic agents; members; European Court of Justice.

Sumario

Introducción

1. Ámbito de aplicación
2. Posibilidades de la decisión para el régimen colombiano
 - 2.1. Unificación
 - 2.2. Control estatal
 - 2.3. Conductas anticompetitivas
 - 2.3.1. Concentraciones económicas inconvenientes
 - 2.3.2. Exenciones
 - 2.4. Sanciones
 - 2.5. Extraterritorialidad
 - 2.6. Procedimientos
 - 2.7. Autoridad comunitaria
3. Algunos pensamientos sobre el futuro

INTRODUCCIÓN

Si se trata de aplicar la prueba del vaso medio vacío o medio lleno, la Decisión 608 de la Comunidad Andina (CAN) sobre defensa de la libre competencia indica que el vaso está medio lleno. Sea bienvenido este nuevo ordenamiento.

Aunque desde el establecimiento mismo del acuerdo de Cartagena la defensa de la competencia fue considerada como elemento de importancia dentro del proceso de integración, el diseño normativo adoptado, principalmente con la Decisión 285, no produjo ningún resultado concreto. Deficiencias estructurales y garrafales errores conceptuales, como la falta absoluta de dientes (ausencia de sanciones y facultades concretas de investigación) o el establecimiento de requisitos absurdos como la prueba del perjuicio o la amenaza del mismo a la industria nacional¹, contribuyeron de manera sensible para

1 IBARRA, GABRIEL, *La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones, y Revista de Derecho de la Competencia*, CEDEC V, Bogotá, 2004, 307-343, págs. 315-317.

que después de 14 años esta decisión se despidiera sin dejar absolutamente ningún legado concreto. Bien ida.

Con la nueva decisión parece que las cosas pueden cambiar tanto en el ámbito subregional como en el interno. No es para menos. Este instrumento contiene una serie de elementos novedosos que permiten a ese organismo actuar de manera directa en los países miembros (PM), realizando investigaciones, impartiendo órdenes, imponiendo sanciones que pueden ser de consideración —hasta el 10% de los ingresos brutos del infractor— e inclusive instruyendo a los gobiernos de los PM para que sus reglamentos y demás disposiciones de naturaleza económica no afecten la competencia.

El propósito de este escrito es comentar los aspectos que considero más sobresalientes de la nueva decisión, así como hacer algunas cábalas sobre las posibilidades de implementación, teniendo en cuenta que tanto el Comité Andino de Defensa de la Competencia (CADC) como la Secretaría y el Tribunal Andino de Justicia (TAJ) tienen una crucial responsabilidad en la delineación del futuro del derecho de la competencia en la subregión.

Como en Colombia el régimen de defensa de la libre competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 adolece de una serie de deficiencias que de manera satisfactoria pueden ser subsanadas por este nuevo régimen, en primer lugar me ocuparé del tema del ámbito de la norma comunitaria y las posibilidades de aplicación interna en cambio del ordenamiento doméstico.

Posteriormente, me ocuparé de los temas sustantivos y procesales que encuentro interesantes, tales como conductas anticompetitivas, sanciones, teoría de los efectos en el derecho internacional, abogacía de la competencia, algunas características del procedimiento y las autoridades subregionales.

Finalmente, consignaré algunos comentarios sobre lo que considero puede llegar a ser el posible desarrollo de los acontecimientos.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Teniendo en cuenta que el verbo rector de la norma gira en torno de los efectos de las conductas anticompetitivas (artículo 5º), excluyendo aquéllas cuyos orígenes y efectos se producen totalmente en un único país, los órganos encargados de la ejecución de la norma, la Secretaría y el CADC, tienen ante sí un gran desafío en cuanto al alcance que finalmente se le otorgue al concepto del efecto, el cual de una parte es vital y, de la otra, interesante.

Del alcance —amplio o restringido— que se le otorgue al término depende el futuro no sólo de la norma sino, en buena medida, la credibilidad en los instrumentos comunitarios.

La ausencia total de antecedentes ofrece para las autoridades comunitarias un panorama de *tabula rasa*. Todo está por realizarse; se parte de cero. Aunque la difunta Decisión 285 contenía una referencia similar, poco cuenta. No existe ningún antecedente en la subregión.

Los ordenamientos de competencia que abarcan varias jurisdicciones giran en torno del concepto de los efectos en el intercambio comercial, término al que se le fija un alcance amplio, tal y como sucede en los Estados Unidos y en la Unión Europea. La Secretaría de la CAN, entonces, cuenta con una guía foránea valiosa que podría seguir. De hecho, en la actualidad la excepción es que las conductas anticompetitivas tengan un alcance puramente doméstico².

En la UE la Corte Europea de Justicia (CEJ) aplica los estándares establecidos en a) el caso *Société Technique Minière v Maschinenbau ULM (STM)*³ y b) las alteraciones de la estructura de la competencia en la unión.

De acuerdo con el primero, un convenio anticompetitivo se encuentra sujeto al ordenamiento de la unión si puede tener una influencia directa, indirecta, actual o potencial en el patrón de comercio de los países

2 STEINER, JOSEPHINE y LORNA WORDS, *Textbook on EC LAW*, Blackstone, Londres, 2000, pag. 222; WHISH, RICHARD, *Competition Law*, Butterworths, Londres, 1989, págs. 242-243.

3 Caso 5665 [1966] EGR, 235 [1966] CMLR 357.

miembros de la unión⁴, principio que ha sido desarrollado en la práctica comunitaria en forma detallada y al cual se le han adjudicado una serie de características, algunas de las cuales es importante indicar.

- En el caso de *Windsurfing International Inc v Commission*⁵ se estableció que la totalidad de un convenio puede ser objeto de escrutinio por parte de la Comisión si siquiera una de sus cláusulas puede tener efectos en el comercio de los países miembros.

Esta situación se ha reflejado en casos tales como el de *Cutsforth v Mansfield Inns*⁶ en el cual pese a que el alcance de la situación de hecho del pleito era local (Inglaterra), debido a que el demandado era una cervecera que operaba con esquemas de convenios de compras exclusivas con los bares locales (PUB), tales acuerdos tenían efectos comunitarios en la medida que le restaban posibilidades a las cerveceras de otros países de vender sus productos en Inglaterra. Más aún, en este caso el problema no tenía relación con la venta de cerveza, sino con las máquinas de juego instaladas en los bares. La Corte consideró, sin embargo, que el tema de las máquinas de juego formaba parte del conjunto de la operación comercial de las cerveceras y los bares, razón por la cual el caso no era estrictamente doméstico.

