



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

RESOLUCIÓN N° 2017	Resuelve la solicitud de medidas cautelares referida a la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 y del procedimiento de recurso de reconsideración	1
---------------------------	---	---

RESOLUCIÓN N° 2017

Resuelve la solicitud de medidas cautelares referida a la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 y del procedimiento de recurso de reconsideración

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

VISTOS: Los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena; las Decisiones 425 y 608, y las Resoluciones 1883 y 2006 de la Secretaría General;

CONSIDERANDO:

- [1] Que el 20 de octubre de 2016 se recibió una comunicación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador (en adelante SCPM), mediante la cual solicitó el inicio de una investigación respecto 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., las cuales habrían incurrido en violación del régimen de competencia andino;
- [2] Que con dicha solicitud se adjuntaron como pruebas: i) Copia certificada de la declaración del señor Rafael Hincapié Camader de fecha 09 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; ii) copia del Acta de Reunión de fecha 17 de noviembre de 2014; iii) Copia del Acta de Reunión de fecha 28 de enero de 2015; iv) Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha 13 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; v) Copia del Acta de Reunión de fecha 19 de febrero de 2015; y, vi) CD con el audio de la teleconferencia entre los funcionarios de la SCPM y el señor Luis Fernando Palacio del 19 de febrero de 2015;
- [3] Que los adjuntos referidos en el párrafo anterior fueron certificados por la SCPM como desclasificados mediante Oficio N° SCPM-SG-071-2016 de fecha 10 de noviembre de 2016;
- [4] Que mediante la Resolución N° 1883 de 11 de noviembre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 2871 de 14 de noviembre de 2016, se resolvió disponer el inicio de la investigación solicitada por la SCPM;



- [5] Que mediante la Resolución N° 2006 de 28 de mayo de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 3292 de la misma fecha, la Secretaría General declaro fundada la denuncia presentada por la 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;
- [6] Que mediante la referida Resolución se sancionó a las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A. con la suma de US\$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América), a ser pagada de manera solidaria; y a las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de US\$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;
- [7] Que mediante comunicaciones de fecha 11 de julio de 2018, la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A., el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en representación de la República del Perú (en adelante MINCETUR), la Superintendencia de Industria y Comercio en representación de la República de Colombia (en adelante SIC), presentaron solicitud de recurso de reconsideración contra la Resolución 2006. Dichas solicitudes fueron admitidas a trámite por la Secretaría General mediante comunicaciones SG/E/DG1/1396/2018, SG/E/DG1/1397/2018, SG/E/DG1/1395/2018 y SG/E/DG1/1394/2018 de fecha 25 de julio de 2018, respectivamente;
- [8] Que la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y el MINCETUR, han solicitado la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 hasta que se resuelva el referido recurso;
- [9] Que la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y el MINCETUR ha solicitado además la suspensión del procedimiento hasta que se emita un pronunciamiento en los procesos judiciales instaurados por Kimberly Clark del Ecuador S.A. ante el poder judicial ecuatoriano vinculados a la validez del acto de desclasificación de la SCPM y la denuncia ante la SGCAN;
- [10] Que mediante comunicación SG/E/DG1/1398/2018 de fecha 25 de julio de 2018 se dio traslado de los recursos interpuestos contra la Resolución 2006 a la SCPM y se le concedió un plazo máximo de 3 días hábiles para pronunciarse sobre los pedidos de suspensión y de 10 días hábiles para pronunciarse sobre el fondo de los recursos;
- [11] Que la SCPM no presentó comentarios acerca de los pedidos de suspensión;

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN 2006

- [12] Es necesario partir del reconocimiento de que una medida de suspensión temporal de los efectos de una resolución tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar (aunque no toda medida cautelar consista en una suspensión temporal pues también hay otro tipo de medidas cautelares).
- [13] En esa línea y de manera general, se indica que el dictado de este tipo de medidas es primariamente el resultado de una actividad discrecional de la autoridad, que evalúa la



pertinencia de la medida cautelar según las circunstancias y necesidad del caso. Esta apreciación discrecional está expresamente reconocida en el artículo 41 de la Decisión 425 cuando dispone que “(...) *de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento (...)*” (el subrayado es nuestro).

