GACETA OFICIAL del Acuerdo de Cartagena

Año XXXVIII – Número 4303

Lima, 20 de julio de 2021

SUMARIO
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 03-AN-2018 — El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en San Francisco de Quito reunido en sesión judicial a los 25 días del mes de septiembre de 2018 2

00001166

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Proceso 03-AN-2018

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en San Francisco de Quito reunido en sesión judicial a los 25 días del mes de septiembre de 2018.

En la Acción de Nulidad interpuesta por PRODUCTOS FAMILIA S.A. DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (en adelante, **PRODUCTOS FAMILIA**) Y PRODUCTOS FAMILIA SANCELA S.A. DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (en adelante, **FAMILIA SANCELA**) contra la Resolución 1939 de 31 de julio de 2017 (en adelante, **Resolución 1939**), emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, **SGCA**) y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nº 3066 de 1 de agosto de 2017. El Magistrado Hugo Ramiro Gómez Apac aclara su voto, lo que se deja constancia en Acta.[1]

VISTOS:

El escrito de demanda en Acción de Nulidad recibido físicamente en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**) el 24 de mayo de 2018, mediante el cual María Fernanda Mora Karan, Apoderada General de PRODUCTOS FAMILIA, Gustavo Adolfo Duque Meza, Representante Legal de FAMILIA SANCELA y el abogado Marcel Tangarife Torres, Apoderado de ambas compañías, demandan la nulidad de la Resolución 1939 emitida por la SGCA y solicitan la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la investigación iniciada por la SGCA mediante Resolución 1883 de 14 de noviembre de 2016.

El escrito suscrito por el abogado Marcel Tangarife Torres, recibido vía correo electrónico el 1 de junio de 2018, a través del cual, se reitera la solicitud de adopción de una medida cautelar y se presenta la Resolución 2006 emitida por la SGCA el 28 de mayo de 2018 y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, **GOAC**) Nº 3292 de la misma fecha.

CONSIDERANDO:

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

[1] Acta 23-J-TJCA-2018, correspondiente a la Sesión Judicial celebrada el 25 de septiembre de 2018.

A. ANTECEDENTES

1. El 24 de mayo de 2018, María Fernanda Mora Karan, Apoderada General de PRODUCTOS FAMILIA, Gustavo Adolfo Duque Meza, Representante Legal de FAMILIA SANCELA y el abogado Marcel Tangarife Torres, Apoderado de ambas compañías, demandan la nulidad de la Resolución 1939 emitida por la SGCA.

2. En la demanda se describen los siguientes antecedentes:

   - El 20 de octubre de 2016, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador (en adelante, **SCPM**) solicitó a la SGCA el inicio de una investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia por parte de PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA, así como por las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark Del Ecuador S.A., las cuales presuntamente habrían incurrido en las infracciones tipificadas en los literales a) y c) del Artículo 7 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina.

   - El 14 de noviembre de 2016, la SGCA publicó en la GOAC Nº 2871, la Resolución 1883, mediante la cual, dispuso el inicio de una investigación en contra de todas las empresas mencionadas, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

   - El 14 de diciembre de 2016, PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA, ofrecieron a la SGCA un Compromiso Voluntario, sobre la base de las disposiciones del Artículo 27 de la Decisión 608.

   - Entre el 16 de diciembre de 2016 y el 7 de abril de 2017, se llevaron a cabo cinco reuniones entre la SGCA y los representantes y apoderados de PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA, en la sede de dicho Órgano Comunitario, en la ciudad de Lima, Perú, sin que hubiera sido posible alcanzar ningún resultado concreto.

   - El 24 de abril de 2017, PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA presentaron ante la SGCA una "Memoria de Alcance de Ofrecimiento de Compromisos".

   - El 4 de mayo de 2017, la SGCA puso en conocimiento del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, **el Comité**), el Compromiso Voluntario ofrecido por PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA, convocando a sus miembros a una reunión para el análisis de dicho Compromiso. El Comité se reunió los días 15 de mayo y 8 de junio de 2017.

     El 14 de junio de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (en adelante, **la SIC**), en su condición de Autoridad Nacional Competente en materia de libre competencia y actuando como miembro del Comité, remitió a la SGCA "*las razones por*

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

00001168

las que en su concepto no debería aceptarse los compromisos presentados".