- El estándar STM se cumple inclusive si el flujo comercial entre los estados miembros aumenta, tal y como lo manifestó la Corte en el caso de *Consten and Grundig v Commission*⁷. Según lo anota WHISH, aunque esto suene extraño, lo que pasa es que el estándar se aplica sólo para efectos de determinar la jurisdicción y no en orden de calificar el mérito anticompetitivo de una conducta, posición que igualmente adoptó la Corte en los casos de

4 WHISH, *op cit.*, pág. 243.

5 Caso 19383 [1986] 3 CMLR 489, citado por WHISH, *op cit.*, págs. 2 y 3.

6 [1986] 1 CKLR 1, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 243.

7 Casos 56-5864 [1966] ECR 299, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

*Re Central Stikstof Verkoopkantoor*⁸, *Michforderungsfonds*⁹ y *Napier Brown – British Sugar*¹⁰, entre otros.

- Los efectos del acuerdo pueden ser actuales o potenciales. En el caso de *Re Vacuum Interrupters Ltd*¹¹, dos empresas inglesas entraron en un acuerdo de cooperación técnica en orden de desarrollar unos interruptores eléctricos. La Comisión justificó la jurisdicción de la unión argumentando que en el evento en el cual estas dos empresas no hubieran realizado el acuerdo, separadamente hubieran desarrollado los interruptores, posiblemente exportándolos al mercado y por lo tanto compitiendo, generando así efectos en el ámbito de la unión.
- El caso de *AEG Telefunken v Commission*¹², la CEJ dijo que el escaso tráfico comercial no era óbice para que el asunto no se encontrara bajo la tutela de las normas de la unión. Como el tratado de 1992 había removido las últimas barreras al comercio intercomunitario, era de esperarse que los flujos comerciales aumentarían. Otra especulación.
- En el caso de *Re Zanussi SpA Guarantee*¹³, la Comisión se refirió a los efectos de un acuerdo, discutiendo sobre sus posibles consecuencias. El servicio de garantía ofrecido por ZANUSSI se limitaba a bienes adquiridos en el mismo país, lo que podía tener como efecto el desestímulo de la importación desde otros países de la unión.
- El término “intercambio comercial” incluye todo tipo de actividad comercial relacionada tanto con bienes como con servicios. WHISH

8 [1979] 1 CMLR 11, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

9 [1985] 3 CMLR 101, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

10 OJ [1988] C 28441, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

11 [1977] 1 CMLR D 67, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

12 Caso 10782 [1983] ECR3151, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 244.

13 [1979] 1 CMLR 81, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 245.

anota que incluso hasta los servicios prestados por los cantantes de ópera caen bajo la jurisdicción comunitaria¹⁴.

- El que las partes de un convenio pertenezcan a un mismo Estado no significa que carezca de efectos en la unión. De hecho, si un convenio abarca todo el territorio de un país, se genera una presunción cuasi de derecho de que el mismo tiene efectos en la comunidad en general.
 - o En el caso de *Vereenigng van Comenthandelaren v Commission*¹⁵ la Corte dijo que por naturaleza este tipo de convenios

“tienen el efecto de reforzar la partición [*del mercado comunitario*] en secciones nacionales, retardando con ello la interpenetración económica pretendida en el tratado de Roma, protegiendo en cambio la producción doméstica”¹⁶.
 - o En el caso de *Salonie v Poidomani*¹⁷ sobre sistemas selectivos de distribución de periódicos, la Corte dijo que en este evento la aplicación de los estándares debía inclusive ser más estricta. WHISH opina que esta severidad obedece a la necesidad de asegurar el libre comercio de informaciones¹⁸. En el caso *Pronuptia de Paris v Shillgalis*¹⁹ la CEJ dijo que los contratos de franquicia por naturaleza afectan el tráfico comercial comunitario, aun si las partes pertenecen a un mismo Estado, en la medida que esto les dificulta organizarse en otros países.

En cuanto al estándar estructural, la Corte considera que en cambio del análisis de los efectos actuales o potenciales en el tráfico comercial,

14 *Op cit.*, pág. 247.

15 Caso 872 [1972] ECR 977, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 245.

16 *Ibidem*, págs. 2 y 5.

17 Caso 12680 [1981] ECR 1563, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 245.

18 *Op cit.*, pág. 246.

19 Caso 16184 [1986] 1 CMLR 414.

se puede acudir al análisis de los efectos en las estructuras de la competencia en el ámbito comunitario, caso en el cual cualquier alteración es suficiente para justificar la jurisdicción supranacional.

Aunque este tipo de estándar se ha aplicado en varios casos de abuso de posición de dominio, debido a que en un escenario de esta naturaleza la eliminación de un competidor tiene serios efectos en la competencia en la unión²⁰, igualmente ha sido utilizado en casos de acuerdos anticompetitivos²¹.

Adicionalmente, los acuerdos cuyo objeto es el tráfico comercial extracomunitario también pueden ser objeto de conocimiento de las autoridades europeas. En los casos de *Suiker Unie v Commission*²² sobre colusión en licitaciones y *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GMBH v Commission*²³ sobre exportaciones de bienes hacia el Medio Oriente, se concluyó que uno de los efectos colaterales de estos convenios era la afectación del comercio intracomunitario. En el último de los casos, la Corte encontró que en el fondo el convenio pretendía la protección del mercado alemán contra importaciones paralelas.

Recientemente inclusive la Comisión publicó una directriz²⁴ relacionada con el concepto de los efectos en el comercio de la unión en orden de imponer el régimen comunitario tanto por las autoridades de la unión como por las domésticas cuando de acuerdo con la Regulación 1/2003²⁵ éstas se encuentren en el deber de aplicarlo.

¿Seguirán las autoridades comunitarias esta tendencia? Aunque una respuesta certera a estas alturas es imposible de discernir, las cábalas que se pueden hacer deben tener en cuenta no sólo elementos

20 WHISH, *op cit.*, pág. 248.

21 *Ibidem.*

22 Caso 40 [1975] ECR 1663, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 249.

23 Casos 29 y 3083 [1984] ECR 1679, citado por WHISH, pág. 249.

24 ‘Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado’ DO C 101 de 27.4.2004 pág. 81.

25 DO L1 de 4.1.2003 pág. 1.

estrictamente jurídicos. Otros de diferente orden, político, económico y social, igual pueden contar.

La terminología del verbo rector del artículo 5º no difiere realmente de la del Tratado de Ámsterdam. Por otra parte, el hecho de que la CAN se inspire en su homóloga europea y que ésta haya sido la asesora en el diseño de la decisión, permiten indicar que desde una perspectiva conceptual no habría mayor inconveniente en concluir que lo natural sería seguir el modelo europeo, tal y como sucedió en otros temas, según se verá más adelante.