- [14] Se trata además de medidas excepcionales que como tales requieren considerarse bajo circunstancias excepcionales, de lo que se deriva su aplicación restringida. Dicha excepcionalidad está reconocida en el ordenamiento jurídico comunitario cuando éste sanciona, en el encabezado del precitado artículo, que en principio “*El ejercicio de un recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario*”. Se tiene presente, por lo tanto, que es de interés general que las Resoluciones que emita la Secretaría General sean efectivas y sólo por excepción se suspendan.
- [15] La doctrina exige la presencia de tres requisitos *sine qua non* para que una petición de medida cautelar obtenga una consideración favorable, a saber: el *fumus boni iuris* (aparición de buen derecho o verosimilitud *prima facie* del derecho), *periculum in mora* (peligro en la demora por la eventual irreversibilidad de los efectos dimanantes de la situación que se desea revertir), y la contracautela (cuando esté prevista). El artículo 41 de la Decisión 425 no requiere expresamente estos requisitos; sin embargo, por ser ínsitos a la racionalidad de una medida cautelar, han sido requeridos sistemáticamente por la Secretaría General en su casuística, así como por el Tribunal Andino en su jurisprudencia, por ser principios generales comunes a los derechos nacionales de los Países Miembros y por ende, fuente del derecho comunitario, que acude en complemento a lo señalado en el precitado artículo¹.
- [16] Asimismo, para no afectar los derechos de la otra parte, la doctrina requiere que la decisión cautelar sea adecuada (medio-fin) y proporcional, tanto cuantitativa como cualitativamente a la pretensión principal, aspectos que también tiene en cuenta la Secretaría General al analizar este tipo de peticiones.
- [17] Por lo demás, se entiende que el dictado de este tipo de medidas tiene un carácter provisional, temporal, mutable, revocable y flexible, pues cambia con la evolución de las circunstancias del caso.

1.1. Causales para solicitar la suspensión temporal de los efectos de una Resolución de la Secretaría General:

- [18] El artículo 41 de la Decisión 425 dispone dos causales para solicitar la suspensión temporal de una Resolución de la Secretaría General:
- (i) que la ejecución de lo resuelto por el órgano comunitario pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva y
 - (ii) que el recurso de reconsideración se fundamente en la nulidad de pleno derecho de la resolución.

¹ La ley comunitaria faculta a la Secretaría General a actuar con arreglo a las fuentes supletorias del derecho de la integración y del derecho administrativo. En este sentido, el artículo 4 de la Decisión 425 dispone que “*La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.*”



[19] En efecto, el segundo párrafo del artículo 41 de la Decisión 425 dispone:

*“(...) Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento, **cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva o si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto.**(...)”* (énfasis nuestro)

[20] Sobre el particular, Colombiana Kimberly Colpapel S.A. solicitó

“DECRETAR la SUSPENSIÓN de los efectos de la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018, hasta que se resuelva el presente recurso. Todo lo anterior, dado que: (i) de permitirle a la SCPM ejecutar la Resolución 2006 se causarían perjuicios irreparables o de difícil reparación a mis representadas, perjuicios que no pueden subsanarse luego de adoptarse la decisión de fondo; y (ii) dicho acto recurrido es nulo de pleno derecho conforme a las causales de las letras a) y c) del artículo 12 de la Decisión 425 de 1997, toda vez que existe expresa prohibición en la norma comunitaria general de vulnerar el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, así como los principios generales de derecho.”²

[21] Productos Familia Sancela Ecuador S.A. solicita la suspensión de los efectos de la Resolución 2006, indicando que:

“(...) el presente caso cumple con todas las causales de justificación de suspensión determinadas en la Decisión 425. Como se demuestra a continuación la ejecución de la Resolución 2006 ocasionaría perjuicio irreparable o de difícil reparación no subsanable por la resolución definitiva y el Recurso de Reposición se funda en la nulidad de pleno derecho del acto.”³

[22] De igual manera, el MINCETUR en su escrito de Reconsideración solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 por cuanto esta puede causar perjuicios de difícil reparación y contiene vicios que acarrearían su nulidad.⁴

[23] Como quiera que ambas causales son invocadas por las solicitantes, se analiza a continuación la procedencia de la aplicación de cada una de ellas en el presente caso.

1.2. Causal referida a un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado

[24] Al respecto, Colombiana Kimberly Colpapel S.A. señala sobre este punto lo siguiente:

“El perjuicio que sufren mis representadas, y que justifican la solicitud de suspensión que en el capítulo de PRETENSIONES se ha solicitado, se causa en tanto que la investigación adelantada a través del Expediente No. 002/LC/SJ/2016, se realizó:

(i) Contrariando principios generales del derecho, al existir un proceso judicial pendiente en un país miembro (Ecuador) respecto de los actos administrativos a

² Foja 7 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. de fecha 11 de julio de 2018.

³ Foja 63 del escrito de Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. de fecha 11 de julio de 2018.

