



Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024

45 años de creación y 40 años al
servicio del derecho y la integración

Directores

Hugo R. Gómez Apac

Alejandro D. Perotti

Jorge Antonio Quindimil López

Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Tomo I

Quito - 2024



Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024

**45 años de creación y 40 años al servicio del
derecho y la integración**

Directores

Hugo R. Gómez Apac

Alejandro D. Perotti

Jorge Antonio Quindimil López

Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Curaduría

Mario Mateo Santos Pérez

TOMO I

Quito - 2024

AA.VV. (Hugo Gómez, Alejandro Perotti, Jorge Quindimil & Íñigo Salvador, directores), *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024. 45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración*, Tomo I, primera edición, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2024.

© Hugo R. Gómez Apac, Alejandro D. Perotti, Jorge Antonio Quindimil López, Íñigo Salvador Crespo & Karla Margot Rodríguez Noblejas.

Primera edición: Quito, mayo de 2024.

Directores:

Hugo R. Gómez Apac

Alejandro D. Perotti

Jorge Antonio Quindimil López

Íñigo Salvador Crespo

Coordinadora general:

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Curaduría:

Mario Mateo Santos Pérez

Con el auspicio de:

- Secretaría General de la Comunidad Andina
- Embajada de la República del Perú en la República de Ecuador

Diseño de portada y contraportada:

Andrea Carolina Hidalgo Nevárez

Editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

ISBN 978-9942-45-663-2

Impreso por Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda.

Cantidad de ejemplares: 300

SUBCAPÍTULO IV

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hugo R. Gómez Apac

Hugo R. Gómez Apac

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España).

Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú), en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur (Perú). También, profesor invitado en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la Universidad Austral (Argentina).

Fue presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal, y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

Como docente universitario dictó las siguientes cátedras: en la Universidad del Pacífico, «Organización del Estado y Derecho Público Administrativo» (en la Maestría en Gestión Pública), así como «Derecho procesal administrativo: procedimiento administrativo general, sancionador y trilateral», «Régimen jurídico de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos» y «Régimen legal de los bienes del Estado» (en la Maestría en Derecho Administrativo Económico); en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, «Derecho Administrativo» y «Derecho de la Competencia»; en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, «Derecho Administrativo», «Derecho de la Competencia» y «Regulación de Servicios Públicos»; en la Pontificia Universidad Católica del Perú, «Derecho de la Competencia», «Metodología de la Investigación Jurídica» y «Derecho Administrativo I», así como «Instituciones Jurídicas de la Regulación» (en la Maestría de Derecho de la Empresa); en la Universidad ESAN, «Derecho Administrativo II» y «Derecho Medioambiental»; en la Universidad Científica del Sur, «Derecho Administrativo» y «Certificación, Evaluación y Fiscalización Ambiental»; en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, «Derecho Administrativo», «Derecho Ambiental» y «Derecho de la Competencia»; y en la Universidad de Las Américas (UDLA) del Ecuador, «Introducción al Derecho».

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hugo R. Gómez Apac

Palabras clave

Comunidad Andina. Acción de nulidad. Interpretación prejudicial. Libre comercio. Derecho de la Competencia. Conducta anticompetitiva transfronteriza. Cáteles. Programa de clemencia. Litigación predatoria.

Keywords

Andean Community. Action for annulment. Preliminary ruling. Free trade. Competition law. Cross-border anticompetitive conduct. Cartels. Leniency program. Predatory litigation.

Resumen

En el presente trabajo académico el autor explica la relevancia de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina; sobre el contenido de la Decisión 608 del 2005, que es la ley andina de defensa de la libre competencia vigente; y sobre la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entre los años 2017 y 2020 que ha desarrollado criterios jurídicos interpretativos que explican el alcance y contenido de diversas materias contenidas o vinculadas con la Decisión 608: su ámbito de aplicación objetivo, su vigencia como ley nacional para Bolivia y Ecuador, la prescripción de las infracciones, el programa de clemencia en la lucha contra los cáteles, el reparto de mercados y el boicot como prácticas colusorias, y la litigación predatoria como abuso de posición de dominio.

Abstract

In this paper the author explains the relevance of the defense of competition in the Andean Community; on the content of the Decision 608 of 2005, which is the Andean law for the defense of free competition in force; and on the jurisprudence issued by the Andean Community Court of Justice between the years 2017 and 2020 that has developed interpretative legal criteria that explain the scope and content of various matters

contained or linked to the Decision 608: its objective scope of application, its validity as national law for Bolivia and Ecuador, the prescription of infractions, the leniency program in the fight against cartels, the distribution of markets and boycotts as collusive practices, and predatory litigation as abuse of a dominant position.

1. Introducción

El sueño de quienes fundaron la Comunidad Andina fue crear un mercado común y extenderlo hacia toda Latinoamérica. Así reza la parte final del primer párrafo del art. 1 del Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969. 54 años después, el sueño está inconcluso, pero el proceso de integración jurídica, económica y social más longevo y exitoso de Sudamérica tiene tres logros de los cuales enorgullecerse: la armonización de políticas y legislación, la supranacionalidad y el área de libre comercio.

La armonización de políticas y legislación permite la vigencia de leyes andinas en los cuatro países miembros y sobre diferentes ámbitos, cuya aplicación coherente y uniforme es garantizada por su órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**). La supranacionalidad se encuentra consolidada. Los organismos comunitarios con competencias supranacionales, entre ellos el TJCA, ejercen sus competencias con normalidad, lo que es respetado por los países miembros, cuyas autoridades políticas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales han internalizado el principio de preeminencia del derecho andino por sobre los ordenamientos nacionales. La existencia de un área de libre comercio al interior del mercado subregional andino, por virtud del cual las mercancías provenientes de un país miembro ingresan libremente al territorio de los otros países del proceso de integración, posibilita a los consumidores andinos elegir entre una mayor diversidad de productos a menores precios y de mejor calidad.

El área de libre comercio se sustenta en el denominado «Programa de Liberación de Bienes», regulado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, el cual tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro. Este programa se complementa con normas destinadas a proteger al mercado subregional de las prácticas que puedan distorsionar la competencia, lo que se encuentra reconocido en el capítulo X, sobre «Competencia Comercial», del referido acuerdo, que como tratado fundacional tiene la condición de derecho primario (rango constitucional) en el sistema de fuentes del ordenamiento andino.

El buen funcionamiento de un área de libre comercio requiere que los países miembros no implementen medidas que restrinjan el comercio y que los agentes económicos (privados o estatales) no adopten decisiones que distorsionen la competencia. Libre comercio y competencia son dos caras de la misma moneda. Una no puede existir sin la otra. Y las dos son expresión de la puesta en funcionamiento de las libertades económicas (propiedad, libertad de contratación, libre iniciativa privada y libertad de

empresa), garantizadas de una u otra forma en las Constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia y de las Repúblicas de Colombia, del Ecuador y del Perú.

A través de su jurisprudencia —tanto la emitida en la resolución de controversias (acciones de incumplimiento y de nulidad) como la expedida para orientar a los jueces nacionales (interpretaciones prejudiciales)—, el TJCA se ha pronunciado sobre diversos aspectos de esta simbiosis entre libre comercio y competencia: programa de liberación, restricciones al comercio, salvaguardias, libre competencia, competencia desleal, etc. Y el asunto de libre competencia, a su vez, comprende no solo las interpretaciones prejudiciales brindadas por la corte andina en cuanto al contenido y alcance de la ley andina de defensa de la competencia, sino también las sentencias en acciones de nulidad que se han pronunciado sobre la validez de las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) que han sancionado la comisión de conductas anticompetitivas transfronterizas.

El presente trabajo no va a abordar todos los aspectos antes mencionados. Se va a centrar en la jurisprudencia más reciente del Tribunal —la emitida desde el 2017 hasta el 2020— que ha direccionado su cometido hacia el entendimiento de las disposiciones de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, que aprobó las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo, la **GOAC**) núm. 1180 del 4 de abril de 2005.

2. La ley andina de defensa de la libre competencia

Entendiendo la íntima relación que existe entre el libre comercio y la defensa de la competencia, y el valor de esta en los procesos de integración, el art. 93 del Acuerdo de Cartagena estableció que a más tardar el 31 de diciembre de 1971 debía aprobarse la ley andina conducente a prevenir y corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia en el mercado subregional, tales como el *dumping*, las manipulaciones indebidas de precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.

En cumplimiento de lo establecido en el art. 93 del Acuerdo de Cartagena, en diciembre de 1971 se aprobó la Decisión 45, denominada «Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión». Esta ley andina fue sustituida por las Decisiones 230 de diciembre de 1987, 285 de abril de 1991 y 608 de abril de 2005.

A diferencia de sus predecesoras¹, la ley andina vigente en materia de defensa de la libre competencia, la Decisión 608, cumple en gran medida con los estándares

¹ Para un análisis pormenorizado de lo establecido en las Decisiones 45, 230, 285 y 608, se recomienda leer: Hugo R. Gómez Apac, *El control de las conductas anticompetitivas transfronterizas en la Comunidad Andina*, en AA.VV. (Pierino Stucchi López Raygada, director), *Tendencias sobre la autonomía de los organismos reguladores, las medidas de defensa comercial y los procedimientos administrativos sancionadores. Ponencias del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación*, Anuario Internacional de

mundiales en materia de política de competencia. Su finalidad, en el sentido del objetivo de la prohibición y sanción de las conductas anticompetitivas transfronterizas, es la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores. Tipifica como conductas ilícitas los acuerdos o prácticas colusorias y el abuso de la posición de dominio. Contempla un procedimiento de investigación, en el cual la SGCA, como autoridad instructora y decisora, dirige la investigación con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia², y en el que participa, como órgano consultivo, el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, integrado por un representante de las mencionadas autoridades nacionales. Prevé el dictado de medidas cautelares, sanciones y medidas correctivas. La SGCA puede sancionar a la empresa o empresas infractoras con multas de hasta el 10 % de valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondientes al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

El art. 5 de la Decisión 608, que regula su ámbito de aplicación objetivo, establece que las conductas anticompetitivas transfronterizas son aquellas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más países miembros y cuyos «efectos reales» se producen en uno o más países miembros, excepto cuando el origen y el efecto se producen en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos «efectos reales» se producen en dos o más países miembros.

La SGCA es la autoridad supranacional competente para investigar y sancionar las conductas anticompetitivas transfronterizas. Las autoridades nacionales son las competentes para sancionar las prácticas nacionales (conductas anticompetitivas no transfronterizas), que son aquellas que se practica en un país miembro y tienen efectos en dicho país miembro.³

El art. 7 de la Decisión 608 tipifica como prácticas colusorias, entre otros, los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; repartirse el mercado de bienes o servicios; impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o

Derecho Administrativo Económico y Regulación, núm. 1, Universidad ESAN – Palestra Editores S.A.C. – Tirant lo Blanch, Lima, junio de 2022, pp. 379-416.