- El 20 de junio de 2017, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú (en adelante, **INDECOPI**), actuando en la misma condición que la SIC, envió a la SGCA su concepto de que no se debía aceptar el Compromiso Voluntario.

- El 22 de junio de 2017, la Presidencia Pro Témpore del Comité puso en conocimiento de la SGCA, la postura de sus miembros acerca del Compromiso Voluntario ofrecido por PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA

- El 31 de julio de 2017, la SGCA emite la Resolución 1939, por la cual, resuelve:

> "***Artículo 1.-*** *Desestimar la solicitud de compromiso voluntario presentado por las empresas Productos Familia S.A y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A, en consecuencia, continúese el trámite de investigación correspondiente.*
>
> ***Artículo 2.-*** *Declárese la confidencialidad de la presente Resolución, en tal sentido, se dispone la publicación de un extracto no confidencial de la misma en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.*"

Normas que se estiman violadas

3. Las demandantes manifiestan que la Resolución 1939 de la SGCA viola los Artículos 93 del Acuerdo de Cartagena[2], 5, 8 y 10 de la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, aprobada en reunión ampliada con los Representantes Titulares

---

[2] **Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina.-**

"***Artículo 93.-*** *Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.*

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien."

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

00001169

Ante la Comisión[3]; y, los Artículos 3 literales a) y c), 27, 28 y 40 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina[4].

---

3 **Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada, con los representantes titulares ante la Comisión. -**

*"**Artículo 5.-** En los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se regirá por los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.*

En virtud del principio de legalidad, la Secretaría General deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios.

En virtud del principio de celeridad, la Secretaría General tendrá el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirá los trámites innecesarios, utilizará formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a sus funcionarios de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

En virtud del principio de igualdad de trato a las partes, la Secretaría General deberá asegurar y garantizar los derechos de todos los interesados, incluyendo el de poder participar activamente en todo procedimiento que les concierna, sin ningún género de discriminación.

En virtud del principio de transparencia, los actos y documentos oficiales de la Secretaría General, salvo aquellos que tengan carácter confidencial, estarán disponibles al público y los interesados.

En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de 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.

Los anteriores principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento."

*"**Artículo 8.-** Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.*

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal confieren a la Secretaría General y sin menoscabo de la facultad del Secretario General de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en su Tratado de Creación."

*"**Artículo 10.-** Cuando una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina disponga la aplicación de alguna medida o providencia por parte de la Secretaría General, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporción con los supuestos de hecho y con los fines de la norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia."*

4 **Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina. -**

*"**Artículo 3.-** La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:*

a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;
(...)
c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARIA
COMUNIDAD ANDINA

4. En el escrito de demanda se presentan los siguientes documentos, a título de prueba:

- Copia de la Resolución 1939 de la SGCA, emitida el 31 de julio de 2017;
- Copia del Oficio SG/E/SJ/2112/2016 de 16 de noviembre de 2016, suscrito por la doctora Mónica Rosell, Jefe del Servicio Jurídico de la SGCA.
- Copia de la versión confidencial de la solicitud de Compromiso Voluntario dirigida al doctor Walker San Miguel, Secretario General de la Comunidad Andina, suscrita por los señores María Fernanda Alvarado Villafradez, Apoderada General de PRODUCTOS FAMILIA y José Rafael Rosales Kuri, Gerente General de Corral & Rosales Cía. Ltda., Presidente Ejecutivo de FAMILIA SANCELA;
- Copia del Oficio SG/E/SJ/2326/2016 de 16 de diciembre de 2016, suscrito por la doctora Mónica Rosell, Jefe del Servicio Jurídico de la SGCA.
- Copia de la Resolución 31739 de 26 de mayo, emitida por la SIC;
- Copia del escrito confidencial "Memoria de Alcance de Ofrecimiento de Compromisos" de 21 de abril de 2017, dirigido al doctor Walker San Miguel, Secretario General de la Comunidad Andina, suscrito por los

---

tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado."

"***Artículo 27.-*** *Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.*

La Secretaría General convocará al Comité a efecto de analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, transcurridos los cuales, de no emitir su recomendación, la Secretaría General se pronunciará conforme al artículo siguiente."