No obstante, la distancia entre Europa y los países del área andina no es solamente física.

El camino que debieron recorrer las autoridades europeas para llegar al estado actual no ha sido un camino de rosas. Al contrario; desde su época más temprana, en 1962 cuando se dictó el fallo del caso de *Van Gen en Loos v Nederlandse Administratie der Balastingen*²⁶ sobre el efecto directo del Tratado de Roma y los subsiguientes fallos sobre la supremacía del ordenamiento europeo (Caso *Costa v ENEL*²⁷), y responsabilidad estatal (caso *Francovich v Italy*²⁸), las autoridades europeas han sido objeto de críticas, algunas fuertes, por su enfoque activista.

En un hipotético caso de importancia o políticamente sensible que involucre, digamos, campeones nacionales o incluso alguna empresa estatal poderosa, p. ej., una petrolera, de seguir el ejemplo europeo, la CAN tendría que desplegar un grado importante de decisión y, porque no, asumir una conducta activista, circunstancia sobre la cual muchas hipótesis podrían tejerse, desde las más optimistas de cumplimiento hasta otras más negativas de desacato y rebeldía.

¿Estaría en capacidad la CAN de desplegar tal grado de activismo? A diferencia del caso europeo donde se generó un amplio debate con cada pronunciamiento judicial sobre la estructura jurídica del ordenamiento comunitario, el TAJ ha venido acogiendo estos mismos

26 Caso 2662, citado por STEINER y WOODS, *op cit.*, pág. 51.

27 Caso 664 [1964] ECR 585, citado por Steiner y Woods, *op cit.*, pág. 67.

28 Casos 6 y 990 [1991] ECR 1-5357, citado por STEINER y WOODS, *op cit.*, pág. 61.

principios siguiendo muy de cerca la jurisprudencia de la CEJ de manera casi desapercibida. Los principios de la supremacía y del efecto directo, por ejemplo, fueron formulados haciendo referencia expresa a los casos de *Costa v ENEL* y *Van Gend & Loos*, entre otros²⁹. Adicionalmente, en el nivel doméstico los tribunales encuentran natural el esquema. MARCEL TANGARIFE, por ejemplo, cita la sentencia del 17 de enero de 2000 del Consejo de Estado colombiano en el cual, entre otras cosas dijo lo siguiente:

“el ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas [...] dotado con poderes propios en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en ámbitos que se han reservado a la autoridad comunitaria [...] es por lo anterior que se ha señalado que las partes que conforman la comunidad sólo pueden actuar en adelante [...] dejando de lado el criterio tradicional de soberanía excluyente”³⁰.

Para quienes nos interesamos en la evolución del proceso europeo, esta situación es enigmática. Si bien es un hecho que en el ámbito regional toda esta serie de principios se encuentran vigentes, lo que indica que el tribunal efectivamente tiene los hígados que se requieren para implementar un ordenamiento de esta naturaleza. La actitud pasiva de los gobiernos y, en general, de la comunidad despierta curiosidad sobre lo que puede suceder en esta ocasión.

La decisión sobre promoción de la competencia establece una nueva dimensión. La posibilidad de imponer sanciones directamente a empresas particulares o estatales y por los montos establecidos es prueba que ahora la CAN si tiene dientes y puede tocar directamente el bolsillo de las empresas y los gobiernos. Algo realmente novedoso. Una cosa es, por ejemplo, la facultad de imponer derechos compensatorios, o la de poder decirle a un país que tal o cual medida contradice una norma comunitaria y otra muy distinta es la poder llegar

29 Caso 3-A1-96 Tribunal de Justicia de la CAN, citado por TANGARIFE MARCEL, *Derecho de la integración de la Comunidad Andina*, Raisback, Lara, Rodríguez y Rueda, (Baker & Mckenzie), Bogotá, 2002, pág. 206.

30 Caso 4630 del 2000, citado por TANGARIFE, *op cit.*, pág. 200.

directamente a las empresas, a sus tesorerías, pudiendo incluso generar dificultades a más de una.

Teniendo en cuenta tal particularidad, una posición similar a la europea comporta riesgos y dificultades pero también, recompensas.

El riesgo no es raro; es político, el mismo de siempre. La debilidad de la comunidad, constantemente criticada, puede ser puesta a prueba con mayor intensidad en esta ocasión, especialmente en los casos de magnitud o políticamente sensibles, máxime teniendo en cuenta el escepticismo de los gobiernos del área respecto del mercado.

¿Están dispuestas las autoridades nacionales a ejecutar las decisiones de la CAN e impartir órdenes y cobrar sanciones significativas contra sus propias empresas o remover regulaciones de su interés, pero contrarias a la norma?

Por su parte, las dificultades son variadas.

Están por ejemplo, las asimetrías de la región. Al paso que Perú y Venezuela cuentan con un grado de familiaridad mayor con el derecho de la competencia porque en el período de las reformas económicas de los noventa adoptaron regímenes de defensa de la competencia más comprometidos con la filosofía del sistema, en Colombia no sucede lo mismo y en Ecuador y Bolivia menos, pues son países que no cuentan con regímenes propios.

Otra dificultad está en la misma CAN, ya que no cuenta con experiencia en el tema y se encuentra *ad portas* de manejar un sistema que puede ser grande, muy grande. Aunque la decisión se diseñó para que la Secretaría se apoye logísticamente en las autoridades nacionales, lo que ayuda mucho, de todas formas el brazo ejecutivo de la comunidad necesita montar una estructura con un personal debidamente entrenado y la logística adecuada, factores que además de demandar fondos, requieren de tiempo y apoyo institucional.

Así como en los negocios el riesgo es directamente proporcional con la rentabilidad, la recompensa de implementar la decisión exitosamente también es grande. En el evento que la CAN salga airosa demostrando que puede manejar no sólo situaciones ordinarias sino también casos grandes o políticamente sensibles —lo que no implica necesariamente la imposición de sanciones; es más una cuestión de

independencia y criterio— el aporte al funcionamiento adecuado de los mercados de la subregión sería inconmensurable.

La pesada carga de nuestra herencia colonial, traducida en la perpetuación de la tara mercantilista que ha dificultado en extremo que los capitalismos del área evolucionen hacia una versión más moderna de la economía y los negocios, ha generado consecuencias en los mercados. Su operación dista mucho de ser eficiente, en buena medida debido a la existencia de fallas en el área de la protección de la libre competencia. Establecimiento de precios, boicots, compartimentación de mercados, combinaciones para la adjudicación de licitaciones, etc., son prácticas bastante más usuales de lo normal, así como también tratamientos discriminatorios y otras prácticas tipificadas bajo la categoría de abuso de posición en los mercados. Además de lo anterior, las regulaciones económicas que obstruyen la competencia son usuales.