² La «Autoridad de Fiscalización de Empresas» (AEMP) del Estado Plurinacional de Bolivia, la «Superintendencia de Industria y Comercio» (SIC) de la República de Colombia, la «Superintendencia de Competencia Económica» (SCE) de la República del Ecuador y el «Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual» (Indecopi) de la República del Perú.

³ Según lo establecido en el último párrafo del art. 5 de la Decisión 608.

subastas públicas. Es un listado enunciativo, que excluye los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Su art. 8 tipifica como modalidades de abuso de posición de dominio la fijación de precios predatorios; la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios; 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; 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; la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; 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 a no prestar servicios, a otros; y, 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.

Su art. 43 establece que la infracción prescribe en el plazo de tres años de haberse realizado la conducta.

3. El caso Angelcom (proceso 05-AN-2015)

El 1 de julio de 2013, Sociedad Angelcom S.A. (en adelante, **Angelcom**) solicitó a la SGCA iniciar una investigación por la presunta existencia de una colusión en la Licitación Pública Internacional 003-2011 convocada por la empresa pública Transmilenio S.A. para la adjudicación del contrato de concesión del sistema de recaudo, control de flota e información a los usuarios del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá.

La SGCA consideró que de la denuncia de Angelcom no se apreciaba algún indicio que permitiera determinar un efecto anticompetitivo en algún país miembro distinto a Colombia. Posiblemente había habido una colusión, pero la SGCA no advertía cuál era, de manera concreta, el efecto real de la pretendida colusión en un país miembro que no fuera Colombia. Es por ello que rechazó la denuncia de Angelcom, primero a través de la comunicación SG-C/D.1/2450/2013 del 30 de octubre de 2013, y luego mediante la comunicación SG/E/106/2014 del 22 de enero de 2014; es decir, a través de cartas.

El 16 de octubre de 2015, Angelcom demandó ante el TJCA la nulidad de las dos comunicaciones de la SGCA, por no estar debidamente motivadas y desconocer el art. 5 de la Decisión 608.

Mediante sentencia del 9 de marzo de 2017⁴, el Tribunal declaró infundada la demanda y estableció criterios jurídicos interpretativos relacionados con la actuación de la SGCA y la comprensión de los arts. 5 y 43 de la Decisión 608.

La corte andina señaló que, para rechazar solicitudes de investigación, así como para expresar cualquier otra voluntad a través de actos administrativos, la SGCA debía utilizar el instrumento legal de las «resoluciones». El rechazo de una investigación, entendiendo como tal su inadmisibilidad o improcedencia, constituye un acto administrativo emitido al interior de un procedimiento administrativo, por lo que exhortó al órgano ejecutivo del proceso de integración a utilizar resoluciones, y no meras comunicaciones (cartas o notas), al momento de rechazar las solicitudes de investigación planteadas al amparo de la Decisión 608.⁵

Para entender el ámbito de lo transfronterizo, el art. 5 de la Decisión 608 exige, al menos, que la conducta se realice (se origine, se practique) en un país miembro y que tenga «efectos reales» en otro país miembro. También puede ser el caso que se realice en dos países miembros (v.g., Colombia y Perú) y tenga efectos reales en uno de ellos (v.g., Perú); o se realice en un país ajeno a la Comunidad Andina y tenga efectos reales en dos o más países miembros. Deben estar al menos dos países miembros involucrados para hablar de carácter transfronterizo.

En la mencionada sentencia, el TJCA explicó que se debe entender por efecto real cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, su cantidad o calidad, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización. Asimismo, cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.⁶

A continuación, algunos ejemplos hipotéticos de conductas anticompetitivas transfronterizas sobre la base del «efecto real» interpretado por la corte andina:

- a) Las empresas peruanas “A” y “B”, que producen arroz, se coluden para elevar el precio del arroz que venden en Perú y exportan hacia Bolivia. El efecto real transfronterizo es que los consumidores bolivianos compren el arroz a un precio supra competitivo (el precio acordado por el cártel).
- b) Las empresas ecuatorianas “C” y “D”, que producen azúcar, quieren impedir que ingrese a territorio ecuatoriano el azúcar de la empresa peruana “E”. “C” y “D” prohíben a las empresas transportistas ecuatorianas a trasladar el azúcar peruano a territorio ecuatoriano. No contentos con esto, “C” y “D” amenazan a

⁴ Publicada en la GOAC núm. 3012 del 2 de mayo de 2017.

⁵ Sentencia recaída en el proceso 05-AN-2015, p. 23.

⁶ *Ibidem*, p. 27.

“E” con iniciar una guerra de precios si el azúcar de este último ingresa a territorio ecuatoriano. El efecto real transfronterizo es que los consumidores ecuatorianos (demanda) no pueden adquirir el azúcar peruano (oferta) en el mercado ecuatoriano.

- c) La empresa “F” colombiana, que ostenta posición de dominio, y que produce harina, se niega a vender injustificadamente este insumo a la empresa ecuatoriana “G”, que produce galletas, pues quiere beneficiar a su empresa vinculada “fl”, que vende galletas en Colombia y en Ecuador. El efecto real transfronterizo es la supresión de la oferta de harina que proviene de Colombia con destino a Ecuador.

El Tribunal coincidió con la SGCA en el sentido de que de la denuncia de Angelcom no se advertía algún posible efecto real anticompetitivo en un país miembro distinto a Colombia.⁷

Tres o cuatro empresas constructoras pueden coludirse para repartirse licitaciones en Colombia sobre obras públicas (v.g., carreteras, colegios, hidroeléctricas). Si lo hacen, en principio es una conducta que se realiza en Colombia con efectos reales en este país. Esta apreciación no cambia por el hecho de que una empresa postora tiene su domicilio en Perú y otra en Ecuador. Distinto sería el caso de que los gerentes generales de las matrices peruana y ecuatoriana se ponen de acuerdo con el gerente general de la empresa colombiana para repartirse las obras públicas que convoca el gobierno colombiano.

Finalmente, con relación al art. 43 de la Decisión 608, la corte andina interpretó el momento de suspensión del plazo de prescripción de 3 años. Si la investigación la inicia de oficio la SGCA, el plazo de prescripción se suspende con la resolución de inicio (o apertura) de la investigación (esto es, la resolución de imputación de cargos). Si se trata de una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia. El Tribunal explicó que esta diferenciación busca evitar que, pese a que se presente una denuncia de manera oportuna, la inacción de la SGCA origine la prescripción de la infracción.⁸

Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que la empresa colombiana “F” (productora de harina), que al parecer ostenta posición de dominio, le informa a la empresa ecuatoriana “G” (productora de galletas), mediante carta de fecha martes 1 de septiembre de 2020, que no le puede vender harina debido a que ya ha comprometido todas sus ventas y hasta por 10 años a favor de su empresa vinculada “fl”. “G” denuncia a “F” por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada en la venta de harina el martes 4 de julio de 2023. La infracción, de haberla, no ha prescrito. Si la SGCA emite la resolución de inicio de la investigación el martes 5 de diciembre de 2023, conforme al criterio jurídico interpretativo

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, pp. 18-19.

establecido por el TJCA, procede la investigación, pues en este ejemplo, es la denuncia de parte, y no la resolución de imputación de cargos, lo que suspende el transcurso del plazo de prescripción. Pues bien, en este ejemplo, la denuncia se presentó antes de que venciera el plazo de prescripción de 3 años contemplado en el art. 43 de la Decisión 608.

Si el criterio fuera que es la resolución de imputación de apertura de la investigación lo que genera, en todos los casos (incluyendo las denuncias de parte), la suspensión del plazo prescriptorio, en el ejemplo no prosperaría la investigación, pues entre la carta del 1 de septiembre de 2020 y la resolución del 5 de diciembre de 2023 habrían transcurrido más de 3 años. Este criterio fue desestimado por la corte andina.

4. El caso Papeles suaves - capítulo 1 (proceso 02-AN-2017)

Este caso —y los expuestos en los capítulos 2 y 3— involucra a las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante, **Kimberly Colombia**), Kimberly Clark del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Kimberly Ecuador**), Productos Familia S.A. (en adelante, **Familia Colombia**) y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Familia Ecuador**).

El 24 de junio de 2014, Kimberly Ecuador solicitó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [actualmente denominada Superintendencia de Competencia Económica, (en adelante, la **SCE**)] acogerse al «programa de exención del pago de la multa» (denominado también «programa de clemencia» o «programa de delación compensada»), regulado en el art. 83 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo, la **LORCPM**) del Ecuador.⁹

El art. 83 de la LORCPM establece que la SCE eximirá a una persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle si ella presenta pruebas que permitan comprobar la existencia de una práctica colusoria. Como se entiende que dicha persona participó en la mencionada conducta, dichas pruebas son, por su naturaleza, auto-incriminatorias. Así, por ejemplo, los correos electrónicos que dicha persona envió a los otros miembros del cártel dando cuenta del acuerdo o de su ejecución.

Según Kimberly Ecuador, para acogerse al programa de clemencia, entregó a la SCE información probatoria auto-incriminatoria de una conducta anticompetitiva realizada en el mercado ecuatoriano, solicitando la confidencialidad y reserva de la información proporcionada.¹⁰

A raíz de la solicitud de Kimberly Ecuador de acogerse al programa de exención del pago de la multa, la SCE, al parecer, habría iniciado una etapa de investigación previa, pero la habría archivado antes de la etapa de formulación de cargos. Luego de ello, la

⁹ Auto de fecha 27 de septiembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, p. 2.

¹⁰ *Ibidem*.

autoridad de competencia ecuatoriana habría iniciado otro proceso de investigación en contra de Kimberly Ecuador, relacionado con el procedimiento anterior, pero también habría sido archivado antes de la etapa de formulación de cargos.

El 14 de octubre de 2016, mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016, la SCE desclasificó —levantó la confidencialidad de— la información aportada por Kimberly Ecuador dentro del programa de clemencia. El 20 del mismo mes, la SCE denunció a los Grupos Kimberly (Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador) y Familia (Familia Colombia y Familia Ecuador) ante la SGCA por la presunta realización de conductas anticompetitivas transfronterizas. Según Kimberly Ecuador, la SCE presentó su denuncia sin informarle a la SGCA que las pruebas que estaba aportando eran las pruebas auto-incriminatorias que dicha empresa había presentado cuando solicitó acogerse al programa de clemencia.