"***Artículo 28.-*** *La Secretaría General se pronunciará mediante Resolución motivada, aceptando o desestimando el compromiso. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas, en caso contrario, la investigación continuará.*

La Resolución a que se refiere el párrafo anterior deberá contener la identificación de las partes comprometidas y un resumen de los compromisos contraídos, los plazos y demás condiciones acordadas.

De aceptarse el compromiso, las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, remitirán a la Secretaría General, el expediente de lo actuado."

"***Artículo 40.-*** *Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes:*

a) Actuar con independencia de criterio;
b) Asistir a las reuniones del Comité a las que se les convoque;
c) Participar en la elaboración de los informes técnicos que el Comité emita;
d) Resguardar la confidencialidad de la información a la que tienen acceso en el desempeño de sus funciones;
e) Abstenerse de divulgar la información contenida en el expediente;
f) Emitir su opinión en las formas y plazos previstos en la presente Decisión;
g) Abstenerse de conocer el expediente en caso de incurrir en causal de inhibición o recusación conforme a sus leyes nacionales; y,
h) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación;

La vulneración de lo dispuesto en los literales anteriores generará responsabilidad funcional de acuerdo con la legislación interna del País Miembro cuyo organismo nacional represente el integrante del Comité."

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

señores Guillermo Sossa, Apoderado Especial de PRODUCTOS FAMILIA y Xavier Rosales Kuri, Apoderado Especial de FAMILIA SANCELA;

- Copia del informe sobre los resultados de la investigación del expediente N° 002/LC/SJ/2016 de 20 de marzo de 2018, emitido por la SGCA.

5. Asimismo, las demandantes solicitan que el Tribunal oficie a la SGCA para que remita copia de la totalidad de documentos que reposan en el expediente virtual de la investigación iniciada mediante Resolución 1883, en especial aquellos relacionados directa o indirectamente con el Compromiso Voluntario solicitado por PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA, hasta la adopción de la Resolución 1939.

6. Del mismo modo, las actoras solicitan que se decrete y practique prueba testimonial, así como una declaración de parte.

7. En el escrito de demanda se solicita que el TJCA otorgue confidencialidad a la versión "CONFIDENCIAL DE LA DEMANDA DE NULIDAD", así como a los siguientes documentos:

- Solicitud de Compromiso Voluntario presentada por PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA;
- Escrito "*Memoria de Alcance de Ofrecimiento de Compromisos*"; y,
- Resolución 1939 de la SGCA, emitida el 31 de julio de 2017.

Para el efecto, presentan una versión no confidencial del escrito de demanda y de los documentos anteriormente señalados.

B. CUESTIONES EN DEBATE

I. Competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para conocer la Acción de Nulidad planteada.
II. Requisitos de admisibilidad de la demanda de la Acción de Nulidad planteada.
III. Solicitud de adopción de una medida cautelar consistente en la orden de suspensión de la investigación iniciada por la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante Resolución 1883 de 14 de noviembre de 2016.

C. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

I. Competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para conocer la Acción de Nulidad planteada

8. La demanda tiene por objeto que el TJCA declare la nulidad de la Resolución 1939 de la SGCA, emitida el 31 de julio de 2017 y publicada en la GOAC Nº 3066 de 1 de agosto de 2017.

9. El Artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA dispone que:

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

"***Artículo 17***.- *Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado*". (Subrayado agregado)

10. Asimismo, el Artículo 101 del Estatuto del TJCA, señala:

"***Artículo 101***.- ***Objeto y finalidad***. *La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios que se refiere el literal e) del Artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.*" (Subrayado agregado)

11. El Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA establece que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;

b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;

c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;

d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y

e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

12. A su vez, el Artículo 2 del Estatuto del TJCA dispone que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina, así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

13. Todas las normas mencionadas en el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA y en el Artículo 2 del Estatuto del TJCA, ya sea que se trate de

normas de derecho primario (normas fundamentales o constitucionales) o de derecho secundario (normas derivadas), constituyen fuentes típicas pues han sido reconocidas de modo expreso por el derecho positivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

14. Las fuentes típicas a su vez pueden ser clasificadas entre aquellas que tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las que tienen efectos jurídicos particulares. Todas las normas de derecho primario tienen efectos jurídicos generales. Tratándose de las normas de derecho secundario, tenemos que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina tienen efectos jurídicos generales, mientras que las Resoluciones de la SGCA y los Convenios a que se refiere el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA pueden tener efectos jurídicos generales, en unos casos, o efectos jurídicos particulares, en otros casos, según la situación de que se trate.