La Decisión 608 puede ser el instrumento que empiece a marcar la diferencia. Bien administrada, esto es, logrando un equilibrio —que es sutil— entre fortaleza y ecuanimidad, puede ayudar a imprimir un ritmo diferente en el funcionamiento de nuestros capitalismos incipientes. La revolución microeconómica que demandan las economías del área para lograr un mayor grado en la dinámica del mercado e integración comunitaria. Pese a las críticas, es innegable que la CAN ha dinamizado el comercio regional de forma inconcebible en 1969³¹ y con esta decisión se puede generar un impulso aún más significativo, especialmente si se adopta el criterio amplio de aplicación. Los elementos especulativos que sirven para justificar la jurisdicción ayudan asimismo a ampliar los horizontes tanto de la CAN como de los empresarios. El enfrentamiento colombiano, por ejemplo, entre las empresas petroleras y los distribuidores independientes de combustibles³², que a primera vista podría parecer doméstico corresponde, bajo un criterio amplio, a la esfera comunitaria en la medida que el mismo puede desestimular que otras empresas del área se animen a hacer negocios en el país,

31 TANGARIFE, *op cit.*, pág. 64.

32 CORTAZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, págs. 150-151.

algo semejante a lo argumentado por la CEJ respecto de los convenios entre nacionales de un mismo Estado.

De todas formas, al final de cuentas, hay más elementos de juicio para considerar que no se va a adoptar un criterio amplio. El primero de ellos es el interés que se aprecia desde hace unos años en revitalizar la organización, una de cuyas manifestaciones es precisamente la expedición de la norma objeto de este escrito. El segundo de ellos es la cercanía conceptual e influencia en la UE. De tomar el camino de una interpretación restringida, la CAN se vería en la difícil tarea de justificar tal alternativa, debiendo desconocer y negar una experiencia previa de cuatro décadas, lo que encuentro muy difícil de hacer. Si bien la UE puede ser objeto de críticas, una de ellas no es el haberse equivocado durante 40 años en su política de competencia.

Encuentro posible, entonces, esperar que tanto la Secretaría y, de ser necesario, el TAJ empiecen a hablar de alcance comunitario cuando una situación que a primera vista pareciera que no termine bajo su jurisdicción porque es susceptible de generar efectos directos o indirectos, actuales o potenciales en el ámbito de la subregión, así en un principio a más de una empresa o —por qué no— a un gobierno se le paren los pelos.

2. POSIBILIDADES DE LA DECISIÓN PARA EL RÉGIMEN COLOMBIANO

Desde la perspectiva de los intereses que considero corresponden a Colombia, la norma comunitaria ofrece ante todo ventajas; genera unidad, facilita la sujeción del Estado a los principios de la libre competencia, ofrece un catálogo de conductas anticompetitivas estandarizado con buenas perspectivas de aplicación, establece sanciones acordes con la importancia del tema, consagra la teoría de los efectos y organiza una autoridad única comunitaria.

2.1. UNIFICACIÓN

La norma es unificadora. La exhuberancia legislativa colombiana ha apadrinado la promulgación de varios regímenes sectoriales paralelos

al ordinario de la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, lo que constituye uno de los principales obstáculos para el desarrollo de un sistema eficiente, porque semejante diversidad genera incertidumbre. La decisión 608 en cambio simplifica las cosas. Una vez se supere el estándar de la dimensión comunitaria no importará cuál sea el caso o el sector comprometido, pues todos se rigen por la misma norma.

2.2. CONTROL ESTATAL

La potencialidad de disciplinar el Estado es también importante. Por una parte, la definición del término *agente económico* no permite duda razonable alguna sobre la sujeción de los gobiernos a la misma:

“toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado [...]” (artículo 1°).

Por la otra, la norma del artículo 2° es igualmente clara en materia de la vinculación al régimen de los agentes económicos, sin distinción:

“Esta decisión prohíbe y sanciona las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos”.

En Colombia la SIC ha decidido excluir del régimen de competencia a las agencias estatales cuando actúan en desarrollo de funciones administrativas, tal y como sucedió en el caso del IDEAM³³, sobre discriminación en una licitación pública en la cual los bienes ofrecidos debían ser única y exclusivamente de procedencia Suiza. De la misma forma, en repetidas ocasiones la Corte Constitucional ha manifestado que debido a que el Estado tiene otros fines diversos de la defensa de la libre competencia, ésta puede quedar relegada a un segundo plano. Tal situación se puede apreciar en los casos de la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 sobre contratos desleales de

33 Resolución de , citado por CORTÁZAR, op cit, pág 35.

distribución exclusiva³⁴, del artículo 20 de la Ley 35 de 1993 sobre promociones comerciales de las instituciones financieras³⁵, del artículo 22 de la Ley 19 de 1991, sobre financiamiento del servicio de televisión pública³⁶, y en el fallo de tutela en el caso de la distribución de parafina en la ciudad de Florencia (Caquetá).

Bajo el régimen comunitario de competencia, tal tipo de distinciones perjudiciales para el sistema no van a continuar haciendo carrera.

Más aún, la decisión apunta en otro sentido, el cual constituye otra posibilidad de disciplinar el Estado. En el capítulo quinto se consagra y se le da jerarquía jurídica a la abogacía de la competencia.

Por una parte, ordena que la regulación económica doméstica no puede distorsionar ni entorpecer la competencia en los mercados, otorgando al CADC la facultad de recomendar a los gobiernos la eliminación de regulaciones que entorpezcan la misma (artículo 36). Por la otra, se establecen deberes de implementar mecanismos y desarrollar acciones de cooperación regional entre las autoridades nacionales (artículo 37).

La norma del artículo 36 permite entonces la posibilidad de instaurar acciones de incumplimiento si los gobiernos de los PM expiden medidas regulatorias del mercado que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia en la subregión (artículos 1º, 4º y 23 a 31 tratado de creación del TAJ).

Las posibilidades que se abren con esta disposición son realmente amplias. Otro de los problemas que hasta el momento han aquejado con mayor intensidad el sistema de defensa de la competencia en Colombia ha sido la actitud ambivalente del gobierno. Al paso que de una parte se declara protector y promotor de la libre competencia, paralelamente —y no en pocas ocasiones— actúa de la forma anticompetitiva lo que, dicho sea de paso, se le facilita. La SIC no tiene una posibilidad real de poner cortapisas al gobierno y en las instancias

34 Sentencia C-535 de 1997.

35 Sentencia C-232 de 2000.

36 Sentencia C-180 de 2001.

judiciales domésticas no se aprecia mayor interés en erigir la libre competencia económica como uno de los fines primordiales del Estado.