⁴ Foja 14 del escrito del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de fecha 11 de julio de 2018



través de los cuales: **(i)** se desclasificó la información que se usó como acervo probatorio en el caso objeto de litigio, y **(ii)** se envió y acusó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina una supuesta conducta anticompetitiva transfronteriza cometida por las investigadas;

(ii) Vulnerando el derecho al debido proceso de las investigadas al adelantar la Secretaría General de la Comunidad Andina una investigación y decretar una sanción con base en pruebas ilegales aportadas por la SCPM, teniendo en cuenta que las mismas fueron entregadas por las investigadas a la SCPM dentro del Programa de Exención del Pago de la Multa establecido por la ley de competencia del Ecuador, por lo que NO podían ser utilizadas válidamente por la autoridad ecuatoriana, la SCPM, para formular una denuncia ante una jurisdicción diferente, ni tampoco por la Secretaría General de la Comunidad Andina para iniciar una investigación y decretar una sanción, todo lo cual vulnera sin lugar a dudas los derechos subjetivos e intereses legítimos de mis representadas, pues de no haberse cometido estos actos ilegales y arbitrarios, hoy las investigadas no sufrirían el detrimento patrimonial que la sanción impuesta les genera.

(iii) Al adoptar la Secretaría General de la Comunidad Andina una decisión y declarar una sanción sin tener competencia para ello, pues como se prueba a lo largo de este recurso de reconsideración, la conducta que se analiza e investiga no tiene efectos transfronterizos, pues no afecta el comercio subregional, teniendo en cuenta que los productos de papel suave se producen, distribuyen y comercializan en Ecuador por KCE, donde en nada participa CKC, pues la simple conducta de coordinar reuniones en un país miembro no es suficiente para demostrar y afirmar la existencia de una conducta practicada en Colombia, y que esta haya tenido efectos reales en Ecuador, pues los productos objeto de la concertación no se exportan desde Colombia al Ecuador, como tampoco los acuerdos de precios concertados en Colombia son la causa de los precios aplicados en el Ecuador, como bien se demuestra en este escrito con el débil análisis económico que realiza la Secretaría General de la Comunidad Andina en su informe de resultados.

(iv) Finalmente, por medio de la Resolución 2006, la Secretaría General de la Comunidad Andina decidió denegar el recurso de reconsideración interpuesto por las investigadas con el fin de que se revocará el informe de resultados, en tanto que este documento al ser un dictamen del mismo órgano comunitario, no era el escenario procesal para pronunciarse sobre el fondo del asunto, y así sesgar desde antes la recomendación que sí le era dable hacer al Comité de la Libre Competencia, y por esta vía incurrir la Secretaría General de la Comunidad Andina en una desviación de poder, tema omitido por completo en la Resolución impugnada, lo cual afecta nuevamente los derechos subjetivos e intereses legítimos, toda vez que como consecuencia de dicha omisión y denegación, las investigadas deben pagar una multa, sin que a la fecha de presentación de este recurso de reconsideración y de emisión del acto impugnado el poder judicial en Ecuador se haya pronunciado sobre la legalidad de las pruebas, y sin que se haya emitido un dictamen que no prejuzgará el fondo del asunto.⁵

[25] Sobre el particular, cabe señalar que en tanto Colombiana Kimberly Colpapel S.A. indica que el perjuicio irreparable o de difícil reparación se deriva de una serie de irregularidades a lo largo del proceso de investigación que terminó con la adopción de la Resolución 2006, que son precisamente las causales por las cuales alega que la referida Resolución adolece de nulidad en el recurso, y no sustenta cómo la no suspensión del acto recurrido pudiese ocasionarle un perjuicio concreto, su solicitud será analizada más

⁵ Fojas 21 a 22 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. de fecha 11 de julio de 2018.



adelante cuando se examinen si la alegada nulidad de pleno derecho de la Resolución 2006 amerita su suspensión mientras dure el procedimiento de reconsideración. Siendo ello así, no encuentra esta Secretaría General que se pueda configurar esta causal para aceptar la solicitud de Colombiana Kimberly Colpapel S.A.

[26] Con relación a esta causal, el MINCETUR no presentó argumentos que acreditaran la necesidad de suspensión de la Resolución 2006 por el perjuicio irreparable o de difícil reparación, circunscribiéndose a afirmar que dicha causal se configuraba en el presente caso. Siendo ello así, no encuentra esta Secretaría General que se pueda configurar esta causal para aceptar la solicitud del MINCETUR.

[27] Por su parte, Productos Familia Sancela Ecuador S.A. señala que:

"La presencia del riesgo a que puede quedar expuesta la efectividad de la resolución de la SGCAN si declara la nulidad de la Resolución 2006 o periculum in mora, si no se decreta la medida cautelar, es patente en este caso, pues en caso de que la SCPM pretenda la ejecución/cobro de la multa, no existe en el ordenamiento andino ni en la normativa interna del Ecuador ninguna acción que permita a Productos Familia Ecuador recuperar el valor pagado; ni una disposición que permita, a título de restablecimiento del derecho la actualización o indexación de la multa pagada y los intereses que se causen; ni hay un mecanismo de ejecución disponible en caso de que no se devuelva el dinero."⁶

[28] Ahora bien, con relación al perjuicio irreparable o de difícil reparación, se encuentra que en la Resolución N° 2006 en su artículo 6 estableció lo siguiente:

Artículo 6.- Sancionar por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 a las empresas:

- Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis 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.