15. En efecto, centrándonos en las Resoluciones de la SGCA, aquellas que reglamentan Decisiones, tienen, como es evidente, carácter normativo, es decir, efectos jurídicos generales. En cambio, una Resolución de dicha instancia que, por ejemplo, resuelve una investigación por la supuesta práctica de conductas restrictivas a la libre competencia, de conformidad con lo previsto en la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, tiene efectos jurídicos particulares, similar al que tiene un acto jurídico emitido por autoridad nacional competente, como es el caso del acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública[5].

16. De acuerdo con lo establecido en los párrafos precedentes, este órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de normas de derecho secundario o normas derivadas, en el marco de las acciones de nulidad propuestas por quienes tienen legitimidad para ello.

17. Al respecto, la jurisprudencia[6] del TJCA es uniforme al reconocer que las causales de anulación han sido determinadas partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, relacionado al elemento formal; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 425 de la Comunidad Andina del 18 de diciembre de 1997.-

***"Artículo 9.-** Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.*

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto."

6 Véase las Sentencias recaídas en los Procesos 5-AN-97, 1-AN-98, 16-AN-2002, 39-AN-2004, 214-AN-2005.

18. El TJCA ha establecido dos formas de abordar el análisis de legalidad en la acción de nulidad:

(i) Cuando se trata de dispositivos de efectos jurídicos generales, se ha enfatizado la importancia del principio de jerarquía estableciendo que corresponde confrontar la norma cuestionada con la disposición superior que se alega como vulnerada.

(ii) Cuando se trata de actos de efectos jurídicos particulares (propiamente actos administrativos), se ha establecido que el análisis de legalidad involucra verificar los requisitos de validez del acto administrativo; esto es, la competencia, el objeto, la motivación, la forma y el fin perseguido.

19. Bajo ese razonamiento, en el caso de actos que tienen efectos jurídicos particulares, el control de legalidad o de validez debe considerar que los elementos esenciales de validez son los siguientes:

a) Ser emitidos por autoridad competente;

b) Estar debidamente motivados (fundamentos de hecho y de derecho);

c) Tener contenido u objeto legal o lícito, lo que implica respetar el principio de jerarquía normativa;

d) Tener contenido u objeto físicamente posible, lo que implica, además, que deba estar determinado;

e) Cumplir con las normas esenciales del procedimiento; y,

f) No incurrir en desviación de poder, lo que significa cumplir con la finalidad legítima (causa) prevista en la norma comunitaria correspondiente.

20. De acuerdo a ello, para declarar la nulidad de un acto de efectos jurídicos particulares (propiamente actos administrativos) bastaría que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados.

21. La acción de nulidad constituye el mecanismo procesal que materializa una auténtica instancia autónoma de control jurisdiccional de los actos administrativos emitidos por la SGCA en la que el papel del TJCA consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, al amparo de la cual se encuentra facultado a realizar una revisión profunda de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e, incluso, a emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda[7].

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

[7] Proceso 01-AN-2014.

22. Así las cosas, la acción de nulidad comunitaria no constituye un recurso de alzada (o apelación) pues el TJCA no es una instancia de superior jerarquía encargada de absolver la fase impugnativa de los actos administrativos emitidos por la SGCA. Asimismo, tampoco se encuentra vinculada al concepto de casación legal, pues no se trata de una revisión limitada al análisis de cuestiones de puro derecho, sino que, por el contario, involucra una revisión integral en la que el TJCA verifica los requisitos de validez del acto administrativo emitido por la SGCA[8].

23. En el caso en particular, la Resolución 1939 de la SGCA, dispuso desestimar la solicitud de Compromiso Voluntario presentado por PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA; y, en consecuencia, continuar con el trámite de la investigación correspondiente. Asimismo, se declaró la confidencialidad de dicha Resolución.

24. Si bien el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA enuncia de manera general que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende entre otros a las Resoluciones de la SGCA, éstas deben ser entendidas como actos administrativos que generen un efecto jurídico, es decir, que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica de un País Miembro o de determinadas personas naturales o jurídicas.