El 14 de noviembre de 2016, la SGCA publicó en la GOAC núm. 2871 la Resolución 1883, por medio de la cual dispuso el inicio de una investigación contra Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por la presunta realización de prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en la existencia de acuerdos para fijar precios y repartirse el mercado de papeles suaves, tipificados en los literales a) y c) del art. 7 de la Decisión 608¹¹. En dicha resolución

¹¹ En su Resolución 1883, la SGCA estableció lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Estando a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución, disponer el inicio de la investigación solicitada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia, conforme a lo siguiente:

- a) Las conductas objeto de investigación son las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en la existencia de acuerdos para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves contempladas en los literales a) y c) del artículo 7 de la Decisión 608;
- b) Sin prejuzgar sobre la determinación final del mercado relevante, los productos objeto de la conducta presuntamente anticompetitiva son: papeles suaves, o tisú, en especial papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina;
- c) La presente investigación abarca el período que discurre entre el año 2002 y febrero de 2014, sin perjuicio de que en la investigación se adviertan o determinen acciones o efectos de fechas anteriores o posteriores;
- d) Se considera como parte solicitante a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador. Se considera como personas involucradas en la presente investigación a las empresas: por parte de las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A;
- (...)
- h) Las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia que cooperarán con esta Secretaría General en la sustanciación de la presente investigación, son: en la República de Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio; y, en la República del Ecuador la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de que se solicite el concurso de la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo, por el Estado Plurinacional de Bolivia y del Instituto Nacional de Defensa de

aparecen, entre otras pruebas, las que fueron objeto de desclasificación (en octubre de 2016) por parte de la SCE; es decir, las pruebas que Kimberly Ecuador había presentado (en junio de 2014) ante la autoridad de competencia del Ecuador al momento de acogerse al programa de clemencia.

Las empresas Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador presentaron recurso de reconsideración contra la Resolución 1883. Mediante Resolución 1908, publicada en la GOAC núm. 2928 del 22 de febrero de 2017, la SGCA declaró infundado dicho recurso.

Es así que el 29 de junio de 2017, Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador presentaron ante el TJCA demanda de nulidad contra las Resoluciones 1883 y 1908, el cual fue complementado mediante escrito del 10 de octubre de ese año. El sustento de su demanda fue que la SGCA les había iniciado un procedimiento de investigación —por la presunta realización de prácticas colusorias transfronterizas— sobre la base de pruebas ilegales. Según dichas empresas, la desclasificación de la información auto-incriminatoria y confidencial de Kimberly Ecuador era nula.

Mediante Auto del 27 de septiembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, el Tribunal rechazó por improcedente la demanda de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador. Como estas presentaron recurso de reconsideración contra dicha providencia judicial, por Auto del 1 de diciembre del mismo año, publicado en la GOAC núm. 3179 del 5 de febrero de 2018, el TJCA rechazó el referido recurso.

La corte andina desestimó la demanda de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador con fundamentos de carácter procesal, sustentados básicamente en reglas del derecho procesal administrativo. El Tribunal explicó que no todas las resoluciones de la SGCA que constituyen actos administrativos son susceptibles de ser impugnadas a través de la acción de nulidad, sino:¹²

- a) Los actos administrativos definitivos con aptitud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva, que puede consistir en un derecho subjetivo, un interés legítimo, una obligación, etc.
- b) Los actos administrativos que ponen fin al procedimiento de investigación, los que sin poner fin al procedimiento hacen imposible su continuación, y todos aquellos que causan indefensión.

Para la corte andina, las Resoluciones 1883 y 1908 eran actos de mero trámite —destinados a la impulsión y a la ordenación del procedimiento¹³— que no causaban

la Libre Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual por la República del Perú, si fuere menester.
(...)»

¹² Auto de fecha 1 de diciembre de 2017, recaído en el proceso 02-AN-2017, p. 9.

¹³ Citó una jurisprudencia anterior emitida en el proceso 69-AN-2002 (el Auto del 31 de enero de 2003).

indefensión, dado que simplemente ordenaban iniciar la investigación, lo que no significaba que las empresas investigadas estuvieran ya condenadas como culpables. Ellas tenían derecho a defenderse. Era la SGCA la que tenía la carga de probar la responsabilidad de ellas. La responsabilidad se determinaría en la resolución final, no en la de inicio. El inicio de una investigación no afectaba un derecho subjetivo ni un interés legítimo. El TJCA precisó que no hay un derecho subjetivo o interés legítimo a no ser investigado.¹⁴

La resolución de inicio de la investigación a que se refiere el art. 10 de la Decisión 608 es lo que se conoce en el derecho administrativo sancionador como la resolución de imputación de cargos. La imputación de indicios no supone culpabilidad ni afectación a la presunción de inocencia. En el transcurso de la investigación, la SGCA podría considerar que unas pruebas son ilegales y otras impertinentes, de modo que quedarían descartadas de su esquema de valoración probatoria. El inicio de una investigación no pronostica el desenlace del procedimiento, que puede ser favorable o desfavorable para los investigados. ¿Cómo cuestionar algo que es incierto?

La postura del Tribunal fue que lo impugnado era la resolución final, y que las empresas investigadas, al demandar —en su oportunidad— la nulidad de la resolución final ante la corte andina, podrían cuestionar las pruebas utilizadas por la SGCA, así como la valoración que esta hizo de ellas; podrían alegar la violación del debido proceso, la falta de motivación de la resolución final, entre otras razones.

El fundamento central del rechazo de la demanda de nulidad fue que las resoluciones cuestionadas de la SGCA no eran definitivas ni causaban indefensión. Lo que se buscó evitar es que el Tribunal conociera un proceso de nulidad respecto de dos resoluciones que podían dejar de tener efecto en cualquier momento, pues la SGCA podía declarar la nulidad de su propio procedimiento o declarar que no había responsabilidad de las empresas investigadas, ya sea por la ilegalidad de las pruebas utilizadas o por cualquier otra razón.

5. El caso Papeles suaves - capítulo 2 (procesos 04-AN-2018 y 05-AN-2018)

Mediante Resolución 2006, publicada en la GOAC núm. 3292 del 28 de mayo de 2018, la SGCA declaró fundada la denuncia presentada por la SCE en contra de Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del art. 7 de la Decisión 608, pues habría verificado una concertación de precios en el mercado de papeles suaves —en el canal institucional: papel higiénico jumbo y toallas de manos en rollos; y en el canal de consumo: papel higiénico y pañuelos desechables— en el periodo comprendido entre enero de 2006 y hasta, por lo menos, diciembre de 2013, originada por los grupos Kimberly y Familia en Colombia con efectos en el mercado ecuatoriano. Como se presentó recursos de reconsideración contra la Resolución 2006, mediante Resolución 2017, publicada en la GOAC núm. 3354 del 6 de agosto de 2018, la SGCA suspendió

¹⁴ Auto de fecha 1 de diciembre de 2017, pp. 7-12.

los efectos de la Resolución 2006 hasta el momento en que se emitiera la resolución definitiva que resolvería los recursos presentados.

El 25 de julio de 2018, Kimberly Ecuador demandó ante el TJCA la nulidad de la Resolución 2006 (proceso 04-AN-2018). Al día siguiente, hizo lo propio Familia Colombia (proceso 05-AN-2018).

El TJCA declaró improcedentes las demandas de Kimberly Ecuador y Familia Colombia a través de los Autos de fechas 19 de octubre de 2018¹⁵ (proceso 04-AN-2018) y 7 de noviembre de 2018¹⁶ (proceso 05-AN-2018). Este último fue ratificado —al pronunciarse la corte andina sobre el recurso de reconsideración presentado por Familia Colombia contra dicho Auto— mediante Auto del 1 de febrero de 2019¹⁷.

El Tribunal fundamentó su rechazo en consideraciones similares a las esbozadas en el Auto del 27 de septiembre de 2017 recaído en el proceso 02-AN-2017 (capítulo 1). La Resolución 2006 no ponía fin al procedimiento de investigación de la SGCA; lo haría la resolución que resolvería los recursos de reconsideración presentados contra ella, que además no gozaba de eficacia jurídica, pues sus efectos habían sido suspendidos por la propia SGCA a través de la Resolución 2017.

El TJCA mencionó en su fundamentación que la acción de nulidad incoada contra un acto administrativo comunitario tiene la naturaleza de un proceso contencioso administrativo, el cual procede, por lo general, frente a un acto administrativo que causa estado, es decir, un acto que agota la vía administrativa.¹⁸

En el caso materia de análisis, la vía administrativa (supranacional) es de una sola instancia —ante la SGCA—, por lo que un acto administrativo que agota la vía administrativa es aquel que concluye, de manera definitiva, con el procedimiento tramitado por el órgano ejecutivo (administrativo) de la Comunidad Andina.

El acto administrativo que causaría estado sería la resolución de la SGCA que concluyera el proceso de investigación, y tal acto no era la Resolución 2006. Este acto administrativo no era definitivo al haberse interpuesto recursos de reconsideración contra él. Precisamente, el art. 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA, aprobado por Decisión 425¹⁹, establece que, interpuesto un recurso contra una resolución de la SGCA, el interesado no podrá impugnar el mismo acto

¹⁵ Publicado en la GOAC núm. 3412 del 25 de octubre de 2018.

¹⁶ Publicado en la GOAC núm. 3436 del 9 de noviembre de 2018.

¹⁷ Publicado en la GOAC núm. 3543 del 20 de febrero de 2019.

¹⁸ Auto de fecha 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018, pp. 10-13.

¹⁹ Publicada en la GOAC núm. 314 del 18 de diciembre de 1997.

ante el TJCA, mientras no se produzca la resolución respectiva o no venza el plazo que tenga la SGCA para resolver.²⁰

En resumen, el Tribunal explicó en sus Autos que las demandas de Kimberly Ecuador y Familia Colombia contra la Resolución 2006 de la SGCA eran improcedentes porque esta resolución carecía de efectos jurídicos, no afectaba un derecho o interés legítimo, no causaba estado (no agotaba la vía administrativa), no constituía un acto firme y no era la resolución final del procedimiento de investigación de una presunta conducta anticompetitiva transfronteriza.²¹

No debe perderse de vista que las empresas mencionadas en los capítulos 1 y 2 fundamentaron sus respectivas demandas de nulidad, principalmente, en el hecho de que la SGCA les había iniciado un procedimiento de investigación de conducta anticompetitiva transfronteriza sobre la base de (presuntas) pruebas ilegales, que sería la información auto-incriminatoria que Kimberly Ecuador había aportado a la SCE el 2014 en el marco de un programa de clemencia, y que la autoridad de competencia ecuatoriana había desclasificado (levantado la confidencialidad) el 2016.

Es por ello que, un asunto que desarrolló el TJCA en los Autos del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) y 7 de noviembre de 2018 (proceso 05-AN-2018), como cuestión previa, fue lo relativo al programa de clemencia (*leniency program*) vinculado con la suspensión decretada en la Resolución 2017 de la SGCA.