La sanción será cancelada a la autoridad de competencia del Ecuador dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de la presente Resolución mediante giro bancario a la cuenta que dicha entidad establezca de manera exclusiva para el recaudo y administración correspondiente, siendo que estos recursos no formarán parte del Tesoro Nacional de la República del Ecuador. Para efectos de la ejecución del cobro de la sanción se aplicará la legislación ecuatoriana, conforme lo establecido en el artículo 35 de la Decisión 608.

El gasto de los recursos de la sanción será autorizado por Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Para este fin, la autoridad nacional de competencia del Ecuador, una vez recibido el pago de la sanción, presentará en un plazo de dos (2) meses un plan operativo de acción de gasto, que incluirá los objetivos generales, resultados, actividades y presupuesto vinculado al desarrollo de políticas regionales en favor del consumidor.

⁶ Foja 68 del escrito de Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. de fecha 11 de julio de 2018.



- [29] Bajo este contexto, esta Secretaría General encuentra que de no suspenderse los efectos de la Resolución N° 2006 que contiene la sanción indicada, las investigadas deberán cancelar los montos respectivos, situación que podría causar un perjuicio de difícil reparación en caso de declararse fundada la reconsideración de la Resolución N° 2006 y determinarse dejar sin efectos la sanción impuesta, dinero que además podría ser de difícil recuperación.
- [30] Por lo expuesto, se encuentra que se ha configurado la causal de daño de difícil reparación como causal de suspensión de la Resolución N° 2006.

1.3. Causal referida a la nulidad de pleno derecho de la Resolución N° 2006

- [31] Colombiana Kimberly Colpapel S.A. ha señalado que se configura la causal de nulidad de la Resolución N° 2006 en tanto en el procedimiento presuntamente se han contrariando principios generales del derecho, se ha vulnerado el derecho al debido proceso, la Secretaría General tomó una decisión de sanción sin tener competencia y este Órgano Comunitario denegó en la Resolución N° 2006 el recurso de reconsideración presentado contra el informe de resultados de investigación, afectando con ellos los derechos subjetivos de las investigadas.
- [32] Al respecto de esta causal, Productos Familia Sancela Ecuador S.A. señala lo siguiente:

“La apariencia de buen derecho o fumus bona iuris, sobre la nulidad de la Resolución 2006 consta sustentada a lo largo del presente recurso, con los argumentos que se enuncian a continuación:

(1) Nulidad de pleno derecho de la resolución 2006 derivada de:

- *La ilegal desestimación de los recursos de reconsideración planteados en contra del Informe de Resultados de Investigación*
- *Falta de competencia de la SGCAN en razón del territorio*
- *Falta de competencia de la SGCAN en razón del tiempo*
- *La violación del derecho al debido proceso (...)*
- *Violación del derecho a la defensa (...)*

(2) Vulneración de los derechos de Productos Familia Ecuador, derivada de la determinación de responsabilidad de la Resolución 2006, con base en los siguientes argumentos:

- *Condición de filiales de las empresas establecidas en Ecuador*
- *Presencia de línea de mando en las gerencias de las investigadas*
- *Órdenes impartidas por las matrices de las investigadas*
- *Falta del elemento objetivo de la conducta*
- *Inexistencia de pruebas que evidencien la comisión de la infracción acusada*
- *Falencias y errores técnicos y metodológicos del análisis económico en el que la SGCAN pretende sustentar su posición*
- *Prescripción*
- *Falta de proporcionalidad en la graduación de la multa”⁷*

- [33] Por su parte, el MINCETUR con relación a esta causal no presentó argumentos que acreditaran la necesidad de suspensión de la Resolución N° 2006 por cuanto ella adolezca de nulidad de pleno derecho, circunscribiéndose a afirmar que dicha causal se

⁷ Fojas 67 a 68 del escrito de Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. de fecha 11 de julio de 2018.



configuraba en el presente caso. Siendo ello así, no encuentra esta Secretaría General que se pueda configurar esta causal para aceptar la solicitud del MINCETUR.