25. Para que prospere una Acción de Nulidad planteada ante este Tribunal, en contra de una Resolución de la SGCA, es necesario que la misma constituya un verdadero acto administrativo, es decir, emitido por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y que genere efectos jurídicos individuales de manera directa e inmediata.

26. La Resolución 1939 desestima la solicitud de Compromiso Voluntario formulada por las ahora demandantes, a través de la cual, se pretendía alcanzar la culminación anticipada del procedimiento administrativo de forma convencional. En consecuencia, dispone que el trámite de investigación continúe.

27. De lo anterior, resulta evidente que en el momento de la emisión de la Resolución 1939, aún no se conocía el desenlace del procedimiento de investigación que se estaba llevando a cabo. En ese sentido y, en rigor, dicho acto no ha creado, modificado o extinguido la situación jurídica que tenían las empresas PRODUCTOS FAMILIA y FAMILIA SANCELA en ese momento procesal, menos aun cuando el único efecto jurídico directo e inmediato de dicha Resolución fue dar continuidad al trámite.

28. Dentro de la clasificación de los actos administrativos, existen los actos en firme y los de mero trámite, los primeros ponen fin al trámite administrativo, mientras que los segundos poseen únicamente un carácter preparatorio, como el acto, a través del cual, se da inicio a un procedimiento. No obstante, se debe tomar en cuenta que existen otros actos que resuelven cuestiones incidentales que se suscitan en el procedimiento, los cuales se

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

[8] Ibidem.

constituyen como decisiones previas de la administración, distintas al acto administrativo propiamente dicho.

29. La Resolución 1939 es un acto de la administración que resuelve una cuestión incidental promovida voluntariamente por dos empresas, cuyas conductas estaban siendo investigadas. Sobre el particular, la sola voluntad de las partes de buscar una solución alternativa a un procedimiento de investigación de conductas restrictivas de la competencia no vincula a la SGCA. En consecuencia, la decisión motivada de desestimar la solicitud y continuar con el trámite no genera por sí una afectación real y concreta en contra de quien se investiga, por lo que no es bajo ningún concepto anulable un acto que determina la continuidad de un procedimiento que concluirá con una resolución.

30. Es imposible vislumbrar una afectación actual e inmediata si como consecuencia de la emisión del acto impugnado, únicamente se da continuidad al proceso de investigación y, en ese momento procesal, no se produjo una afectación ni un beneficio para nadie, por lo que no es razonable que se impugnen resoluciones de mero trámite o aquellas que resuelven cuestiones incidentales en un procedimiento, cuando no se conoce la decisión final.

31. Por otra parte, tampoco se puede evidenciar una afectación al derecho de defensa de las partes, toda vez que, tal como se puede apreciar en la Resolución 2006 de 28 de mayo de 2018, la cual fue introducida al expediente por las actoras mediante escrito recibido el 1 de junio de 2018, las mismas tuvieron la oportunidad de alegar, en fase administrativa, la ilegalidad de la Resolución 1939, situación que motivó que la SGCA se pronuncie de forma expresa sobre ese particular en la citada Resolución 2006, la cual se constituye como el acto administrativo en firme que resolvió el fondo de la investigación.

32. En ese sentido, habiendo concluido la investigación y existiendo una resolución emitida por parte de la SGCA, la parte que se sienta afectada podrá acudir a este Tribunal y solicitar su nulidad, momento procesal en el cual se analizará de manera integral, profunda y exhaustiva todos los elementos de validez del acto, emitiendo un pronunciamiento de fondo, en aras de brindar una tutela amplia y garantizar el principio de legaliza del derecho comunitario.

33. Por lo antes expuesto, no resulta viable que se inicie una Acción de Nulidad, respecto de Resoluciones que no son definitivas ni crean una situación jurídica directa e inmediata en contra de las compañías actoras.

II. Requisitos de admisibilidad de la demanda de la Acción de Nulidad planteada.

La afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo

34. Respecto de la Acción de Nulidad, el Artículo 19 del Tratado de Creación del TJCA establece que las personas naturales y jurídicas pueden intentar

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

la acción cuando han sido afectadas en sus derechos subjetivos o interés legítimos, tal como se aprecia a continuación.

