

Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE

Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

El pasado 19 de junio de 2014, la Corte de apelaciones de París¹ solicitó a la Comisión europea su concepto en un caso de diferenciación tarifaria abusiva entre llamadas *on-net* y llamadas *off-net* en la zona de Francia metropolitana². Por este comportamiento, contrario a las normas de competencia, las empresas Orange y Société Française de Radiot l phone (SFR) habían sido sancionadas por la Autoridad francesa de la competencia³.

En efecto, cuando se trata de los procedimientos adelantados en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, las jurisdicciones de los Estados miembros de la Unión europea pueden solicitar a la Comisión el traslado de

- 1 v. Cour d'appel de Paris, P le 5- Chambre 5-7, arr t du 19 juin 2014. Numéro d'inscription au répertoire général: 2013/01006. A pesar de tratarse de una decisión de una autoridad administrativa, el contencioso contra los actos de la Autoridad francesa de la Competencia es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción administrativa. En Francia, desde el año de 1986 se transfiere el contencioso del control de los actos de la autoridad de competencia a la Corte de apelaciones de París. La literatura francesa es abundante acerca del impacto que tuvo este traslado de competencias del juez administrativo al juez ordinario; para una presentación general del asunto, ver JEAN-YVES CH ROT (2002). La idea de una competencia económica a favor del solo juez ordinario es contestada por un sector importante de la doctrina, a manera de ejemplo es posible consultar BERTRAND DU MARAIS (2004: 74).
- 2 Comparativamente, en Colombia la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) en el año de 2009, luego de constatar la posición de dominio de Comcel en el mercado voz saliente móvil (que fue incluido dentro de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*), adoptó medidas tendientes a eliminar el diferencial tarifario entre los planes *on-net* y *off-net* de Comcel (Resolución de la CRC 2062 de 2009). Como consecuencia de esta determinación, el precio de minutos *off-net* para todos los planes tarifarios ofrecidos por el dominante del mercado (excluidas las promociones) debe ser igual o menor al precio promedio de los minutos *on-net*. En 2009, la Comisión identificó que el tr fico *on-net* representaba cerca del 85% de todas las llamadas móviles en Colombia. La regulación tarifaria adoptada buscaba dos objetivos: de un lado, reducir a largo plazo las externalidades de red resultantes de la estrategia de diferenciación de precios *on-net/off-net* del dominante en el mercado y, de otro lado, al corto plazo, lograr bajar el alto porcentaje de llamadas *on-net* en el mercado; ver Telecommunications Management Group, *On-net/off-net Price Differentiation: Review of International Precedent*, 2011, p. 14.
- 3 Ver Decisión n  12-D-24 del 13 de diciembre de 2012, disponible en el sitio de la Autoridad francesa de la competencia, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417&id_article=2013.

las informaciones que posea o un concepto sobre las cuestiones relativas a la aplicación de las reglas comunitarias de competencia⁴.

El juez ordinario francés desea en la especie que la Comisión europea se pronuncie sobre dos puntos: de un lado, acerca de la existencia de la diferenciación tarifaria y, en especial, sobre el método empleado para apreciar las diferencias de precios y las diferencias en los costos entre llamadas *on-net* y *off-net*⁵ y, de otro, acerca de la apreciación de los efectos anticompetitivos de las ofertas incriminadas sobre el mercado al por menor de la telefonía móvil⁶, con el fin de que la autoridad europea aclare el impacto que las ofertas pueden tener sobre la intensidad de la competencia en dicho mercado, a la luz de la regulación sectorial. Interesan a la Corte de apelaciones de París los efectos que las prácticas denominadas "tribu"⁷, de "verrouillage" o "de red" pueden tener sobre el mercado. Las limitaciones del juez nacional frente las apreciaciones económicas del caso llevan a que acuda a la Comisión para obtener una especie de peritaje económico. Esta alternativa no es sin embargo ajena a cuestionamientos.