En dicha cuestión previa, el Tribunal señaló que los programas de clemencia son una herramienta utilizada por las autoridades de competencia para detectar y desarmar cárteles —acuerdos entre competidores sobre precios, cuotas de producción o de venta, y repartos de mercados, incluyendo en este último el reparto de licitaciones o concurso públicos—, así como evitar su futura formación. El objetivo de estos programas es animar a que las personas involucradas en un cártel delaten su existencia, quienes aportan pruebas (auto-incriminatorias) sobre la realización de la conducta anticompetitiva a cambio de ser exoneradas de la sanción o recibir una reducción de esta. La corte andina también señaló que la confidencialidad de la identidad del delator o colaborador y de la información aportada por este es un elemento esencial de los programas de clemencia. Así, para evitar desincentivar el uso de los programas de clemencia, la información que aporte el colaborador no debería ser utilizada en su contra en otros procesos, sean estos procedimientos sancionadores, denuncias penales o demandas de indemnización por daños y perjuicios.²²

²⁰ Auto de fecha 1 de febrero de 2019, recaído en el proceso 05-AN-2018, p. 6.

²¹ Auto de fecha 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018, pp. 13-14.

²² Auto de fecha 7 de noviembre de 2018, recaído en el proceso 05-AN-2018, pp. 3-6.

6. El caso Papeles suaves - capítulo 3 (procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021)

La SGCA resolvió los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 a través de la Resolución 2236, publicada en la GOAC núm. 4369 del 19 de noviembre de 2021, por medio de la cual sancionó a los Grupos Kimberly y Familia por haber realizado una conducta anticompetitiva transfronteriza en el mercado de papeles suaves. Según la SGCA, los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia (las empresas matrices) habrían ordenado a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador (las empresas subsidiarias) acordar los precios de diversos productos de papel suave —en el canal institucional: papel higiénico jumbo y toallas de manos en rollos; y en el canal de consumo: papel higiénico y pañuelos desechables— para el mercado ecuatoriano entre los años 2006 y 2013.²³

²³ A través de su Resolución 2236, la SGCA estableció lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por el Grupo Familia y el Grupo Kimberly contra la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en el extremo de que en los procesos con base a pruebas surgidas en el marco de un programa de clemencia podrían afectar los programas de delación compensada aplicada en los Países Miembros.

Artículo 2.- Declarar infundados los recursos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú, y los presentados por las empresas investigadas con relación a la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina, pues ha quedado demostrado que hubo efectos transfronterizos de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por las empresas investigadas en cuanto a las pruebas aportadas por Kimberly Clark Ecuador S.A. sobre la existencia de un programa de clemencia en el marco del Proceso Nro. SCPM-11APMAPR-EXP-009-2014 ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, sin embargo, dichas pruebas no afectaron el proceso de investigación supranacional de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- Confirmar la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina con relación a la denuncia presentada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador - SCPM - en contra de las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608.

Artículo 5.- Modificar el valor de las multas impuestas en el artículo 6 de la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en virtud de la sanción por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608, bajo las razones establecidas en la parte considerativa de la presente Resolución de la siguiente manera:

Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$17,060,772 (Diecisiete millones sesenta mil setecientos setenta y dos dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

El 25 de noviembre de 2021, el Grupo Kimberly (Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador) presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 (proceso 01-AN-2021).

El 15 de diciembre de 2021, el Grupo Familia (Familia Colombia y Familia Ecuador) presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 (proceso 03-AN-2021).

Dado que la Resolución 2236 sí puso fin a la investigación llevada a cabo por la SGCA, en esta oportunidad las demandas de nulidad fueron admitidas a trámite.

Este capítulo queda inconcluso. Su desenlace se conocerá cuando el TJCA emita sentencia en los procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021, probablemente el 2024, lo que será contado en otro trabajo académico.

7. El caso Pañales desechables 1 (proceso 78-IP-2018), relacionado con el caso Papeles suaves

Mediante Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, confirmada en parte por la Resolución 86817 del 16 de diciembre de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la **SIC**) de la República de Colombia sancionó a Tecnoquímicas S.A. (en lo sucesivo, **Tecnoquímicas**), Kimberly Colombia y Familia Colombia por acordar los precios de los pañales desechables para bebés en el mercado colombiano entre los años 2001 y 2012, tipificado en el numeral 1 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992. También sancionó a 16 altos directivos (funcionarios y exfuncionarios) de las 3 empresas antes mencionadas, entre ellos al señor Ernesto Trujillo Pérez (en adelante, el **señor Trujillo**), vinculado a Tecnoquímicas.²⁴

Como se ha mencionado líneas arriba, mediante Resolución 1883, la SGCA dispuso el inicio de la investigación solicitada por la SCE por supuesta conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado de papeles suaves —papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina— en el periodo comprendido entre el 2002 y febrero del 2014, conforme a lo establecido en los literales a) y c) del art. 7 de la Decisión 608, contra las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Familia Ecuador y Kimberly Ecuador.

El 15 de junio de 2017, el señor Trujillo presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 43218 y 86817 de la SIC, alegando que la conducta anticompetitiva sancionada por la SIC era transfronteriza (con incidencia en Colombia y Ecuador), por lo que la competente para la

(...)»

²⁴ Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 del 7 de septiembre de 2018, publicada en la GOAC núm. 3383 del 1 de octubre de 2018, p. 2.

investigación y sanción era la SGCA, y no la autoridad colombiana de defensa de la competencia.

El 23 de enero de 2018, la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. solicitó al TJCA interpretación prejudicial del art. 5 de la Decisión 608, que trata del ámbito de aplicación objetivo de la ley andina de defensa de la libre competencia.

El señor Trujillo sostenía que la conducta anticompetitiva sancionada por la SIC no era nacional, sino transfronteriza, por lo que era la SGCA, y no la SIC, la que debió investigarla. Para resolver la controversia suscitada en el proceso interno, el juez nacional necesitaba tener claridad sobre qué conductas anticompetitivas investiga la autoridad nacional y cuáles la SGCA, por lo que tenía sentido que solicitara al TJCA que le explique el sentido y alcances del art. 5 de la Decisión 608, que es la norma que diferencia la competencia (administrativa) entre las autoridades nacionales y la autoridad supranacional (la SGCA) de defensa de la competencia (económica).

El Tribunal absolvió la consulta a través de la Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 del 7 de septiembre de 2018²⁵.

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó que, de conformidad con lo establecido en los literales a) y b) del art. 5 de la Decisión 608, esta norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:²⁶

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y en otro u otros países miembros.
- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:
 - (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.
- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

También explicó que el procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 es un procedimiento administrativo sancionador supranacional y que un principio que

²⁵ Publicada en la GOAC núm. 3383 del 1 de octubre de 2018.

²⁶ Interpretación Prejudicial 78-IP-2018, pp. 5-7.

rige los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la libre competencia es el del *non bis in idem*. En aplicación de este principio, mencionó el TJCA, un agente económico no puede ser investigado (ni sancionado) por la autoridad nacional de competencia (al amparo de la ley nacional) y por la SGCA (al amparo de la Decisión 608) si es que se aprecia la siguiente triple identidad: (a) identidad respecto de los agentes económicos materia de la investigación o sanción; (b) identidad respecto de la conducta investigada o sancionada; e, (c) identidad respecto del fundamento o bien jurídico protegido.²⁷

Respecto de lo primero (a), los agentes económicos investigados por la autoridad nacional y la SGCA tienen que ser exactamente los mismos. A modo de ejemplo, el propio Tribunal señaló que no habrá identidad si en el procedimiento interno se investiga a las empresas A, B y C y en el procedimiento supranacional a las empresas B, C, D y F.²⁸

Respecto de lo segundo (b), el Tribunal dio el siguiente ejemplo: no habrá identidad si en un caso se investiga una práctica colusoria horizontal y en el otro una práctica colusoria vertical; o si en un caso se investiga un acuerdo de precios y en el otro un acuerdo de reparto de mercados; como tampoco si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios, el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente.²⁹

8. El caso Cerveza (proceso 472-IP-2016)

Mediante Resolución Jerárquica (Despacho/MDyEP) 017.2010 del 4 de noviembre de 2010, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, al resolver los recursos jerárquicos presentados por Compañía Cervecería Boliviana S.A., como denunciante, y Cervecería Boliviana Nacional S.A. (en adelante, **CBN**), como denunciada, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa Revocatoria 010/2010 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (en lo sucesivo, la **AEMP**) el 7 de junio de 2010, así como la Resolución Administrativa AEMP/DTDCDN 003/2010 del 16 de abril de 2010, y declaró que CBN abusó de su posición de dominio al ofrecer productos promocionales a cambio de la exclusividad en la comercialización de sus productos (literal c del art. 8 de la Decisión 608) y al dificultar el acceso y permanencia de la competencia en el mercado (literal g del art. 8 de la Decisión 608), en aplicación de lo dispuesto en el art. 34 de la Decisión 608.³⁰

En su demanda contencioso administrativa, CBN sostuvo que la autoridad boliviana de defensa de la competencia no debió aplicar la Decisión 608 debido a que el origen

²⁷ *Ibidem*, pp. 8-11.

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ *Ibidem*, pp. 10-11.

³⁰ Interpretación Prejudicial 472-IP-2016 del 7 de septiembre de 2018, publicada en la GOAC núm. 3382 del 1 de octubre de 2018, p. 2.

y el efecto de las supuestas conductas anticompetitivas se produjeron en un solo territorio: Bolivia. También sostuvo que la AEMP había aplicado la Decisión 608 por analogía debido a que Bolivia no contaba con una ley nacional en materia de defensa de la competencia, siendo que la aplicación de una norma por analogía está prohibida en materia sancionadora (penal o administrativa).³¹

La cuestión controvertida en el proceso interno consistía en determinar si la AEMP podía aplicar o no la Decisión 608 para investigar y sancionar una conducta anticompetitiva cuyo origen y efectos se circunscribían al territorio boliviano.

El 28 de julio de 2016, la Sala Plena del Tribunal de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de los arts. 5, 34 y 49 de la Decisión 608.

La corte andina absolvió la consulta mediante la Interpretación Prejudicial 472-IP-2016 del 7 de septiembre de 2018³².

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó lo referido al ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608 y sobre la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en esta ley andina en los términos señalados en interpretaciones prejudiciales previas. Adicionalmente, interpretó el sentido y alcance del art. 49 de dicha norma andina, que establecía que Bolivia podía aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en su art. 5.

El Tribunal mencionó que a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 solo Colombia y Perú tenían leyes nacionales de defensa de la competencia, por lo que se estableció que Bolivia (a través del art. 49 de la Decisión 608) y Ecuador (mediante el art. 1 de la Decisión 616) podían aplicar la Decisión 608 como su ley nacional de defensa de la libre competencia hasta que sus respectivos órganos legislativos aprobaran sus correspondientes leyes nacionales.³³

Con el objeto de brindar la mayor orientación posible a la autoridad consultante, el TJCA indicó que las partes pertinentes de la Decisión 608 que la autoridad boliviana de competencia podía haber aplicado como ley nacional eran las siguientes:³⁴

- a) Todo el capítulo I (definiciones).
- b) Del capítulo II, sus arts. 2 (objetivo de la norma), 3 (los principios jurídicos), 4 (las conductas prohibidas) y el último párrafo del art. 5 (sobre la competencia)

³¹ *Ibidem*.