- [34] Ahora bien, de conformidad con el artículo 12 de la Decisión 425, se entiende que las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:
- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
 - b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
 - c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.
- [35] En este sentido, se encuentra que los solicitantes de la medida de suspensión en sus escritos de reconsideración han alegado tales causales, sin embargo, para que estas sean consideradas como causales de suspensión deberían poder ser percibidas desde ahora como absolutas e insubsanables para dar lugar al dictado de medidas provisionales. Sin embargo, no se presentan *per se* ni son evidentes, ya que en el presente caso para determinar si estas causales se han configurado, se deberá realizar un cotejo y análisis pormenorizado de cada uno de los argumentos de las solicitantes con el material probatorio que obra en el expediente para que luego pueda percibirse y posteriormente acreditarse alguna o algunas nulidades.
- [36] Sumado a lo señalado, el dictado de una medida cautelar requeriría además de identificar sí en efecto se presenta las nulidades alegadas, acreditar su gravedad e insubsanabilidad. El hecho es que las solicitantes no han provisto de elementos de juicio que permitan a la Secretaría General evidenciar la gravedad e irreversibilidad de la nulidad alegada para efectos de la suspensión, de modo tal que se haga procedente la adopción de medidas provisionales en este extremo.
- [37] Ahora bien, la Secretaría General no puede concurrir con una línea de pensamiento que sostenga que basta alegar una eventual nulidad de pleno derecho, para solicitar la reconsideración de un acto jurídico y hacer automáticamente procedente la aplicación de medidas provisionales referidas a la suspensión de los efectos de la resolución recurrida, pues ello daría lugar a que baste invocar cualquier nulidad de pleno derecho, sin fundamentarla y menos acreditarla, para suspender los efectos de cualquier Resolución. Tal forma de proceder tornaría los actos de la Secretaría General ineficaces y sería contrario a la regla general prescrita en el encabezado del artículo 41 de la Decisión 425, que sanciona la posibilidad de invocar medidas provisionales sólo como excepción.
- [38] Respecto a la posibilidad de abordar el pedido de medidas cautelares por la presunta nulidad del acto sin pronunciarse sobre el fondo de las reconsideraciones invocadas, se aprecia que las solicitantes si bien basan su peticitorio en la presunta nulidad de pleno derecho de la Resolución N° 2006, desarrollan este argumento no para fundamentar su pedido de medidas cautelares, sino para fundamentar su recurso de reconsideración. Esta consideración obliga a la Secretaría General a reservar su análisis y pronunciamiento respecto de la nulidad alegada para el momento de resolver dicha reconsideración.
- [39] Por lo expuesto en este acápite, se advierte que la supuesta nulidad invocada si bien corresponde a causales *de iure*, no resulta evidente ni necesariamente irreversible en esta etapa; siendo que la misma está sujeta a interpretación y requiere ser analizada exhaustivamente; siendo además que no es posible analizar las nulidades alegadas sin adelantar el análisis sobre el fondo del recurso impugnativo por cuanto su fundamento es el mismo.



- [40] En conclusión, por las consideraciones antes referidas se advierte que, si bien no se configura el supuesto de nulidad como causal de la medida cautelar solicitada para ninguna de las solicitantes de la medida, si se configura la causal referida a la generación de perjuicios de difícil reparación, siendo que esta resulta suficiente para ordenar la suspensión de la Resolución N° 2006 mientras dure el procedimiento.

2. CAUCIÓN COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN DEL ACTO

- [41] El segundo párrafo del artículo 41 de la Decisión 425 que autoriza a la Secretaría General disponer a través de autos la suspensión de los efectos del acto recurrido mientras dure el procedimiento, señala lo siguiente:

*“(...) Cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario General podrá **imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto.**”*
(el subrayado es nuestro)

- [42] De conformidad con ello, se encuentra que la Secretaría General tiene la potestad de condicionar la aplicación de la medida cautelar de suspensión, a la presentación de una caución por parte del solicitante de la medida, cuando: i) sea necesario; y, ii) el solicitante de la medida sea una persona natural o jurídica, excluyendo así de su ámbito de aplicación a los Países Miembros.
- [43] En el presente caso se encuentra que uno de los efectos de la suspensión de la Resolución N° 2006 es que las empresas no estarán obligadas a pagar las sanciones impuestas en ella, ya que éstas sólo serán exigibles una vez termine el procedimiento de reconsideración. Siendo ello así, resulta indispensable asegurar que las empresas, en caso de que la sanción sea ratificada, podrán cumplir con sus obligaciones y así resarcir el daño causado al consumidor subregional. Lo anterior resulta esencial ya que pueden configurarse situaciones de tiempo, modo y lugar que afecten la capacidad económica o la existencia misma de las empresas, y con ello, imposibilitar la eficacia de la Resolución sancionatoria.

- [44] Por otra parte, cabe señalar que hay dos personas jurídicas solicitantes de la medida: Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y aunque la medida ha sido solicitada por el MINCETUR, en tanto dicha entidad participa en el presente procedimiento en calidad de País Miembro, no resulta procedente tenersele en cuenta para efectos de la caución.