A pesar de que el artículo 15.1 del reglamento CE n 1/2003 está redactado en términos generales, es posible preguntarse si la solicitud de concepto prevista por esta disposición es el medio para responder a los interrogantes que tiene una jurisdicción llamada a conocer de la aplicación de las normas comunitarias en el marco de un recurso de plena jurisdicción contra una decisión de una autoridad de competencia nacional. ¿Puede la Corte de apelaciones de París, al conocer de un litigio en el cual está llamada a aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea⁸, acudir a la Comisión europea para obtener informaciones del caso o su peritaje económico?

4 Ver artículo 15.1 del reglamento CE n 1/2003. Para el caso francés, la manera como esta solicitud se realiza se encuentra reglamentada por las disposiciones del Derecho nacional en el artículo R.470-3 del Código de comercio francés.

5 Puntos 111 a 184; 402 a 406 y 421 a 432 de la Decisión de la Autoridad de la Competencia francesa, del 13 de diciembre de 2012.

6 La literatura económica es abundante sobre estos efectos. Es posible consultar, HAUCAP y HEIMESHOF (2011: 325-332); GABRIELSEN y VAGSTAD (2008: 99-115).

7 También conocido como efecto club. Para el caso colombiano, con la regulación 2062 de 2009 de la CRC se buscó evitar precisamente ese efecto "Tribu". La idea era que, de manera *ex ante*, y con el ánimo de generar condiciones de competencia y de contestabilidad de las ofertas realizadas por la empresa dominante Comcel, se restringiera ese diferencial. Esto, en la medida en que para los usuarios de Comcel resultaba oneroso cursar llamadas hacia otras redes (no solo por el valor del cargo de acceso, sino por la política tarifaria aplicada por la empresa). Por el contrario, resultaba barato, incluso a veces sin cargo alguno para el usuario, hacer llamadas al interior de la misma red de Comcel. Esta medida no incluyó en una primera instancia las promociones y ofertas. Sin embargo, por medio de la Resolución 4002 de 2012 se impusieron condiciones adicionales a Comcel a fin de fortalecer la medida del diferencial tarifario *on net/off net*.

8 Correspondientes a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

La dificultad que el recurso a la disposición del reglamento europeo presenta, consiste en que la Corte debe pronunciarse en apelación de una decisión de la Autoridad de la Competencia francesa, autoridad administrativa que hace parte de la Red Europea de la Competencia (REC)⁹. La REC constituye, en efecto, un mecanismo de operación administrativa que impone a las diferentes autoridades miembros de la Red europea el deber de cooperación y asistencia recíproca y de buena fe en la actuación, con el fin de asegurar la adecuada protección de la libre competencia económica, frente a los intereses económicos de agentes del mercado, productores y/o distribuidores de bienes y servicios y de los Estados miembros.

La noción de Red representa aquí una figura propia de las llamadas "relaciones interadministrativas" y de las técnicas que se emplean para lograr una eficaz articulación horizontal entre autoridades nacionales de los diferentes Estados miembros y una articulación vertical entre estas y la autoridad supranacional, la Comisión Europea. Así entendida, los principios de coordinación y cooperación administrativa constituyen elementos necesarios para su correcto funcionamiento¹⁰. En la práctica, la REC funciona bajo la coordinación de la Comisión Europea. De hecho, aun cuando la Comisión no haya conocido el mismo caso, a través de la Red es informada de las primeras medidas formales de investigación¹¹ y del alcance y sentido de la decisión a adoptar por la auto-

9 Como se explica en la comunicación de la Comisión sobre la cooperación de la Red de autoridades de competencia de 2004, el reglamento CE n 1/2003 crea un sistema de competencias concurrentes en que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Estas autoridades forman conjuntamente una red de poderes públicos que cooperan estrechamente para proteger la libre competencia económica. "La red es un foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia": [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=ES).

10 Tratándose de relaciones horizontales entre autoridades de los Estados miembros, el principio que se manifiesta es el de la cooperación administrativa, mientras que, con respecto a las relaciones verticales de las autoridades nacionales y la Comisión, el principio de coordinación aparece en primer plano. La diferenciación de estas dos manifestaciones del principio de coordinación administrativa se encuentra expresada en los mismos términos en la jurisprudencia de la Corte constitucional en la medida en que "tanto el artículo 6 de la ley 489 de 1998, como la Constitución Política puede afirmarse consagra dos modalidades de coordinación: una, como principio que admite la concertación entre entidades u organismos, evento en que no se presentan relaciones jerárquicas o de subordinación entre ellos (arts. 48, 209, 246, 288, 298 y 329, por ejemplo), y otra, como atribución a cargo de los responsables de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre la autoridad que coordina y los encargados de la ejecución de la labor (por ejemplo, arts. 250 y 298)": Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2004. El primer caso la doctrina lo identifica con las nociones de colaboración o cooperación administrativa, mientras que el segundo hace referencia a la coordinación; en estricto sentido, ver Brewer Carías (2005: 61).