³² Publicada en la GOAC núm. 3382 del 1 de octubre de 2018.

³³ Interpretación Prejudicial 472-IP-2016, pp. 12-13.

³⁴ *Ibidem*, p. 14.

de las autoridades nacionales).

- c) Todo el capítulo III (que tipifica como infracción las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, y define la posición de dominio).
- d) Respecto del capítulo IV (sobre el procedimiento), lo referido a la apertura de la investigación, el curso de la investigación, de la información, de la audiencia pública, de los compromisos, de las medidas cautelares, de las medidas correctivas y/o sancionatorias y de la ejecución de las medidas, pero teniendo en consideración lo siguiente:
 - (i) La autoridad boliviana de competencia era la encargada de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, así como de ejecutar las medidas cautelares y definitivas (medidas correctivas y sancionadoras);
 - (ii) No participaban en el procedimiento el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, las otras autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia y los organismos nacionales de integración; y,
 - (iii) No había necesidad de elaborar el Plan de Investigación.
- e) De las disposiciones finales, los arts. 43 (plazo de prescripción de las infracciones) y 44 (plazo de prescripción del procedimiento sancionador).

A modo de ejemplo no taxativo, explicó el TJCA, la autoridad boliviana de libre competencia podía iniciar el procedimiento de oficio o a pedido de parte; imputar las conductas previstas en los arts. 7 (prácticas colusorias horizontales y verticales) y 8 (abuso de una posición de dominio en el mercado) de la Decisión 608; ejercer las facultades de investigación contempladas en su art. 16; tratar la información de la investigación conforme lo señalado en sus arts. 23 y 24; convocar a la audiencia pública prevista en su art. 26; aprobar o denegar compromisos conforme a lo estipulado en sus arts. 27, 28, 29 y 30; y dictar las medidas cautelares, correctivas y sancionatorias previstas en sus arts. 31, 32 y 34.³⁵

9. El caso Azúcar (proceso 484-IP-2018)

Mediante Resolución 80847 del 7 de octubre de 2015, la SIC sancionó a la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia (en adelante, la **Asocaña**) y a diversos ingenios azucareros (entre ellos, al Ingenio Carmelita S.A.) por haber actuado en contravención del art. 1 de la Ley 155 de 1959 —prohibición general— y del núm. 10 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992 —acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización—. También sancionó a un número de personas naturales [entre ellos, al señor Jaime Vargas López (en lo sucesivo, el **señor Vargas**), representante legal del Ingenio Carmelita S.A.], por haber incurrido en la responsabilidad prevista

³⁵ *Ibidem*.

en el núm. 16 del art. 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el art. 26 de la Ley 1340 de 2009, consistente en colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta anticompetitiva sancionada.³⁶

La SIC comprobó que, para contrarrestar la amenaza que suponía para los intereses de los investigados la entrada a Colombia del azúcar proveniente del exterior, ellos concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia para evitar que aumentara la oferta o disminuyera el precio interno que pagaban los consumidores y la industria. Una estrategia desarrollada por los investigados para obstruir las importaciones de azúcar fueron las negociaciones con los ingenios bolivianos con el propósito exclusivo de controlar sus excedentes y procurar que estos no exportaran «ni un grano de azúcar a Colombia», y así evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos accedieran al producto a través de importaciones.³⁷

Mediante Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015, la SIC confirmó en gran medida³⁸ las sanciones impuestas en la Resolución 80847.

El 9 de agosto de 2016, el señor Vargas presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 80847 y 103652 de la SIC con un argumento similar al utilizado por el señor Trujillo en el caso de los Pañales desechables 1; esto es, que la conducta investigada y sancionada por la SIC era transfronteriza y no nacional. El señor Vargas indicó que la apertura de la investigación fue porque presuntamente los investigados establecieron una estrategia para restringir las importaciones de azúcar de origen boliviano a Colombia, lo cual evidentemente tenía injerencia subregional, pues afectaba las exportaciones bolivianas y las importaciones colombianas. Dado que la práctica investigada habría afectado a la subregión, agregó el señor Vargas, la competencia para investigarla era de la SGCA y no de la SIC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Decisión 608.³⁹

El 6 de septiembre de 2018, la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. solicitó al TJCA la interpretación prejudicial del art. 5 de la Decisión 608.

La corte andina absolvió la solicitud con la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del

³⁶ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 3961 de la misma fecha, p. 2.

³⁷ Resolución 80847 del Superintendente de Industria y Comercio del 7 de octubre de 2015, pp. 114-115.

³⁸ Se redujo la multa impuesta a la Asocaña y a 4 altos directivos de los ingenios azucareros, y se exoneró de responsabilidad (archivo del procedimiento) a 2 altos directivos.

³⁹ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, p. 3.

8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 3961 de la misma fecha.

En su interpretación prejudicial, el TJCA explicó lo referido al ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608, la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en esta ley andina, y el principio *non bis in idem* en materia de defensa de la libre competencia, tal como ya lo había desarrollado en la Interpretación Prejudicial 78-IP-2018 (caso Pañales desechables 1).

Adicionalmente, la corte andina desarrolló criterios jurídicos interpretativos respecto de las prácticas colusorias transfronterizas contempladas en los literales c) y d) del art. 7 de la Decisión 608, y sobre la necesidad de evitar espacios de impunidad.

Con relación a lo primero, el Tribunal explicó que el término «acuerdo» debe ser entendido de una manera bastante amplia, lo que comprende las prácticas concertadas (los acuerdos que se prueban con pruebas indirectas), las decisiones (adoptadas al interior de los gremios con carácter vinculante) y las recomendaciones (adoptadas al interior de los gremios con carácter no vinculante).⁴⁰

El literal c) del art. 7 de la Decisión 608 tipifica como modalidad de práctica colusoria los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de repartirse el mercado de bienes o servicios. En su interpretación prejudicial, el TJCA dio el siguiente ejemplo:

«...habrá reparto de mercado transfronterizo si las empresas bolivianas B1 y B2 y las empresas peruanas P1 y P2, todas ellas productoras de chocolates, se ponen de acuerdo en que los chocolates de B1 y B2 no se exportarán hacia Perú y los chocolates de P1 y P2 no se exportarán hacia Bolivia...»⁴¹

El literal d) del citado art. 7 tipifica como modalidad de práctica colusoria los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado, que es lo que se conoce como boicot. Para clarificar el entendimiento de este supuesto infractor, la corte andina mencionó estos dos ejemplos:

«...asumamos que las empresas peruanas de chocolates desean impedir el ingreso de chocolates provenientes de Bolivia. Calificará como acto de boicot el que las empresas peruanas adopten acuerdos conducentes a amenazar con represalias verosímiles a los fabricantes bolivianos de que no exporten sus chocolates hacia el Perú. En este ejemplo, el acuerdo se toma en Perú (lugar donde se produce la conducta anticompetitiva), pero su efecto se siente tanto en Perú como en Bolivia. En Perú porque debido al boicot los consumidores peruanos se ven privados de consumir los chocolates bolivianos. Y en Bolivia porque los empresarios bolivianos están dejando de percibir ingresos al no atender la demanda peruana.

Otro ejemplo sería el siguiente. Asumamos que los chocolates bolivianos ya ingresaron

⁴⁰ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

al mercado peruano y se pueden encontrar en los supermercados ubicados en ciudades peruanas, habiendo alcanzado el 10% de participación del mercado relevante. Ahora consideremos que los empresarios peruanos fabricantes de chocolates, que en conjunto tienen el 90% restante, amenazan a los supermercados peruanos a que dejen de comprar los chocolates bolivianos, de lo contrario ellos dejarían de venderles los chocolates peruanos. Esta práctica de boicot se realiza en Perú y tiene efectos en Perú y en Bolivia. En Perú porque debido al boicot los consumidores peruanos se ven privados de consumir los chocolates bolivianos. Y en Bolivia porque los empresarios bolivianos están dejando de percibir ingresos al no atender la demanda peruana.»⁴²

Tratándose de lo segundo, la corte andina desarrolló la teoría de la «doble barrera» en el ámbito del derecho andino de defensa de la competencia con el objeto de evitar espacios de impunidad⁴³; es decir, evitar que los administrados busquen anular las sanciones nacionales alegando la presencia de un efecto transfronterizo. Como es fácil que un producto (objeto de un cártel nacional) sea vendido o revendido en otro país miembro, los cárteles nacionales podrían alegar, con el objeto de burlar a la autoridad nacional, que el acuerdo tuvo un efecto transfronterizo. Así, anularían las investigaciones y sanciones establecidas por la autoridad nacional de competencia bajo el entendido de que una o más unidades del producto objeto de la práctica colusoria se vendieron en otro país miembro al precio cartelizado. Si las empresas lograran anular las sanciones nacionales y la SGCA no pudiese investigar debido a la prescripción de la sanción, se crearían espacios de impunidad que nunca quiso el legislador andino.

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, «doble barrera» es la doctrina según la cual pueden aplicarse, al mismo tiempo y a un mismo hecho, normas de derecho comunitario y normas de derecho nacional de un Estado miembro reguladoras de la libre competencia⁴⁴. Esta teoría nace en la Sentencia Walt Wilhelm del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) del 13 de febrero de 1969 (Asunto 14/68), en la que se dijo lo siguiente:

«(...)

Considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes;

que, en efecto, en tanto que el artículo 85 considera las prácticas colusorias en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas valoran dichas prácticas sólo en el marco de las consideraciones particulares en que se inspira cada ordenamiento.

⁴² *Ibidem*, p. 15.

⁴³ *Ibidem*, pp. 15-17.

⁴⁴ Fuente:
<https://dpej.rae.es/lema/doble-barrera#:~:text=Eur.,reguladoras%20de%20la%20libre%20competencia>
(Consulta: 22 de diciembre de 2023).

Considerando que por la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas consideradas, la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los casos de criterio determinante para fijar las competencias;

que, sin embargo, ello implica que una misma práctica colusoria puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias conforme al artículo 85 del Tratado CEE, y otro ante las autoridades nacionales de acuerdo con el Derecho interno;

(...)

...Considerando que, con su segunda cuestión, el Kammergericht pretende que se dilucide si “el riesgo de llegar a una doble sanción impuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas y por la autoridad nacional competente en materia de prácticas colusorias [...] se opone” a que puedan tramitarse por el mismo hecho dos procedimientos paralelos, uno comunitario y el otro nacional.