- [45] De conformidad con lo señalado, se encuentra que se cumple con los presupuestos de la norma comunitaria para que la Secretaría General solicite a las empresas Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. la presentación de una caución como condición para la suspensión de los efectos de la Resolución N° 2006, mientras se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

- [46] Sobre este punto es preciso indicar que la normativa comunitaria andina no contiene disposición expresa sobre la suspensión de un procedimiento de un recurso de reconsideración, presentado ante la Secretaría General.
- [47] No obstante, el artículo 42 de la Decisión 425 en el Capítulo II referido al recurso de reconsideración dispone “*el Secretario General deberá resolver todos los asuntos que se*



sometan a su consideración dentro del ámbito de sus competencias o que surjan con motivo del recurso, (...)".

- [48] Por otra parte, resulta preciso señalar que la Decisión 425 en el artículo 5 consagra diversos principios, entre ellos el de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, según los cuales la Secretaría General deberá asegurar que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.
- [49] Asimismo, el artículo 4 de la referida Decisión establece que *"La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables"*.
- [50] Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que ante la existencia de una relación intrínseca entre las decisiones de autoridades judiciales diferentes y aún entre decisiones administrativas y judiciales, que hacen que una incida sustancialmente en la otra, resulta necesario la suspensión del procedimiento incidido por la decisión de la otra autoridad judicial, en pro de evitar que existan pronunciamientos que sean contradictorios en asuntos que están estrechamente vinculados.
- [51] A la anterior figura se le conoce como prejudicialidad, y para que sea posible su aplicación y la autoridad pueda suspender el procedimiento con base a ella, deben concurrir los siguientes requisitos a saber: i) debe ser solicitada, ii) debe ser necesario un pronunciamiento previo; y iii) el objeto de dicho pronunciamiento previo no debe estar dentro de las competencias de la autoridad que tiene a su cargo el procedimiento. Ahora bien, la normativa andina no requiere expresamente estos requisitos; sin embargo, por ser ínsitos a la racionalidad de la medida, para el presente caso la Secretaría General los considerará, por ser principios generales comunes a los derechos nacionales de los Países Miembros y por ende, fuente del derecho comunitario, que acude en complemento a la normativa comunitaria de conformidad con el artículo 4 de la Decisión 425.
- [52] Bajo este contexto, la Secretaría General debe analizar el pedido formulado por los interesados referidos a suspender el procedimiento de reconsideración por considerar que el pronunciamiento de una autoridad judicial nacional puede tener incidencias en la resolución del presente caso.

3.1. Fundamentos de las solicitudes de suspensión del procedimiento:

- [53] Colombiana Kimberly Colpapel S.A. en su escrito de Reconsideración contra la Resolución N° 2006 solicitó lo siguiente:

"DECRETAR la SUSPENSION TOTAL: (i) del procedimiento adelantado ante la SGCAN bajo el Expediente No. 002/LC/SJ/2016, incluida la resolución del presente recurso de reconsideración, y (ii) de los efectos de la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018, hasta que se decidan DEFINITIVAMENTE los procesos judiciales en Ecuador, a saber:

- (i) *la acción de plena jurisdicción o subjetiva ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802-2017-0019, con la que se impugnó la Resolución SCPM-*



IG-DES-001-2016, emitida por la SCPM el 14 de octubre de 2016, y por medio de la cual se ordenó desclasificar la información aportada por KCE ante la SCPM dentro del Programa de Exención del Pago de la Multa del Ecuador, proceso SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2014;

- (ii) la acción de plena jurisdicción o subjetiva ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802-2017-00196, con la que se impugnó la decisión del 20 de octubre de 2016, por medio de la cual, la SCPM presentó ante la SGCAN una denuncia en contra de CKC y CKE por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia a nivel subregional; y*
- (iii) la acción especial de silencio administrativo positivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802- 2017-00767, solicitando que se declare que operó el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición presentado por KC el 20 de enero de 2017 ante el Superintendente de Control de Poder de Mercado, Dr. Pedro Páez Pérez, impugnando la decisión de la SCPM de enviar a la SGCAN una solicitud para la apertura de la presente investigación, con fecha 20 de octubre de 2016.*

En consecuencia, tal suspensión comprendería necesariamente que la SCPM no pueda hacer efectiva en contra de las investigadas CKC y KCE la sanción impuesta en la Resolución impugnada.⁸

[54] Al respecto, Colombiana Kimberly Colpapel S.A. sustenta su petición en que en el procedimiento que dio lugar a la adopción de la Resolución N° 2006 existieron cuestionamientos acerca del origen ilegal de las pruebas a través de las cuáles la SGCAN inició la investigación y por la ilegalidad de la propia denuncia de la SCPM a la SGCAN. Señala también que la denuncia de la SCPM a la SGCAN es ilegal, y la información que dio lugar al inicio a la investigación que se adelantó dentro del Expediente No. 002/LC/SJ/2016, fue ilegalmente desclasificada y aportada a la SGCAN, pues esa información se encontraba bajo reserva legal en Ecuador y fue entregada por Kimberly Clark Ecuador S.A. a la SCPM como parte de un Programa de Exención del Pago de la Multa establecido por la legislación de competencia ecuatoriana. Igualmente indica que el resultado de los procesos contenciosos administrativos *supra* afectarán el presente procedimiento de reconsideración.⁹