11 Reglamento CE n 1/2003, artículo 11.3.

ridad nacional¹². ¿El concepto de la Comisión no aparecerá por consiguiente como una justificación del análisis realizado por la autoridad nacional de competencia, miembro de la Red, que la primera autoridad coordina?

A esto se suma la percepción de que el juez ordinario francés sería un generalista frente a expertos, lo cual no le permitiría proporcionar su propio análisis de las cuestiones de fondo ligadas a la aplicación de la libre competencia, estando entonces su rol limitado a verificar el respeto por parte de la autoridad nacional de competencia de las formas y de las garantías procesales de los operadores económicos en sus actuaciones¹³.

Precisamente, en cuanto al procedimiento, la Corte de apelaciones de París se pronuncia sobre los medios de la anulación de la decisión de la autoridad, los cuales rechaza en su integralidad.

En primer lugar, la Corte de apelaciones rechaza el medio consistente en la violación del principio de imparcialidad en el procedimiento administrativo que se desarrolla delante de la autoridad de competencia. Al respecto, las empresas de telefonía móvil Orange y SFR sostenían que la solicitud de reenvío hecha a los servicios de instrucción por el Colegio de la autoridad de competencia acerca del examen de la práctica de discriminación tarifaria hace que exista una duda sobre su imparcialidad, toda vez que en la primera notificación de cargos no se hacía referencia a dicha práctica en el esquema tarifario. Asimismo, sostienen las empresas recurrentes que, en la segunda notificación de cargos, los redactores del informe motivado retuvieron el cargo que fue instruido a solicitud del Colegio de la autoridad. Sobre este punto, la Corte de apelaciones de París señala que, conforme a lo establecido por el artículo R. 463-7 del Código de Comercio francés, el reenvío del caso en su integralidad o en parte que realiza el Colegio de la autoridad de competencia cuando estima que la instrucción está incompleta es susceptible de recurso. Además, encuentra el juez francés que el hecho de que en el primer informe motivado el cargo haya sido descartado no es óbice para que sea reexaminado en una instrucción complementaria a solicitud del colegio de la autoridad cuando esta estima que hay aspectos que no fueron abordados. Por consiguiente, esta situación no constituye un prejuzgamiento de la realidad de las conductas objeto de examen.

En segundo lugar, la Corte estima que no puede concluirse de la circunstancia de que los redactores del informe motivado retuvieron un cargo de diferenciación tarifaria abusiva entre las llamadas *on-net* y aquellas *off-net*, una intromisión del Colegio de la autoridad en la instrucción del caso, situación que constituiría una violación al debido proceso, en los términos en que este se encuentra consagrado en el artículo 6.1 de la Convención Europea de De-

12 Reglamento CE n 1/2003, artículo 11.4.

13 Ver FRISON-ROCHE (2005: 636); para una presentación de la situación en Colombia, ver ZÁRATE (2013: 409-418).

rechos Humanos (CEDH)¹⁴. En la especie, la actuación del Colegio, órgano de decisión de la autoridad francesa de competencia, no constituye para la Corte una intromisión en la instrucción del caso, en razón en que nada obliga a los redactores del informe motivado a notificar ese segundo cargo luego de realizar una nueva instrucción. Los servicios de instrucción actúan bajo las órdenes del informante general (*Rapporteur general*) y no de los miembros que integran el Colegio de la autoridad de competencia. Del mismo modo, encuentra la Corte que la independencia de los informantes, encargados de la instrucción, está garantizada por las normas de creación, organización y conformación de la autoridad administrativa, dentro de las cuales se destacan su autonomía presupuestal y la independencia funcional reconocida a sus miembros en lo que rige la composición y deliberación de sus órganos¹⁵.