...Considerando que la posibilidad de una acumulación de sanciones no podría excluir la tramitación de dos procedimientos paralelos con fines distintos;

que, sin perjuicio de los requisitos y límites indicados en la respuesta dada de la primera cuestión, la procedencia de este doble procedimiento se deriva en efecto del particular sistema de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de prácticas colusorias;

que si, no obstante, la posibilidad de un doble procedimiento diera lugar a una acumulación de sanciones, una exigencia general de equidad, que se encuentra por lo demás recogida al final del párrafo segundo del artículo 90 del Tratado CECA, requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera;

(...))»

Como puede apreciarse de la Sentencia Walt Wilhelm, en la medida que el ordenamiento comunitario tiene una finalidad distinta al nacional, es posible que una misma práctica colusoria sea sancionada por la autoridad nacional y por la autoridad supranacional —la Comisión, en la Unión Europea; la SGCA, en la Comunidad Andina—.

En palabras de María Pilar Canedo Arrillaga, conforme a la teoría de la doble barrera, a un mismo acuerdo entre empresas se puede aplicar la regulación comunitaria y, acumulativamente, la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose, incluso, supuestos de doble sanción.⁴⁵

Comentando la Sentencia Walt Wilhelm, Fernando de la Vega García afirma que una misma conducta anticompetitiva podría ser objeto de dos procedimientos paralelos —uno ante la Comisión y otro ante los órganos competentes de uno de los Estados

⁴⁵ María Pilar Canedo Arrillaga, *El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno*, en *Ekonomiaz*, núm. 61, primer cuatrimestre, 2006, pp. 84-85.

miembros—, pues las normas derivadas de la Unión Europea protegen un mercado distinto al de cada uno de los Estados miembros, lo que es un elemento clave para resolver la vulneración o no del principio *non bis in idem*.⁴⁶

Si el bien jurídico protegido por la Decisión 608 no es el mismo que el protegido por la legislación nacional, no habría vulneración del principio *non bis in idem*, incluso si se ha investigado (o sancionado) a las mismas personas y por el mismo hecho. En este caso habría una doble identidad, pero no una triple, y es esta última la necesaria para activar el mencionado principio ordenador del derecho administrativo sancionador.

Con mayor razón no habría vulneración del principio *non bis in idem* si no hay identidad en el bien jurídico protegido ni en las personas investigadas (o sancionadas). En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 se pone un ejemplo de un acuerdo colusorio transfronterizo entre empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas que producen y comercializan conservas enlatadas de atún⁴⁷. En dicho ejemplo, el TJCA acepta, aplicando la teoría de la doble barrera, que la SGCA sería competente para sancionar a las empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas por el acuerdo transfronterizo y en función de la afectación del mercado subregional andino, mientras que la SCE sería competente para sancionar a las empresas ecuatorianas —por la ejecución del acuerdo transfronterizo— en función únicamente del mercado ecuatoriano. No habría violación del principio *non bis in idem*, pues:

- a) Las personas sancionadas no serían las mismas. La SGCA habría sancionado a empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas (por la afectación de la conducta anticompetitiva al mercado subregional), mientras que la SCE habría sancionado únicamente a empresas ecuatorianas (por la afectación de la conducta anticompetitiva al mercado ecuatoriano).
- b) El bien jurídico protegido por la Decisión 608 no es el mismo que el protegido por la LORCPM, que es la ley nacional de defensa de la competencia del Ecuador aprobada el 2011.

En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, el TJCA precisó lo siguiente:

«...La Decisión 608 no reconoce a los agentes económicos involucrados en una investigación el derecho de exigir a la autoridad nacional que esta verifique la existencia del efecto transfronterizo, como tampoco a solicitar la inhibición de dicha autoridad sobre la base de considerar la existencia de un efecto transfronterizo.

⁴⁶ Fernando de la Vega García, *Doble sanción [«doble barrera»] y principio «non bis in idem»* [STJUE de 3 de abril de 2019], en blog *Derecho de la Competencia – Antitrust law*. Fuente: <https://derechoycompetencia.blogspot.com/2019/05/doble-sancion-doble-barrera-y-principio.html> (Consulta: 22 de diciembre de 2023).

⁴⁷ Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, pp. 17-19.

...Las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo. El ejercicio de esta potestad no perjudica ni condiciona la competencia de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. Para entender esto regresemos al ejemplo del reparto de mercado de chocolates antes mencionado.

...En el ejemplo, el acuerdo es realizado tanto por empresarios bolivianos (B1 y B2) como peruanos (P1 y P2). Visto el asunto (del ejemplo) en conjunto, correspondería a la SGCA realizar la investigación en el marco de la Decisión 608. En este caso la SGCA realizaría la investigación tomando en consideración un acuerdo que involucra tanto a los empresarios peruanos como a los empresarios bolivianos y los efectos nocivos del acuerdo sobre los consumidores peruanos y bolivianos. Sin embargo, ello no debería impedir que, por ejemplo, la autoridad peruana de defensa de la libre competencia decida llevar a cabo una investigación centrada únicamente en el acuerdo tomado por los empresarios peruanos y considerando únicamente los efectos sobre los consumidores peruanos. Esta posibilidad no viola el principio *non bis in idem* (...) en la medida que no habría exacta identidad con relación a las personas investigadas, lo que podría permitir que los empresarios peruanos sean investigados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y que los empresarios bolivianos más los empresarios peruanos sean investigados por la SGCA.»⁴⁸

La teoría de la doble barrera descansa en las expresiones del TJCA en cuanto a que las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo y que el ejercicio de esta potestad no perjudica ni condiciona la competencia de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. Dicho en otras palabras, una conducta anticompetitiva transfronteriza que, por ejemplo, abarca a dos o tres países miembros de la Comunidad Andina podría ser investigada y sancionada por la SGCA, sin perjuicio de que las autoridades nacionales de dichos países limiten su investigación a las empresas involucradas domiciliadas en dichos países y por los efectos anticompetitivos sentidos en dichos países.

Aplicando los criterios jurídicos interpretativos desarrollados por el TJCA en los casos Pañales desechables 1 (Interpretación Prejudicial 78-IP-2018) y Azúcar (Interpretación Prejudicial 484-IP-2018), en particular la teoría de la doble barrera, no hay forma de que la judicatura colombiana anule la sanción impuesta por la SIC a la Asocaña y diversos ingenios azucareros, incluso en el supuesto de que se demuestre, en sede judicial, que la conducta anticompetitiva fue, en rigor, transfronteriza.

10. El caso Pañales desechables 2 (proceso 506-IP-2018), relacionado con el caso Papeles suaves

Otra persona natural sancionada por la SIC a través de la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016 fue el señor Luis Felipe Puerto Tobón (en adelante, el **señor Tobón**), vinculado a Tecnoquímicas.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

Como el señor Tobón también impugnó las Resoluciones 43218 y 86817 (del 16 de diciembre de 2016) de la SIC, esta vez fue el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali el que solicitó interpretación prejudicial al TJCA.

La corte andina absolvió la solicitud mediante Interpretación Prejudicial 506-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC núm. 4007 del 19 de junio de 2020, que es prácticamente idéntica a la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 (caso Azúcar).

11. El caso Pfizer (proceso 02-IP-2019)

En atención a la denuncia que formularan el 15 de julio de 2009, Sionpharm Cía. Ltda. y otras seis empresas, mediante Resolución MIPRO-001-2011 del 6 de abril de 2011, el Ministerio de Industrias y Productividad⁴⁹ sancionó a la empresa Pfizer Ireland Pharmaceuticals (en adelante, **Pfizer**) por haber abusado de su posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales o litigación predatoria entre los años 2006 y 2010, tipificado, según dicha autoridad, en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608.

Según el mencionado ministerio, que en aquella época era la autoridad de defensa de la competencia del Ecuador, Pfizer, empresa productora y comercializadora del producto Viagra (sildenafil), interpuso diversas acciones administrativas y judiciales (solicitudes de medidas cautelares) contra sus competidores con el objeto de evitar la comercialización de medicamentos (genéricos) que tenían al sildenafil como principio activo.

Pfizer interpuso recurso de reposición y pedido de ampliación contra lo resuelto por el Ministerio de Industrias y Productividad, los que fueron rechazados por esta entidad pública.

Pfizer presentó demanda de nulidad contra los pronunciamientos del Ministerio de Industrias y Productividad, alegando que la Decisión 608 entró en vigor en Ecuador como norma nacional de defensa de la libre competencia recién el 27 de marzo de 2009 con la publicación del Decreto Ejecutivo 1614, que no tuvo posición de dominio, entre otros argumentos.

El 18 de diciembre de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo núm. 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de los arts. 8 (literal g), 9 y 34 de la Decisión 608, así como de la Decisión 616⁵⁰ que establecía lo siguiente:

⁴⁹ Hoy denominado Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca.

⁵⁰ Norma andina que aprobó la entrada en vigencia de la Decisión 608 (como ley nacional de defensa de la libre competencia) para la República del Ecuador, del 15 de julio de 2005, publicada en la GOAC núm. 1221 del 25 de julio de 2005.

«**Artículo 1.-** Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.

Artículo 3.- Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608:

“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”

Artículo 4.- La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.»

La corte andina absolvió la consulta con la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020, publicada en la GOAC núm. 4126 del 14 de dicho mes.

En primer lugar, el TJCA explicó en su interpretación prejudicial que la Decisión 608, como norma supranacional de defensa de la competencia —que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas transfronterizas— entró en vigor para Ecuador el 26 de julio de 2005.⁵¹

El segundo tema analizado por el Tribunal fue lo relativo a la entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador; es decir, como norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas nacionales.

Sobre el particular, la corte andina mencionó que no tenía sentido proteger a los consumidores del territorio de un país miembro únicamente respecto de las conductas anticompetitivas originadas en otro u otros países miembros (infracción transfronteriza), y no así con relación a las conductas anticompetitivas generadas en su propio territorio (infracción nacional). Una vez vigente la Decisión 608, si un país miembro carecía de ley nacional de defensa de la libre competencia, como era el caso del Ecuador, los consumidores de dicho país se encontrarían en una situación de desventaja con relación a los consumidores de los otros países miembros.⁵²

Según el TJCA, la *ratio legis* de la Decisión 616 fue otorgar a los consumidores ecuatorianos el mismo nivel de protección del que ya gozaban los consumidores bolivianos, colombianos y peruanos con relación a las conductas anticompetitivas

⁵¹ Interpretación Prejudicial 02-IP-2019, p. 15.

⁵² *Ibidem*, p. 14.

transfronterizas y nacionales.⁵³

La corte andina efectuó una interpretación sistemática de los arts. 1 y 2 de la Decisión 616, en el sentido de que entre el 26 de julio y el 1 de agosto de 2005 Ecuador tenía la obligación de designar a la autoridad nacional encargada de aplicar la Decisión 608 como ley nacional de defensa de la competencia, por lo que, para cumplir con dicha obligación, esta ley andina necesariamente debió entrar en vigor en Ecuador, como ley nacional, el 26 de julio de ese año.⁵⁴

Como tercer tema, el Tribunal identificó el articulado de la Decisión 608 que la autoridad ecuatoriana de defensa de la competencia podía haber aplicado como ley nacional, tal como lo había hecho para Bolivia en el Caso Cerveza (Interpretación Prejudicial 472-IP-2016).