> *"**Artículo 19.-** Las personas naturales y jurídicas, podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andina de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos."*

35. En concordancia con lo anterior, el Literal b) del Artículo 48 del Estatuto del TJCA establece como un requisito de la demanda en Acción de Nulidad, cuando esta es presentada por una persona natural o jurídica, la presentación de las pruebas que demuestren que aquello que ha sido impugnado afecta sus derechos subjetivos o intereses legítimos, tal como se cita a continuación:

> *"**Artículo 48.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de nulidad***
> *La demanda de nulidad deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:*
> *(…)*
> *b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,*
> *(…)"*

36. Como se puede observar, tratándose de la Acción de Nulidad incoada por una persona natural o jurídica, el Artículo 19 del Tratado de Creación del TJCA y el Literal b) del Artículo 48 del Estatuto del TJCA establecen un requisito especial de procedencia para admitir la demanda, que es la presentación de pruebas que acrediten que aquello que ha sido impugnado bajo la acción de nulidad afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo del demandante. Si este especial requisito de procedencia no es cumplido, la demanda debe ser rechazada por improcedente.

37. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución 1939 que dispone la continuidad de un trámite de investigación, al haber desestimado la solicitud de Compromiso Voluntario formulada por las actoras, mediante la cual, se buscaba la terminación anticipada del procedimiento administrativo de forma convencional.

38. En el Auto de 27 de septiembre de 2017, emitido por este Tribunal en el que se rechaza por improcedente una demanda en Acción de Nulidad, en el marco del Proceso 02-AN-2017, el TJCA señaló lo siguiente:

> "2.7. *(...) Los actos demandados son aquellos que han dispuesto el inicio de un procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas. Por tanto, son actos de mero trámite. No causan indefensión, como tampoco prejuzgan sobre el fondo del asunto.*
>
> 2.8. *En efecto, las Resoluciones 1883 y 1908 simplemente están iniciando un procedimiento de investigación de conductas anticompetitivas.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

00001178

Dichos actos administrativos no causan indefensión, puesto que los demandantes pueden ejercer su derecho de defensa al interior de dicho procedimiento de investigación. Adicionalmente, tales actos administrativos no prejuzgan sobre el fondo del asunto, pues mediante dichos actos no se está afirmando que las demandantes hayan cometido conductas anticompetitivas.

2.9. Las Resoluciones 1883 y 1908 objeto de la presente demanda no ponen fin al procedimiento de investigación seguido ante la SGCA. El pronunciamiento que ponga fin a dicha investigación sí será susceptible de ser impugnado ante este Tribunal vía acción de nulidad.

2.10. Queda claro, pues, que las Resoluciones 1883 y 1908, al ser actos de mero trámite, no afectan ni un derecho subjetivo, ni un interés legítimo de los demandantes, por lo que la demanda debe ser rechazada por improcedente."

39. En el caso de autos, el acto impugnado, tal como ya se mencionó, resuelve una cuestión incidental previa promovida voluntariamente por las ahora demandantes, que tenía por finalidad concluir anticipadamente el procedimiento administrativo. En ese sentido, no causa indefensión, puesto que las demandantes podían ejercer y, de hecho, así lo hicieron, su derecho de defensa en el marco del procedimiento de investigación. Adicionalmente, la Resolución 1939 no prejuzga sobre el fondo del asunto, pues mediante dicho acto no se afirmó que las demandantes hayan cometido conductas anticompetitivas.

40. De esta manera, es evidente que no se acreditó la afectación a un derecho subjetivo ni a un interés legítimo de las demandantes, por lo que la demanda debe ser rechazada por improcedente.

III. Solicitud de adopción de una medida cautelar consistente en la orden de suspensión de la investigación iniciada por la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante Resolución 1883 de 14 de noviembre de 2016

41. Tomando en cuenta lo mencionado en los párrafos 33 y 40 de la presente providencia, no corresponde pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar planteada por las actoras.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

DECIDE:

Primero: Rechazar por improcedente la admisión de la demanda presentada por PRODUCTOS FAMILIA S.A. DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA y PRODUCTOS FAMILIA SANCELA S.A. DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR contra la Resolución 1939 de 31 de julio de 2017, emitida por la Secretaría General de la Comunidad

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

Andina y publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nº 3066 de 1 de agosto de 2017.

Segundo: Ordenar el archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firman el presente Auto los Magistrados que participaron en su adopción.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

Karla Margot Rodríguez Noblejas
SECRETARIA a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARIA
COMUNIDAD ANDINA