Conviene indicar, por otra parte, que la Corte de apelaciones rechaza el medio derivado de la duración excesiva del procedimiento invocado por las empresas Orange y SFR. Incluso suponiéndola excesiva, la duración del procedimiento administrativo no conduciría a una anulación del mismo, en la medida en que ningún elemento establece en el caso de que la duración habría causado un perjuicio a las empresas investigadas, ni a su derecho de defensa.

Por último, la Corte no acoge el medio consistente en afirmar que la autoridad se pronunció sobre los elementos que relevan de la reparación de los perjuicios que hubiera sufrido Bouygues Télécom como consecuencia de las conductas sancionadas a sus competidores, por lo que se trata de un asunto jurisdiccional y no administrativo que es de conocimiento del juez ordinario y no de la autoridad de competencia, de carácter administrativo. Para la Corte de apelaciones de París, la autoridad no caracteriza en su decisión los elementos de perjuicio del competidor Bouygues Telecom, ni los cuantifica. La autoridad simplemente se limitó a utilizar las pruebas y datos aportados por la empresa Bouygues para demostrar la existencia de las prácticas anticompetitivas¹⁶.

14 De esta norma se desprende precisamente una exigencia de separación entre el órgano que instruye y aquel que decide.

15 El reglamento interior de la autoridad francesa de competencia fue adoptado en desarrollo de lo establecido en el artículo R.461-8 del Código de Comercio francés. Este reglamento contiene las reglas aplicables a sus miembros, así como al procedimiento que se desarrolla delante de la autoridad. Entre estas reglas se encuentran aquellas relativas al procedimiento de instrucción de casos y el procedimiento delante del Colegio de la autoridad. Es posible consultar este reglamento en el sitio de la autoridad en su versión consolidada de marzo de 2012: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reglement_interieur.pdf. A pesar de existir una diferenciación funcional entre la Delegatura de la competencia –órgano que instruye– y el Despacho del Superintendente –órgano que decide–, la ausencia de garantías estatutarias similares y el hecho de que el Delegado para la competencia se encuentre subordinado y sea de libre nombramiento y remoción del Superintendente permite interrogarse, para el caso colombiano, acerca del alcance que en la práctica tiene la separación funcional que se desprende del debido proceso.

16 Como en Derecho colombiano, en Derecho francés existe una acción jurisdiccional que pro-

BIBLIOGRAFÍA

- Autorité de la concurrence française, Decisión nº 12-D-24 du 13 decembre 2012.
- CARÍAS, ALLAN R. BREWER (2005). *Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, t. II.
- CHÉROT, JEAN-YVES (2002). *Droit public de l'économie*. París: Économica.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 4002 de 2012.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 2062 de 2009.
- Cour d'appel de Paris, Pôle 5- Chambre 5-7, arrêt du 19 juin 2014. Numéro d'inscription au répertoire général: 2013/01006.
- DU MARAIS, BERTRAND (2004). *Droit public de la régulation économique*. París: Presses de Sciences Po y Dalloz.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANN (2005). "Vers un gouvernement économique des juges", en *Droit administratif*, commentaire nº 111.
- GABRIELSEN, TOMMY STAAHL y VAGSTAD, STEINAR (2008). "Why is on-net traffic cheaper than off-net traffic? Access markup as a collusive device", en *European Economic Review*, 52.
- HAUCAP, JUSTUS y MESHOFF HEI, ULRICH (2011). "Consumer behavior towards on-net/off-net Price differentiation", en *Telecommunications Policy*, 35.
- Telecommunications Management Group (2011). *On-net/off-net Price Differentiation: Review of International Precedent*.
- ZÁRATE PÉREZ, ANÍBAL (2013). "Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo. Prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos de fijación de precios", en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

tege la competencia en su dimensión subjetiva, esto es, el interés particular del competidor y que puede terminar con la reparación de los perjuicios sufridos y una acción administrativa que protege la competencia en su dimensión objetiva, esto es, como interés colectivo. A diferencia del caso colombiano, no existen funciones jurisdiccionales en cabeza de la autoridad francesa de la competencia, como sí ocurre desde 1998 con la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad colombiana.