El cuarto asunto abordado fue la exposición de criterios para determinar el mercado relevante, asunto que había sido objeto de cuestionamiento por parte de Pfizer en el proceso interno.

El TJCA explicó que el mercado relevante es el ámbito en el que una empresa ostenta o no posición de dominio, y que dicho ámbito está compuesto, a su vez, por el producto (o servicio) relevante y el mercado geográfico relevante.

El producto relevante es el bien producido o comercializado por la empresa investigada y respecto del cual estaría presuntamente abusando más todos aquellos productos que, por razones de precio, calidad, características, finalidad, modo de uso, entre otros, son sustitutos razonables (razonablemente intercambiables) del mencionado bien. Para efectuar este análisis (de sustituibilidad de la demanda), la corte andina consideró pertinente utilizar la metodología del monopolista hipotético y el *test* del pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio. También consideró apropiado incorporar el análisis de sustituibilidad de la oferta en esta etapa si es que hay fabricantes de otros productos que de manera fácil y rápida pueden producir lo previamente definido como producto relevante.⁵⁵

El mercado geográfico relevante, por su parte, es el espacio físico hasta donde irían los agentes económicos para buscar alternativas de aprovisionamiento del producto relevante en caso un monopolista hipotético efectuara un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio del producto relevante. Para definir el mercado relevante, la autoridad debe tener en consideración factores tales como el costo del transporte (fletes y seguros), el impacto de este costo en el precio de la mercadería, los costos de importar el producto de otro país (v.g., aranceles), las restricciones a las

⁵³ *Ibidem*, pp. 13-15.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 15-18.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 21-23.

importaciones (v.g., salvaguardias), etc.⁵⁶

El quinto asunto fue lo concerniente a si la figura de la litigación predatoria se encuentra o no inmersa en el tipo abierto previsto en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608⁵⁷, que establece lo siguiente:

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

(...)

- 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.»

La corte andina mencionó que los tipos infractores mencionados en el art. 8 de la Decisión 608 son *numerus apertus*, y que el ilícito tipificado como tipo abierto en su literal g) es toda conducta de la empresa dominante que levanta una barrera, que genera un sobre costo o que provoca una dificultad a los competidores actuales o potenciales que no se refleja en menores precios, mejor calidad, mayor variedad, acceso más fácil y/o rápido de los productos o servicios, o en mejores servicios de pre o post venta.⁵⁸

El TJCA explicó que una modalidad de conducta anticompetitiva son las prácticas predatorias, las que tienen un efecto de exclusión (efecto exclusorio) debido a que la empresa dominante asume costos menores para perjudicar a sus competidores, quienes asumen costos mayores⁵⁹. Sobre la litigación predatoria, el TJCA mencionó lo siguiente:

«...Cuando una empresa dominante utiliza de manera abusiva y reiterada procesos administrativos o jurisdiccionales contra uno o más de sus competidores reales o potenciales, les impone un sobre costo, que los fuerza a salir del mercado, o les provoca una dificultad que les impide acceder al mercado; y en ambos casos el efecto exclusorio no deviene de alguna eficiencia económica (un menor precio, una mejor calidad), sino del costo de defenderse del proceso administrativo o judicial, y del costo económico que significa, por ejemplo, asumir medidas cautelares que, mientras el litigio se discute, suspenden o paralizan el ingreso del competidor al mercado. Así, la dificultad del competidor potencial de entrar al mercado, no deriva de la dificultad de vencer el menor precio o la mejor calidad del producto o servicio de la empresa dominante, sino del

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁵⁷ El autor del presente trabajo académico, cuando se desempeñaba como secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, participó en la elaboración de la Decisión 608, y fue quien propuso, entre otras disposiciones, el literal g) del art. 8 de la Decisión 608.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 27-28.

bombardeo de medidas cautelares que esta articula con el único propósito de restringir la competencia.»⁶⁰

La corte andina concluyó que la figura de la litigación predatoria encaja en el tipo abierto previsto en el literal g) del art. 8 de la Decisión 608, y que una modalidad de dicha figura es el abuso de procesos legales relacionados con derechos de propiedad intelectual, como, por ejemplo, la presentación de denuncias o demandas por infracción de derechos de propiedad industrial (patentes de invención, marcas, nombres comerciales, etc.) con la única intención de afectar el acceso o permanencia de los competidores en el mercado.⁶¹

En su interpretación prejudicial, el TJCA precisó que el abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial es un asunto que le concierne a la autoridad de defensa de la libre competencia, no a la autoridad de propiedad industrial. Es la primera, la que debe analizar si se ha utilizado o no de manera abusiva y reiterada procesos administrativos, jurisdiccionales o regulatorios con el propósito o el efecto de restringir la competencia, y ella no sustituye a la autoridad de propiedad industrial ni es superior jerárquico de esta, como tampoco es una autoridad que revoca, anula o de alguna manera deja sin efecto las decisiones adoptadas por la autoridad de propiedad industrial.⁶²

Para concluir lo relacionado con la litigación predatoria, el Tribunal planteó los siguientes criterios a modo de metodología de análisis de esta controversial figura del derecho de la competencia:⁶³

- a) La litigación predatoria es una modalidad de abuso de posición de dominio que busca obstaculizar la permanencia de competidores en el mercado, o de impedir o retrasar su entrada al mercado.
- b) La litigación predatoria constituye el ejercicio abusivo del derecho de acción y/o de petición, y se expresa en una pluralidad de procesos administrativos, jurisdiccionales (judiciales, constitucionales o arbitrales) y/o regulatorios.

De manera muy excepcional se podrá tomar en consideración un solo proceso legal como prueba del abuso.

- c) Tratándose de una pluralidad de acciones legales, la autoridad de competencia debe averiguar cuál es la finalidad de tales acciones.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 31-33.

⁶² *Ibidem*, pp. 32-33.

⁶³ *Ibidem*, pp. 37-39.

Si la finalidad no es proteger genuinamente los derechos o intereses de la empresa con posición de dominio, sino de hostigar o acosar al competidor o competidores; es decir, que las acciones legales han sido concebidas (en conjunto) en el marco de un plan (o patrón) que tiene el propósito de restringir la competencia, habrá abuso.

- d) El análisis sobre la finalidad de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio tiene carácter prospectivo. No se requiere que los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios cuestionados hayan concluido.
- e) Para evaluar la finalidad de las acciones legales, la autoridad de competencia podrá tener en consideración, entre otros, los siguientes criterios meramente enunciativos:
 - (i) Si el aparente beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación. Esto lo que demostraría es que hay un beneficio colateral: impedir o retrasar la entrada del competidor o competidores al mercado.
 - (ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo y posiblemente bajo los mismos argumentos.
 - (iii) El número de acciones legales interpuestas, el lugar y fecha de su interposición, los competidores destinatarios de tales acciones y los efectos que puedan tener dichas acciones sobre ellos.
 - (iv) La existencia de pronunciamientos previos desfavorables, y que a pesar de esto la empresa con posición de dominio emprende acciones legales conducentes a solicitar o denunciar aquello que antes le fue negado.
 - (v) El uso de medidas cautelares con el único propósito de retrasar en cuanto sea posible, mientras no haya un pronunciamiento firme, la entrada del competidor o competidores al mercado.

Los criterios (i), (ii), (iii), (iv) y (v) no son acumulativos ni concurrentes. Serán utilizados en función de las pruebas que obren en el expediente, de las circunstancias del caso en concreto materia de investigación y del número de acciones legales emprendidas por la empresa dominante.

- f) En ningún caso la autoridad de competencia sustituye a las autoridades competentes que van a resolver o ya resolvieron los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios emprendidos por la empresa dominante.
- g) La autoridad de competencia no necesita evaluar el fundamento de cada acción legal (que probablemente lo tenga), sino que debe indagar sobre la intención detrás del conjunto de todas las acciones legales emprendidas por la empresa dominante.

El último asunto abordado en la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 fue lo relacionado a las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608, las cuales son independientes unas de otras.

El TJCA explicó que la autoridad de competencia puede, a modo de ejemplo, dictar cualesquiera de las siguientes medidas correctivas relacionadas con los supuestos de abuso de posición de dominio:⁶⁴

- a) Frente al establecimiento injustificado de una distribución exclusiva, el mandato ordenando la inoponibilidad del contrato o cláusula anticompetitiva que sustenta dicha restricción.
- b) Ante la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos, el mandato ordenando la eliminación de la venta atada, o la ineficacia de la cláusula de atadura.
- c) Por la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocando a la empresa discriminada en desventaja competitiva con relación a tales terceros, el mandato ordenando que el infractor conceda a la empresa discriminada las mismas condiciones comerciales ofrecidas a dichos terceros.
- d) Frente a la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, el mandato ordenando la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones.
- e) Ante a 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, el mandato ordenando el cese del boicot, la obligación de contratar —inclusive bajo determinadas condiciones—, el acceso a una asociación u organización de intermediación, etc.

En la medida que la prohibición y sanción de la litigación predatoria como abuso de posición de dominio cuestiona el ejercicio mismo de los derechos de acción y de petición (derechos constitucionales), resulta una figura controversial dentro del derecho de la competencia, lo que explica que haya sido poco utilizada por las autoridades de competencia, y cuando ha sido utilizada, rara vez ha habido sanción. Una de las pocas sanciones que se conoce en los países de la Comunidad Andina es la que aplicó la autoridad ecuatoriana a Pfizer el 2011.

En ese contexto, la metodología planteada por la corte andina busca brindar orientación a las autoridades de competencia sobre el análisis de los casos que involucren el abuso de procesos legales, de manera que ellas tengan parámetros sobre

⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

la evaluación de las acciones legales —denuncias, oposiciones, apelaciones, demandas, medidas cautelares, etc.— que articulan un esquema de actuación conjunta que lo que persigue es restringir la competencia. Como bien explicó el TJCA, no se trata de que la autoridad de competencia se convierta en superior jerárquico de las autoridades que están conociendo las acciones legales, sino que el rol de aquella es analizar el planteamiento conjunto de tales acciones a efectos de averiguar la intencionalidad de la empresa dominante: si esta está genuinamente protegiendo sus derechos o intereses o si, por el contrario, lo único que busca es impedir el ingreso, o retrasar el ingreso, de sus competidores.