Si se tiene en cuenta el principio de la supremacía, así como los otros estructurales sobre el ordenamiento comunitario que la CAN ha adoptado siguiendo el patrón de la Unión Europea ya mencionados, el problema de las conductas anticompetitivas del Estado empieza a tener una vía de solución. El Estado es el agente económico más importante de la sociedad y por ello es necesario que exista un contrapeso que pueda contrarrestar semejante poder, si sus actuaciones anticompetitivas lo justifican. Aunque a primera vista se tiende a considerar que el derecho antimonopolios es algo que concierne al sector privado y que se trata de una disciplina diseñada con el objeto de enfrentar los grandes conglomerados económicos, en el fondo se trata de una idea incompleta y equivocada, máxime en países como los del área andina, caracterizados por un alto grado de intervencionismo, en los cuales el Estado es el agente económico con mayor posibilidad de distorsionar los mercados.

Este nuevo panorama genera un interrogante que considero de importancia: ¿qué pasa con las regulaciones actuales?

En el país abundan regulaciones económicas que de alguna u otra forma obstaculizan el proceso competitivo, incompatibles con la decisión. La erradicación de estas disposiciones sería algo positivo para el país.

En Chile, una de las principales labores emprendidas por las autoridades antimonopolios fue la poda de las regulaciones económicas de carácter anticompetitivo que se ponían bajo su conocimiento³⁷. El resultado de esta labor se puede apreciar hoy; Chile es una de las economías más dinámicas y estables del hemisferio.

Otra iniciativa de sumo interés es la australiana. En 1995 *motu proprio* el gobierno emprendió la tarea de realizar un inventario de este tipo de disposiciones en el cual fueron detectadas 1700 piezas que fueron removidas del ordenamiento jurídico. Como resultado, el PIB aumentó

37 CORTAZAR, *op cit.*, págs. 136-137.

2 ½ puntos porcentuales y el ingreso per cápita igualmente aumentó en A\$7.000³⁸.

Aunque alentadora la perspectiva, sin embargo, presenta dificultades prácticas que deben ser tenidas en cuenta. Colombia no puede sencillamente erradicar de la noche a la mañana todas las normas que injustificadamente atenten contra la libre competencia. Debe, en cambio, asumir una actitud parecida a la australiana, o sea, actuar organizadamente. Cuando digo Colombia, no me refiero solamente al gobierno, sino a la sociedad en general, lo que involucra también al sector privado; empresas, gremios, sindicatos y la academia.

El sector privado puede jugar un *rol* importante. Como directo afectado de las regulaciones anticompetitivas debe empezar a presentar casos concretos ante el gobierno e inclusive ante las autoridades comunitarias, llegado el caso. Adicionalmente, debe también llevar a cabo iniciativas de promoción y difusión de la norma en orden de despertar el interés de la comunidad empresarial y, por qué no, del gobierno.

Igualmente el gobierno desempeña un papel de primer orden, ya que de él depende el ritmo de la transición. Mediante la SIC, por ejemplo, podría emprender acciones concretas, como por ejemplo instruir a las demás agencias estatales acerca del contenido de la decisión y de esta forma liderar un programa de búsqueda, análisis y desmonte de regulaciones económicas anticompetitivas.

2.3. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

La decisión contempla un catálogo de conductas anticompetitivas (artículos 7 y 8) que aventajan el del decreto 2153 de 1992. Principalmente, no se mencionan los infamosos “actos contrarios a la

38 OECD, 2004, *Regulatory Reform: Stock Taking of Experience with Reviews of Competition Law and Policy in the OECD countries and the Relevance of Such Experience for Developing Countries*-Note by The Secretariat. Documento CCNHGFIComp (2004), pág. 12.

libre competencia” que tanta incertidumbre y desconcierto han generado en la comunidad empresarial.

Este par de artículos siguen el patrón universal de clasificar las conductas anticompetitivas en dos grupos claramente distinguidos: combinaciones y actos de abuso de posición de dominio, punto. Sobre cada de ellos, claro está, tanto la teoría como la práctica son gigantescas.

No obstante que el objetivo del presente escrito no es el análisis del contenido de los mismos hay, sin embargo, dos temas de interés que es necesario comentar.

En un reciente escrito sobre el derecho comunitario andino de la competencia, GABRIEL IBARRA sugirió que el nuevo régimen subregional debería contener, entre otras, provisiones sobre concentraciones económicas y exenciones particularmente al sector agrícola³⁹. Aunque la decisión no se refiere expresamente a las primeras y no se establece ninguna exención específica, sino que se fijan unos parámetros generales (artículo 6), no considero que se trate de omisiones lamentables, lo que sí sucede, en cambio con la posibilidad de exenciones particulares.

2.3.1. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS INCONVENIENTES

En materia de concentraciones económicas inconvenientes, es muy posible que la CAN siga de cerca el proceso europeo. Los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam, tampoco contemplan expresamente el caso, lo cual no ha sido obstáculo para que de todas formas las autoridades de la unión se hayan abstenido de manejar el tema. Aunque no sin dificultades hasta cuando se expidió la regulación 4064 de 1989, la Comisión y la Corte desarrollaron un esquema de control mediante la aplicación de los artículos mencionados cubriendo la mayoría de formas y grados de integración empresarial con dimensiones comunitarias. De esta época data el memorando 1966 y las líneas de jurisprudencia derivadas de los casos *BAT v Comisión*⁴⁰ y *Continental Cann v*

39 IBARRA, *op cit.*, págs. 318 y 322-325.

40 Casos 142 y 15684 [1988] 4 CMLR 24, citado por WHISH, *op cit.*, págs. 740-744.

*Comisión*⁴¹. A partir de 1989, la mencionada Regulación 4064 abarcó el tema despejándolo en forma considerable. Actualmente, existe claridad tanto en materia de repartición de competencias entre las autoridades comunitarias y nacionales, como sobre los requisitos, derechos, obligaciones y trámites a seguir por parte de los agentes económicos correspondientes⁴².

Saltando la etapa de la elaboración administrativa y jurisprudencial, sería conveniente, perdón, necesario, que la Secretaría expida una resolución reglamentando lo concerniente a las concentraciones económicas con efectos comunitarios, estableciendo parámetros claros de convivencia con los regímenes domésticos. En el caso colombiano, por ejemplo, cuando una concentración supera ciertos límites expresados en términos de participación en el mercado o volumen de activos de los agentes involucrados, existe el deber de información previa en orden de obtener la correspondiente autorización.