[55] En igual sentido, señala que ante la controversia planteada sobre la legalidad de los medios probatorios y de la denuncia de la SCPM, la SGCAN tenía dos opciones en el marco del procedimiento de investigación: (i) asumir la competencia para evaluar la licitud de las pruebas aportadas por la SCPM; o, (ii) reconocer que la evaluación de la legalidad de la denuncia de la SCPM y la desclasificación corresponde al Poder Judicial ecuatoriano, por lo que el procedimiento ante la SGCAN debiese suspenderse al haber un elemento necesario que debía ser dilucidado previamente antes de resolver de fondo el presente caso.¹⁰

[56] De igual manera, destacó que el esclarecimiento de las cuestiones judiciales en el Ecuador guarda estrecha vinculación con el fondo de lo que se discutió en el proceso ante la SGCAN y que la propia SGCAN en la Resolución N° 2006 del 28 de mayo de

⁸ Foja 6 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. de fecha 11 de julio de 2018.

⁹ Foja 11 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. de fecha 11 de julio de 2018.

¹⁰ Foja 12 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. de fecha 11 de julio de 2018.

2018 reconoció expresamente que ella no es competente para pronunciarse sobre la ilicitud de la denuncia y las pruebas que sustentan la acusación, ratificando expresamente que dicha competencia recae exclusivamente en el Poder Judicial ecuatoriano.¹¹

[57] Por su parte, el MINCETUR indicó que“ (...)la SGCAN debe suspender el procedimiento hasta que el Poder Judicial ecuatoriano se pronuncie sobre los procedimientos judiciales en procedimiento vinculados a la validez del acto de desclasificación de la información aportada en el marco del programa de clemencia”¹².

3.2. Análisis

[58] Siendo estas las solicitudes, y conforme a los antecedentes expuestos, la Secretaría General deberá determinar si los resultados de los procesos que se adelantan ante el Poder Judicial Ecuatoriano referidos por los interesados pueden incidir en las determinaciones que deba hacer este Órgano Comunitario con ocasión de los recursos de reconsideración presentados, y por ello, se deba suspender el procedimiento de reconsideración hasta tanto se resuelvan de manera definitiva dichos procesos.

[59] Así las cosas, se encuentra que los procesos que se adelantan en sede nacional ecuatoriana y que fuesen interpuestos por Kimberly Clark Ecuador S.A. ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil son los siguientes:

- i) Expediente No. 09802-2017-0019 en el cual se impugna la Resolución de Desclasificación SCPMIG-DES-001-2016 de la SCPM de fecha 14 de octubre de 2016, y por medio de la cual se ordenó desclasificar la información aportada por Kimberly Clark Ecuador S.A. a dicha entidad.

Al respecto, cabe señalar que la información que desclasificó la SCPM fue remitida con carácter público a la Secretaría General con la solicitud de investigación, la cual se tuvo en cuenta en el respectivo procedimiento por presuntas prácticas violatorias del régimen andino de competencia.

- ii) Expediente No. 09802-2017-00196 en el cual se impugna la decisión del 20 de octubre de 2016, por medio de la cual la SCPM presentó ante la SGCAN una denuncia en contra de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark Ecuador S.A. por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia a nivel subregional.
- iii) Expediente No. 09802- 2017-00767 en el cual se solicita se declare que operó el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición presentado por KC el 20 de enero de 2017 ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado, impugnando la decisión de la SCPM de enviar a la SGCAN una solicitud para la apertura de la presente investigación, con fecha 20 de octubre de 2016.

Al respecto, estos dos últimos procesos buscan dejar sin efectos la denuncia de la SCPM ante la Secretaría General, la misma que fue el punto de partida del procedimiento por tratarse de una investigación a solicitud de parte, y que concluyó con la adopción de la Resolución recurrida.

¹¹ Foja 13 del escrito de Colombiana Kimberly Colpapel S.A.de fecha 11 de julio de 2018.

¹² Foja 14 del escrito del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de fecha 11 de julio de 2018.