En cuanto a las sanciones, el TJCA indicó que la multa, para ser disuasiva, debe ser superior al beneficio esperado de cometer la infracción —que es lo que el infractor esperaba ganar, o dejar de perder, o ahorrar, al cometer la infracción—. Si la multa fuera menor, cometer la infracción sería rentable. Para efectuar un cálculo más preciso del beneficio esperado, hay que relacionar este monto con la probabilidad de detección.⁶⁵

12. Conclusiones

La Comunidad Andina es el proceso de integración jurídica, económica y social más exitoso y longevo de Sudamérica. Después de 54 años de creación ha logrado consolidar la armonización de políticas y legislación, la supranacionalidad y un área de libre comercio.

El buen funcionamiento del programa de liberación de bienes, que es el sustento normativo del área de libre comercio, requiere que los países miembros no establezcan —con su *ius imperium*— restricciones al comercio y que los agentes económicos (privados y públicos) no distorsionen —con sus decisiones empresariales— la competencia en el mercado subregional andino. Es por ello que el art. 93 del Acuerdo de Cartagena previó tempranamente la dación de una ley andina de defensa de la competencia, que a la fecha es la Decisión 608, publicada en abril de 2005.

El TJCA es el intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario andino. Entre los años 2017 y 2020, ha emitido criterios jurídicos interpretativos en acciones de nulidad e interpretaciones prejudiciales que explican el sentido de diversas disposiciones de la Decisión 608. La sentencia, autos e interpretaciones prejudiciales mencionados en el presente documento evidencian que la corte andina ha explicado de manera específica y técnica el alcance del articulado y de las instituciones jurídicas inmersas en la ley andina de defensa de la libre competencia.

Los casos Angelcom (proceso 05-AN-2015), Pañales desechables 1 y 2 (procesos 78-IP-2018 y 506-IP-2018), Cerveza (proceso 472-IP-2016) y Azúcar (proceso 484-IP-2018) revelan que el asunto más controvertido y consultado ha sido establecer una clara diferenciación entre la competencia (administrativa) de las autoridades nacionales y la autoridad supranacional (la SGCA) de defensa de la competencia

⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

(económica), lo que se relaciona con el art. 5 de la Decisión 608. En dicha jurisprudencia, el TJCA ha explicado con detalle el ámbito de aplicación objetivo de esta ley andina, lo que se entiende por «efectos reales», la naturaleza del procedimiento de investigación previsto en dicha ley y la aplicación del principio *non bis in idem*, y, para evitar espacios de impunidad, introdujo la teoría de la «doble barrera», doctrina esta que ya había sido desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Walt Wilhelm de 1969.

En aplicación del principio *non bis in idem* (que exige la presencia de la triple identidad: los mismos sujetos, el mismo hecho y el mismo bien jurídico protegido) y la teoría de la doble barrera, una misma conducta anticompetitiva podría ser investigada y sancionada por las autoridades nacionales y supranacional de defensa de la competencia. Si los agentes económicos investigados (o sancionados) no son exactamente los mismos, no hay vulneración del mencionado principio, y el TJCA ha señalado que las autoridades nacionales tienen la potestad de limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo, lo que no perjudica ni condiciona la potestad de la SGCA para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza. A esto hay que agregar que si el bien protegido por la ley nacional difiere del previsto en la Decisión 608, no se cumple otro de los supuestos de la triple identidad que exige la aplicación del mencionado principio ordenador del derecho administrativo sancionador. En la sentencia Walt Wilhelm, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que la finalidad de la norma comunitaria no es la misma que la de la ley nacional. Esta afirmación es aplicable al derecho andino, en el que la Decisión 608 protege al mercado subregional andino, mientras que las legislaciones internas a los mercados nacionales.

Los casos Cerveza y Pfizer (proceso 02-IP-2019) evidencian la importancia de haber previsto la aplicación de la Decisión 608 como la ley nacional de defensa de la competencia para Bolivia (por mandato del art. 49 de la Decisión 608) y Ecuador (por mandato del art. 1 de la Decisión 616) en tanto las autoridades legislativas de estos países no aprobaran sus correspondientes leyes nacionales. Aplicando la Decisión 608, la autoridad de competencia boliviana sancionó a una empresa cervecera por abuso de posición de dominio el 2010, y la ecuatoriana hizo lo propio el 2011 con relación a una empresa farmacéutica. En sus interpretaciones prejudiciales, la corte andina no solo validó la competencia ejercida por las mencionadas autoridades hace más de doce años, sino que precisó el articulado de la ley andina de competencia que ellas pudieron haber aplicado como ley nacional.

Los casos Papeles suaves (capítulos 1 y 2) permitieron al TJCA explicar qué actos administrativos emitidos al interior del procedimiento de investigación de una conducta anticompetitiva transfronteriza son susceptibles de impugnación a través de la acción de nulidad, la cual reviste la forma de un proceso contencioso administrativo si es que el control de legalidad se plantea respecto de actos administrativos. Son impugnables únicamente los actos administrativos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica subjetiva; los que ponen fin a la investigación; los que, sin poner fin al procedimiento, hacen imposible su continuación; y todos aquellos que causan indefensión. No es impugnabile la resolución de apertura de la investigación (el acto

administrativo de imputación de cargos), pues no hay un derecho subjetivo o interés legítimo a no ser investigado. Tampoco es impugnabile la resolución que ha sido cuestionada a través de un recurso de reconsideración. Lo que sí es impugnabile es la decisión que resuelve, de manera definitiva, dicho recurso.

El caso Papeles suaves (capítulo 2) dio motivo a la corte andina para explicar, como cuestión previa, la importancia de los programas de clemencia (*leniency program*) —denominados también de delación compensada— como herramientas para la detección y sanción de los cárteles, las conductas anticompetitivas más nocivas para los consumidores. El TJCA explicó que la información aportada por los delatores en los programas de clemencia es confidencial y que no debería ser usada en su contra en otra clase de procesos administrativos o judiciales.

El caso Angelcom dilucida, con relación al art. 43 de la Decisión 608, que el momento de la suspensión del plazo de prescripción de las infracciones es, si la investigación se inicia de oficio (por la SGCA), con la resolución de imputación de cargos; y si es a pedido de parte, con la denuncia presentada por esta. El caso Azúcar, por su parte, al analizar los literales c) y d) del art. 7 de la referida ley andina, permitió que el TJCA explique con ejemplos los tipos infractores de reparto de mercados y de boicot, dos modalidades de prácticas colusorias transfronterizas.

El caso Pfizer, adicionalmente a lo mencionado, sirvió para aclarar que los tipos infractores previstos en el art. 8 de la Decisión 608 (modalidades de abuso de posición de dominio) son *numerus apertus*; que el tipo abierto contemplado en el literal g) de dicho artículo recoge, entre otras, a la figura conocida como abuso de procesos judiciales o litigación predatoria, y que una forma de expresar esta modalidad es sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial (patentes de invención, marcas, nombres comerciales). En el caso Pfizer, el TJCA esbozó criterios que dan forma a una metodología de análisis de la litigación predatoria, una de las instituciones más controversiales del derecho de la competencia, y por ello, precisamente, poco aplicada por las autoridades.

El capítulo 3 del caso Papeles suaves (procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021) quedó inconcluso, a la espera de que el TJCA emita sentencia. Solos en dos ocasiones la SGCA ha impuesto sanciones por la comisión de conductas anticompetitivas transfronterizas. La primera vez lo hizo el 2006, cuando sancionó —aplicando como norma sustantiva la Decisión 285 de 1991 y como procesal la Decisión 608— al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones (Fedepalma) de Colombia por haber fijado concertadamente el precio del aceite crudo de palma/palmiste colombiano tanto para el mercado interno como para la exportación. El TJCA anuló dicha sanción el 2008.⁶⁶

La segunda fue a los Grupos Kimberly y Familia, a través de sus Resoluciones 2006 (2018) y 2236 (2021), al plantear la SGCA que los gerentes de Kimberly Colombia y

⁶⁶ Para mayor conocimiento de este caso, se recomienda ver: Hugo R. Gómez Apac, *El control de las conductas anticompetitivas transfronterizas en la Comunidad Andina*, op. cit., pp. 410-411.

Familia Colombia (empresas matrices) habrían ordenado a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador (empresas subsidiarias) acordar el precio de diversos productos de papel suave para el mercado ecuatoriano entre los años 2006 y 2013.

Las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA han sido impugnadas vía acción de nulidad ante el TJCA. Independientemente de si el órgano jurisdiccional anule o no los pronunciamientos del órgano ejecutivo del proceso de integración andino, la sentencia que se dicte analizará por primera vez la aplicación sustantiva de la Decisión 608 a un caso concreto, y como tal, posiblemente, establecerá criterios jurídicos interpretativos relevantes sobre el derecho de la competencia andino.

El mayor bienestar de los más de 115 millones de consumidores andinos es el objetivo general del proceso de integración andino y el específico de la ley andina de defensa de la libre competencia. La sentencia, los autos e interpretaciones prejudiciales mencionados en el presente trabajo académico demuestran el funcionamiento del sistema andino de solución de controversias y evidencian que la jurisprudencia de la corte andina es la sangre que recorre las venas del ordenamiento comunitario andino.

El libre comercio y la defensa de la competencia son elementos esenciales en la integración andina. Ambos promueven que los consumidores andinos disfruten de una mayor variedad de productos a menores precios y de mejor calidad. Conocedor de este beneficio, el TJCA ha buscado, a través de su jurisprudencia, armonizar las competencias de las autoridades nacionales con la de la SGCA, de modo que, en lugar de encontrar espacios de conflicto y debilitamiento institucional, ha empoderado a las mencionadas autoridades para que las investigaciones y sanciones por ellas efectuadas y establecidas sean eficaces. La teoría de la doble barrera podrá no gustar a las empresas y a sus abogados, pero ella garantiza que la Decisión 608 no sea utilizada indebidamente para perjudicar la labor funcional de las autoridades nacionales.

La SGCA, las autoridades nacionales, los agentes económicos y los profesionales (abogados, economistas) inmersos en el derecho de la competencia tienen en la jurisprudencia del TJCA una guía de entendimiento de la aplicación de la Decisión 608. Futuros casos que tramite la SGCA, así como nuevas solicitudes de interpretación prejudicial, permitirán a la corte andina desarrollar nuevos criterios jurisprudenciales, así como precisar y ampliar los ya existentes, una tarea de nunca acabar en la construcción del derecho de la competencia andino.

Grandes retos le deparan al derecho de la competencia andino. La Decisión 608 es una norma perfectible, pero en tanto el legislador andino no la modifique o la sustituya, le corresponde al TJCA salvaguardar la aplicación eficiente y justa de esta ley andina. Una jurisprudencia coherente y consistente genera predictibilidad y permite una orientación clara a los países miembros, a los órganos comunitarios y a los ciudadanos andinos (empresas y consumidores), lo que se traduce en una fuerza que cohesiona la integración, lo que a su vez es garantía de paz y prosperidad económica, la razón de ser de la Comunidad Andina.

Quito, diciembre de 2023.