Con el nuevo régimen, esta situación se va a afectar, tanto desde una perspectiva substantiva como procedimental.

El fenómeno de las concentraciones afecta la competencia de una forma directa, inmediata, motivo por el cual no puede pasar desapercibido del ordenamiento comunitario. De hecho, el artículo 7º dice que los supuestos de acuerdos anticompetitivos establecidos son algunos —no todos— los posibles, formulación que deja abiertas las puertas para que las concentraciones de fuente contractual se encuentren cobijadas por la decisión. Fue más o menos lo que sucedió en Europa con el caso *BAT v. Comisión*. Por otra parte, los agentes económicos con posición de dominio en el mercado que se expandan por medios diferentes al crecimiento vegetativo, aumentando de esta manera su dominio o incursionando en otros mercados, pueden igualmente estar cobijados por el artículo 8º. Es difícil, entonces, imaginar que la *CAN* vaya a hacer caso omiso del fenómeno de las concentraciones inconvenientes.

41 Caso 672 [1973] ECR 215, citado por WHISH, *op cit.*, pág. 797.

42 STEINER y WOODS, *op cit.*, págs. 261-263.

Desde una perspectiva procedimental, la convivencia del régimen comunitario con sus pares domésticos demanda algún nivel de organización en orden de evitar problemas de orden y por tanto de certidumbre y seguridad. Puede ocurrir el caso de una concentración que, a pesar de haber sido autorizada domésticamente sea demandada ante la CAN. Debido a los principio de supranacionalidad y supremacía, la decisión que tome la autoridad comunitaria prima sobre la doméstica y, como puede ser contraria, se generarían dificultades a los agentes involucrados en la operación, perjudicando de esta manera no sólo sus intereses, sino los del mercado. Desde esta perspectiva es igualmente difícil imaginar que la CAN pueda hacer caso omiso del problema.

2.3.2.- EXENCIONES

Así como el sector agrícola no fue mencionado en la decisión como beneficiario de exenciones particulares, ningún otro sector específico lo fue. El régimen de exclusiones y excepciones de la decisión (artículo 6º) se diseñó dejando la puerta abierta para que éste u otros sectores puedan ser objeto de futuros debates. Las exenciones son esencialmente circunstanciales; están sujetas a revisiones periódicas por parte del CADIC.

Aunque la omisión del sector agrícola, así como otros, puede generar críticas en la medida que hubiera sido más sencillo para los interesados que las mismas fueran explícitas, evitando así el doble filtro (estatal y comunitario), no van a poder llegar al punto de negar que de todas formas tienen cabida, lo que no sucede con otras exenciones que son necesarias y convenientes para el sistema.

El artículo 7º, por ejemplo, sigue muy de cerca el numeral 1º del artículo 81 del Tratado de Ámsterdam en cuanto a la tipificación de algunos supuestos de convenios anticompetitivos, mas no así el numeral 3º, que establece el marco para exclusiones —generales y particulares— diferente del correspondiente al artículo 6º, de iniciativa gubernamental.

Este tipo de exenciones han permitido que las autoridades europeas reglamenten de forma general muchos aspectos propios de la vida ordinaria de las empresas, relacionados estrechamente con el elemento

competitivo, tales como restricciones verticales, investigación conjunta, transferencia de tecnología, etc. De la misma forma, el esquema ha sido útil para el manejo de situaciones particulares o exenciones individuales que en un momento dado pueden llegar a ser necesarias.

En esta como en otras disciplinas las exenciones son tan necesarias como las reglas mismas. A semejanza de la vida humana, el mundo de los negocios no es sólo blanco y negro. La libre competencia extrema es tan rara como la piedra filosofal. La gestión empresarial y la economía en general necesitan un orden y un método también. Un mercado, por ejemplo, en el que no sea posible establecer ninguna restricción a la distribución de bienes y en el cual quien quiera puede comprar para distribuir lo que quiera y revenderlo donde le parezca sería antieconómico; caótico. Si las empresas tuvieran la más absoluta y total prohibición de entrar en cualquier tipo de convenio con la competencia, los acuerdos para la investigación y desarrollo no serían posibles y el mundo no sería lo que es hoy día. No existirían muchas medicinas que hoy conocemos, el avance de la tecnología de la información sería mucho menor, los transportes serían menos eficientes, en fin, el mundo no sería igual.

No creo que la CAN pueda hacer tampoco caso omiso de esta realidad. La insuficiencia de la decisión debe ser superada.

Sería aconsejable que la Secretaría acudiera a la reglamentación. En los Estados Unidos, donde las leyes SHERMAN y CLAYTON tampoco establecen un marco de excepciones al estilo europeo, la Comisión Federal de Comercio acude a las guías (*guidelines*) o reglamentos y a través de este medio ha instrumentado el marco permitido de la actividad de los agentes económicos en temas como restricciones verticales, por ejemplo⁴³.

Las exenciones particulares son igualmente convenientes para el sistema ya que en muchas circunstancias la economía se puede ver beneficiada con esquemas de este tipo.

Otra reglamentación que sería conveniente, entonces, sería la del artículo 6º en el sentido de establecer algún procedimiento para que el

43 WHISH, *op cit.*, pág. 569.

sector privado pueda acudir a los gobiernos respectivos en orden de que éstos presenten los casos ante la Comisión.

Aunque tortuosa es viable. Los poderes de reglamentación de la Secretaría se encuentran limitados por el contenido de las normas superiores del ordenamiento andino, so pena de su posible anulación (Tratado de Creación del TAJ artículo 17). Al no haber establecido la decisión la posibilidad de solicitudes directas y particulares de exención, encuentro difícil que la Secretaría pueda establecer un procedimiento más expedito.

2.4. SANCIONES

Otra cosa buena de la decisión es el establecimiento de un régimen de sanciones severo. Esta norma es especialmente benéfica para Colombia, dado que tanto en Perú como en Venezuela las sanciones son más rígidas. Colombia en cambio, tiende a ser benevolente, bastante. La mayor sanción posible es de 2000 salarios mínimos (aprox. \$800 millones), lo que para los estándares de esta disciplina es bastante bajo e inconveniente. La severidad de las sanciones en el derecho antimonopolios no tienen por objeto desbaratar las empresas y las autoridades correspondientes no son especialmente admiradoras de Torquemada. Lo que ocurre es que en muchas ocasiones las conductas anticompetitivas son un excelente negocio; pueden arrojar pingues beneficios a costa, claro está, de la economía. Es un negocio con opción cero. Para contrarrestar semejante atractivo, es necesario entonces que el sistema sancionatorio tenga una fuerza disuasiva similar.