- [60] Se encuentra así que los procesos referidos *supra* en su conjunto buscan afectar la validez y eficacia tanto de la denuncia de la SCPM formulada a la SGCAN con la cual se abrió el procedimiento de investigación, así como la validez de la desclasificación de las pruebas que aportó con ella y que sirvieron para que este Órgano Comunitario tomará una determinación.
- [61] Ahora bien, cuestiones como la validez de la desclasificación realizada por la SCPM, así como la validez de su denuncia ante este Órgano Comunitario con base en dicha información desclasificada, son cuestiones que están siendo sometidas a consideración de la SGCAN en el recurso, sobre las cuales no puede dejar de pronunciarse.
- [62] Sin embargo, como se indicó reiteradamente en la Resolución N° 2006, este Órgano Comunitario no tiene competencia para revisar la legalidad de los actos de un País Miembro a la luz de su ordenamiento interno. Siendo ello así, se encuentra que dichas cuestiones son de carácter sustantivo y deberían ser resueltas por un órgano jurisdiccional diferente de la SGCAN, sin perjuicio de lo cual esta última podrá considerarlas una vez resueltas para realizar sus propias determinaciones sobre los asuntos puestos a su consideración.
- [63] En tal sentido, esta Secretaría General en el marco de los recursos de reconsideración ha efectuado una nueva revisión de todo lo actuado y, con base a los nuevos alegatos presentados por los interesados en sus recursos y al estado actual del presente caso, advierte que el pronunciamiento de la autoridad judicial ecuatoriana en relación a las demandas antes referidas, constituyen procesos cuyos resultados son susceptibles de incidir en la resolución de los recursos de reconsideración que se tramitan en el presente expediente, por estar referidos a la desclasificación realizada por la SCPM, así como la validez de su denuncia ante este Órgano Comunitario con base en dicha información desclasificada, información relevante para el presente procedimiento.
- [64] Por lo expuesto, de conformidad con las consideraciones antes señaladas, esta Secretaría General considera que, debe suspenderse el trámite del procedimiento hasta que se resuelva de manera definitiva en vía judicial las demandas presentadas por Kimberly Clark Ecuador S.A. ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil.

RESUELVE:

Artículo 1.- Suspender los efectos de la Resolución N° 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de 28 de mayo de 2018 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3292 de la misma fecha, en tanto se emite la resolución definitiva que resuelva los recursos de reconsideración presentados.

Artículo 2.- De conformidad con el artículo 41 de la Decisión 425, disponer que, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la presente Resolución, las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Productos Familia Sancela Ecuador S.A constituyan a favor de la Secretaría General de la Comunidad Andina, una caución que cumpla con las características de ser solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión, de realización automática al solo requerimiento, equivalente a las sumas de US\$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) y US\$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América, respectivamente.



En caso de vencimiento del plazo estipulado en el párrafo anterior, sin que las empresas presenten las correspondientes cauciones, se levantará automáticamente la suspensión a la que se refiere el artículo 1 de esta Resolución.

La caución deberá cumplir con la normativa y regulación interna del País Miembro de la Comunidad Andina en la que se emita. Asimismo, deberá quedar a entera satisfacción de esta Secretaría General y tener un plazo mínimo de seis meses, el cual deberá renovarse hasta tanto se resuelvan los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución N° 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Artículo 3.- Suspender el trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución N° 2006, hasta que se resuelva de manera definitiva en el Poder Judicial Ecuatoriano, las siguientes demandas contenciosas administrativas:

- i) la acción de plena jurisdicción o subjetiva ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802-2017-00197, con la que se impugnó la Resolución SCPM-IG-DES-001-2016, emitida por la SCPM el 14 de octubre de 2016, y por medio de la cual se ordenó desclasificar la información aportada por KCE ante la SCPM dentro del Programa de Exención del Pago de la Multa del Ecuador, proceso SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2014;
- ii) la acción de plena jurisdicción o subjetiva ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802-2017-00196, con la que se impugnó la decisión del 20 de octubre de 2016, por medio de la cual, la SCPM presentó ante la SGCAN una denuncia en contra de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark de Ecuador S.A. por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia a nivel subregional; y
- iii) la acción especial de silencio administrativo positivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, tramitada bajo el expediente No. 09802- 2017-00767, solicitando que se declare que operó el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición presentado por Kimberly Clark de Ecuador S.A. el 20 de enero de 2017 ante el Superintendente de Control de Poder de Mercado, impugnando la decisión de la SCPM de enviar a la Secretaría General de la Comunidad Andina una solicitud para la apertura de la presente investigación, con fecha 20 de octubre de 2016.

Artículo 4.- Cumpla la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark Ecuador S.A., con informar trimestralmente por escrito a la Secretaría General de la Comunidad Andina, el estado de los procedimientos judiciales indicados en el artículo 3 de la presente Resolución.

Artículo 5.- Solicitar al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil y a las demás instancias judiciales que llegaran a conocer de los procesos indicados en el artículo 3, que informen a esta Secretaría General las principales actuaciones que se susciten a su causa.

Comuníquese a las Partes, interesados y a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los seis días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

Luz Marina Monroy Acevedo
Secretaria General a.i.