No sólo el sector privado sino también el público deben tomar atenta nota de este nuevo régimen y así evitar sorpresas que pueden llegar a ser desconcertantes.

El nuevo régimen contiene, sin embargo, la válvula de escape del ofrecimiento de compromisos para que la investigación termine anticipadamente (artículos 27 a 30). Si la parte investigada no cumple el pacto, la Secretaría debe reabrir el expediente, sin que haya lugar para segundas oportunidades.

La conciliación es un método de solución de controversias valioso, que en derecho antimonopolios se usa a menudo. En el caso Microsoft, por ejemplo, tanto en los Estados Unidos como en Europa ha sido utilizado en varias instancias, ayudando con ello en el logro de lo más importante: la promoción de la competencia en el mercado de la tecnología de la información.

No obstante, la experiencia colombiana debe servir de enseñanza sobre el manejo ligero de esta alternativa. La extendida utilización que se le ha dado ha sido uno de los factores más importantes en la escasa evolución de disciplina en el ámbito nacional.

Siempre he considerado que esta válvula de escape es necesaria, pero que queda más convenientemente ubicada si se relaciona con los factores de atenuación de las sanciones, pudiendo llegar incluso hasta la totalidad de la misma si se cumplen ciertos requisitos⁴⁴.

De todas formas, el término relativamente reducido para presentar la solicitud, el filtro de la Secretaría General y el carácter condicional de la misma son elementos que pueden contribuir a que este mecanismo presente posibilidades de ser administrado en beneficio del sistema. En comparación con el régimen colombiano, de todas formas, la norma comunitaria está mejor concebida. Ojalá sea administrada de forma ecuánime.

2.5. EXTRATERRITORIALIDAD

El reconocimiento de la teoría de los efectos (artículo 5 (b)) es igualmente bienvenido. Salvo unas pocas excepciones, lo usual es que las empresas foráneas actúen en la subregión, especialmente, multinacionales. En sectores como el farmacéutico, combustibles, transportes, minería, química, etc., la actividad de éstas es de gran importancia.

Bajo tales circunstancias, la falta de reconocimiento expreso de esta teoría dificulta la operación del régimen y, de paso, facilita la ejecución

44 CORTÁZAR, *op cit.*, págs. 157-158.

de conductas anticompetitivas instrumentadas desde el exterior, entre las cuales es necesario no perder de vista el problema de los carteles internacionales. Si para la UNCTAD⁴⁵ la actividad de estas combinaciones es más notoria en los países donde el régimen antimonopolios es frágil, uno de los signos de debilidad más notorios es no contar siquiera con la consagración de este instrumento legal.

El establecimiento de la teoría de los efectos no significa que el sistema andino quede blindado contra agresiones externas a la competencia; es un instrumento necesario para poder contrarrestarlas y en su condición de tal, le sucede lo que a la casa propia, sobre la cual se dice que tenerla no es una gran riqueza, pero no tenerla sí es una gran pobreza.

2.6. PROCEDIMIENTOS

Aunque los procedimientos establecidos son convincentes y ecuanímenes, especialmente en el manejo de la información confidencial y las medidas cautelares, lo que más llama la atención desde la perspectiva colombiana es que la CAN se encuentra enfocada únicamente en el tema antimonopolios y no mezcla, en lo absoluto, el de la competencia desleal, como desafortunadamente sucede en Colombia desde 1998. Aunque la terminología utilizada es un tanto similar y el objeto formal de estas dos disciplinas es el mercado, se trata de áreas diferentes cuyo objeto material es distinto y especial.

2.7. AUTORIDAD COMUNITARIA

Otro aspecto de la decisión que merece mención es el establecimiento del CADC. Aunque no puede ser asumida como autoridad comunitaria, ya que esta es la Secretaría, de todas formas es un órgano que, de llegar a operar con regularidad y eficiencia está llamado a desempeñar un *rol*

45 UNCTAD, 2002, Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy: The Development Perspective, Documento WT/WGTCP/W197 en <http://www.wto.org>

de vital importancia para el desarrollo y evolución del sistema regional, especialmente por las funciones que tiene en materia de abogacía de la competencia. Me complace que en la esfera subregional se haya producido una manifestación de tal naturaleza, ya que este comité tiene la facultad de

“elevar recomendaciones [a los gobiernos del área] tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia” (artículo 36).

Ojalá que esta norma sea de utilidad y sirva de inspiración para los legisladores domésticos.

3. ALGUNOS PENSAMIENTOS SOBRE EL FUTURO

En el año 2003 publiqué un libro que escribí con ocasión de los 10 años de vida del decreto 2153 de 1992, en el cual hice una serie de sugerencias para imprimir un nuevo rumbo al régimen antimonopolios colombiano, debido a que encontré que el mismo adolece de una serie de debilidades que le impiden cumplir satisfactoriamente su función.

No se trató de criticar por el placer de hacerlo. Como estoy convencido que la economía de mercado en sistemas democráticos son la única solución viable para los problemas de pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso que aquejan a muchas sociedades, entre ellas la colombiana, considero, sin embargo, que esto no puede operar eficientemente si el elemento de protección de la libre competencia no se encuentra a tono con los demás que conforman la política económica de un país, la política monetaria, la política fiscal y la política de comercio.

Democracia, verdadero estado de derecho y economía de mercado son la única alternativa que encuentro viable; hasta el momento se han intentado muchos otros tipos de solución, sin que el resultado sea el esperado. Si bien se han generado algunos beneficios y la Colombia de hoy es muy distinta de la de, digamos, hace 50 años, de todas formas en este lapso la economía ha crecido un 4% en promedio anual,

guarismo que no es suficiente para superar el desafío de la pobreza. La experiencia mundial indica que cifras por encima del 7% son las que se necesitan para remontar la barrera del subdesarrollo.

Si lo demás no ha servido ¿por qué no darle entonces la oportunidad a la libertad económica?

Entre las sugerencias que hice, esta la unidad del régimen, la sujeción inequívoca del Estado a la disciplina de la competencia, la abolición de los llamados '*actos contrarios a la libre competencia*', el establecimiento de sanciones más severas, la abolición del mecanismo del ofrecimiento de garantías para terminar investigaciones, el reconocimiento de la teoría de los efectos, un *rol* mayor de la SIC en materias relacionadas con la abogacía de la competencia y una perspectiva de nuestra autoridad más abierta hacia el acontecer internacional. Ninguna de éstas es inventada; no hay mucha originalidad en ellas. Todas corresponden a los estándares actuales de este derecho que son necesarios para que el mismo cumpla su objetivo.

No obstante, lo anterior, para que todos estos elementos queden en el ordenamiento jurídico doméstico, se necesita de una reforma legislativa total.

Se trata de un cambio profundo y, como tal, de una parte demanda la concurrencia de voluntades tanto del gobierno como legislativo, y, de la otra, seguramente va a generar debate; es un tema que toca el bolsillo de las empresas.

Adicionalmente, el tiempo no es el mejor aliado. Los acuerdos regionales de comercio (ARC) que se están negociando en la actualidad (ALCA, TLC con los Estados Unidos) conllevan una mayor exposición del sector empresarial de la subregión al mundo real, en el que una posibilidad razonable es la llegada de empresas veteranas de muchas lides y con experiencia en sacar partido de la situación el países con regímenes de competencia débiles.

Una reforma como la que se necesita exige tiempo para su implementación, factor éste que en el orden doméstico no está para nada a favor. El interés general se encuentra enfocado en otros temas. En lo político, el año 2006 es de elecciones en Colombia y se avecina una campaña presidencial con la posibilidad de reelección del actual

mandatario, algo que Colombia no experimenta hace más de un siglo. Adicionalmente está el tema del proceso de negociación con los paramilitares una reforma tributaria polémica, el TLC con Estados Unidos y algunas reformas en el campo de las pensiones acaparan el interés del gobierno. Aunque el tema del régimen de competencia es vital para preparar el terreno para cuando los acuerdos de comercio regionales estén vigentes, la actualidad doméstica no deja campo, y tampoco hay verdadero interés en esta reforma.

En la CAN la situación afortunadamente fue diferente. En buena hora se expidió esta norma, necesaria para preparar el terreno del nuevo escenario que se avecina con los ARC mencionados, en los que los países andinos, con la excepción de Venezuela en el TLC, se encuentran involucrados. El panorama del derecho de la competencia cambió radicalmente, y sin mayores aspavientos lo cual, me atrevo a pensar, fue un acierto no sólo del Gobierno colombiano, sino de los demás del área. Así como en Europa los gobiernos tienden a imponer políticas cuya adopción doméstica es compleja a través de los mecanismos de la Unión⁴⁶, encuentro que los países del área hicieron lo mismo con la política de competencia, movida que merece reconocimiento.

Ya está hecha la reforma. Ahora, entra la etapa de implementación, lo que no es sencillo. Al contrario; ésta va a ser compleja y exigente. Aunque el proceso depende de muchos factores que hoy no es posible predecir con exactitud, encuentro dos sobre los que voy a hacer referencia en el cierre de este escrito.

En primer lugar, la interpretación del artículo 5º, sobre el alcance de la decisión es fundamental. Una interpretación restringida no sería deseable; equivaldría a matar el tigre y asustarse con la piel, restando así las buenas posibilidades que presenta la norma.

En segundo lugar, la actitud de las empresas y sus asesores es también de mucha importancia. Justificadamente o no, desde la época del Pacto Andino, la imagen y el prestigio de la organización no han sido los mejores: un halo de escepticismo la cobija. Cuando uno como abogado le plantea a su cliente la posibilidad de acudir ante la CAN, es difícil

46 'A Tory for Europe', *The Economist*, May 28th – June 3rd 2005, pág. 11.

dejar de evocar las escenas que mostraba la televisión de los camiones colombianos detenidos en la frontera de Cúcuta porque al presidente CHÁVEZ le pareció que los transportadores colombianos le estaban quitando el trabajo a sus nacionales o también el número elevado de fallos del Tribunal Andino que han sido desconocidos.

No obstante, con esta decisión las cosas pueden ser diferentes. Una cosa, por ejemplo, es una orden al gobierno para que imponga o quite un determinado arancel o un derecho antidumping o imparta una orden de remover una medida determinada y otra muy distinta es la ejecución judicial de una multa. No me imagino, y no creo, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se vaya a declarar en rebeldía contra una decisión del Tribunal Andino; de hecho no creo que tenga ningún interés en hacerlo. Además de la sentencia que cité del libro del Sr. TANGARIFE, es importante destacar que el Consejo de Estado colombiano acude con mucha frecuencia ante ese tribunal para efectos de la interpretación previa establecida en el artículo 32 del Tratado de Creación del TAJ.

Claro está, la decisión impone un cambio de mentalidad. A quienes nos interesa que opere debemos tomar conciencia y meternos en el proceso comunitario, empezar a pensar en serio en términos de la Comunidad Andina y actuar en consecuencia. Si como abogados vamos a presentar un caso ante la CAN, por ejemplo, debemos argumentar y demostrar la dimensión comunitaria del mismo, directa o indirecta, actual o potencial y para hacerlo bien tenemos que creer realmente en ello. Lo mismo pasa con las empresas.

No es simple cuestión de idealismo. En la decisión existen elementos objetivos que permiten, de una forma razonable, contemplar la posibilidad de esperar cambios positivos si se asume una actitud en pro de la comunidad.

Naturalmente, un excesivo o irreal optimismo tampoco es aconsejable.

La implementación adecuada no se va a dar de la noche a la mañana, así como tampoco va a ser totalmente lineal; pueden haber altibajos; incluso, es posible que se generen cambios de dirección; que la CAN asuma una posición y luego la modifique y así sucesivamente. En fin, lo que corresponde a un proceso de esta naturaleza. COUTURE decía que

la paciencia es un mandamiento para los abogados, ya que el tiempo se cobra las cosas que se hacen sin su concurso. La implementación de la decisión requiere de tiempo y paciencia.

Los grandes sistemas de defensa de la libre competencia del mundo, el norteamericano y el europeo no se hicieron de la noche a la mañana. En Europa, por ejemplo, la reglamentación sobre sanciones se expidió en 1962 y sólo 7 años después, en 1969 se impuso la primera multa y en los Estados Unidos sucedió algo semejante; sólo hasta la presidencia de THEODORE ROOSEVELT la sociedad americana tomó plena conciencia del tema, generando así un cambio cultural de importancia.

La constancia también es importante. Aunque no creo que la CAN acoja un criterio de interpretación reducido del artículo 5º, aún si lo hiciera en un principio no sería aconsejable que tanto las empresas como nosotros tomemos la alternativa de apagar la luz e irnos. Al contrario, sería motivo para generar un debate amplio, realizar las críticas que sean necesarias y seguir insistiendo para que las cosas cambien.

Así como para bailar un tango se necesitan dos, la implementación de la norma requiere del concurso de todas las partes involucradas, la CAN, los gobiernos y el sector privado. Bienvenida sea la decisión. Con ella ya hay con que trabajar y hay mucho por hacer.