



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 484-IP-2018	Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 11001333400520160021800 Referencia: Ámbito de aplicación objetivo del Artículo 5 de la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina: criterios para diferenciar la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas transfronterizas) de la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas no transfronterizas). Análisis de las prácticas colusorias transfronterizas previstas en los Literales c) y d) del Artículo 7 de la Decisión 608: acuerdos que tienen como propósito o efecto el reparto de mercados de bienes o servicios, o el impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado. 2
---------------------	---

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Quito, 8 de mayo de 2020

- Proceso** : 484-IP-2018
- Asunto** : Interpretación prejudicial
- Consultante** : Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. de la República de Colombia
- Expediente interno del Consultante** : 11001333400520160021800
- Referencia** : Ámbito de aplicación objetivo del Artículo 5 de la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina: criterios para diferenciar la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas transfronterizas) de la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas no transfronterizas).

Análisis de las prácticas colusorias transfronterizas previstas en los Literales c) y d) del Artículo 7 de la Decisión 608: acuerdos que tienen como propósito o efecto el reparto de mercados de bienes o servicios, o el impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.

Magistrado Ponente : Hugo R. Gómez Apac

VISTOS:

El Oficio N° J005-2018-00782 del 6 de setiembre de 2018, recibido vía correo



electrónico en la misma fecha, mediante el cual la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. de la República de Colombia solicitó la interpretación prejudicial del Artículo 5 de la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, a fin de resolver el proceso interno N° 11001333400520160021800; y,

El Auto del 15 de octubre de 2018, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante : Jaime Vargas López

Demandada : Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia

B. SÍNTESIS DE HECHOS RELEVANTES

Mediante **Resolución N° 80847** del 7 de octubre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la **SIC**) de la República de Colombia sancionó, entre otros, a:

- (i) Ingenio Carmelita S.A. (en lo sucesivo, **Ingenio Carmelita**) por haber actuado en contravención del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)¹ y el Numeral 10 del Artículo 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); y,
- (ii) Jaime Vargas López (en adelante, el **señor Vargas**), representante legal de Ingenio Carmelita, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el Numeral 16 del Artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, consistente en colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta anticompetitiva sancionada (establecida en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el Numeral 10 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992).

1

Consistente en la prohibición de acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.





Por **Resolución N° 103652** del 30 de diciembre de 2015, el Superintendente de Industria y Comercio confirmó las referidas sanciones.

El **9 de agosto de 2016**, el señor Vargas presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 80847 y 103652 emitidas por la SIC, alegando, entre otros, la falta de competencia de la SIC en los siguientes términos:

- (i) Si una presumible práctica anticompetitiva se genera y produce efectos en un solo país miembro de la Comunidad Andina, la norma aplicable será la legislación nacional de ese país. Por el contrario, si la referida conducta tiene injerencia subregional porque tiene origen en uno o varios países miembros y efectos reales en uno o varios países miembros, la norma aplicable será la Decisión 608.
- (ii) La Decisión 608 es la norma aplicable a las conductas transfronterizas —aquellas con incidencia subregional; esto es, injerencia en el territorio de uno o más países miembros—. La competente para conocer las referidas conductas es la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) y no la autoridad de competencia de los países miembros donde tiene origen y/o efecto la práctica.
- (iii) En el presente caso, la apertura de la investigación fue porque presuntamente los investigados (ahora, sancionados) establecieron una estrategia para restringir las importaciones de azúcar de origen boliviano a Colombia, lo cual evidentemente tiene injerencia subregional pues afecta las exportaciones bolivianas y las importaciones colombianas.
- (iv) Por lo expuesto, dado que la práctica investigada habría afectado a la subregión, la competencia para investigarla es de la SGCA y no de la SIC de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 5 de la Decisión 608.

El **14 de agosto de 2017**, la SIC contestó la demanda del señor Vargas. Respecto del cuestionamiento a su competencia señaló lo siguiente:

- (i) La SGCA no es competente para investigar y sancionar los acuerdos para impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia.
- (ii) La Decisión 608 solo tendría aplicación inmediata y preferente si la conducta investigada tiene efectos subregionales. *A contrario sensu*, si la conducta no tiene injerencia subregional por tener su origen y causar sus efectos en un solo país, le corresponde a la autoridad de competencia de dicho país investigar y sancionar la referida





conducta sobre la base de su legislación interna.

- (iii) El régimen supranacional y las facultades de la SGCA para investigar una conducta anticompetitiva solo se habilitan cuando:
 - (iii.1) por razones de tipo geográfico, es necesario que un órgano supranacional desarrolle el correspondiente trámite sancionatorio pues las autoridades nacionales de competencia no pueden ejercer su vigilancia más allá de las fronteras de sus respectivos países; y,
 - (iii.2) tenga efectos reales y no potenciales.
- (iv) La Decisión 608 está expresamente limitada para las conductas practicadas en el territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más países miembros. En ese sentido, en el presente caso no resulta aplicable la normativa comunitaria debido a que: (iv.1) la conducta investigada fue un acuerdo con el objeto de impedir u obstruir el ingreso de terceros (entre ellos, Bolivia²) al mercado del azúcar en Colombia; y, (iv.2) no se investigó y mucho menos existe prueba alguna de que la referida conducta haya producido efectos reales en uno o más países miembros.³
- (v) Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que la conducta investigada fue un acuerdo con el objeto de impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia —esto es, una conducta no transfronteriza por tener origen y efecto exclusivamente en Colombia—, no queda duda que la SIC era competente para investigarla y sancionarla.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial del Artículo 5

² En las Resoluciones números 80847 y 103652 y en la contestación a la demanda, la SIC señaló que los investigados (ahora, sancionados) bloquearon o intentaron bloquear importaciones de azúcar a Colombia provenientes de Bolivia, adquiriendo de manera coordinada los excedentes de azúcar de Bolivia con el propósito exclusivo de evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos los adquirieran para importarlos a Colombia. Adicionalmente, los investigados (ahora, sancionados) realizaron visitas a Bolivia para lograr el compromiso de los productores de azúcar de dicho país de no exportar "*ni un grano de azúcar a Colombia*"; incluso, amenazaron a dichos productores con saturar Bolivia de azúcar colombiana en caso de que no accedieran al compromiso antes referido.

³ La SIC agregó que las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que las conductas investigadas se presentaron exclusivamente en Colombia, tanto así que los investigados, los denunciantes y los terceros interesados admitidos son colombianos y nunca —durante la actuación administrativa— mencionaron que las conductas habrían tenido efectos en países diferentes a Colombia.





de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina⁴, el cual se interpretará por ser pertinente.

En la Interpretación Prejudicial N° 78-IP-2018 de fecha 7 de septiembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3383 del 1 de octubre de 2018, se establecieron criterios para diferenciar la competencia de la SGGA (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas transfronterizas) de las competencias de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (para investigar y sancionar conductas anticompetitivas no transfronterizas) a partir de la aplicación del principio *non bis in ídem*, principio que rige la potestad sancionadora de la administración pública. Ello en razón de que la complejidad de las prácticas colusorias y sus efectos reales tanto en los mercados nacionales como en ámbitos del mercado subregional generan situaciones de superposición de competencias. El referido principio no solo se aplica para evitar que sobre un mismo hecho⁵ haya una sanción penal (o un proceso penal) y una sanción administrativa (o un procedimiento administrativo sancionador), sino también para evitar que sobre un mismo hecho haya dos sanciones administrativas (o dos procedimientos administrativos sancionadores).

De oficio se interpretarán los Literales c) y d) del Artículo 7 de la Decisión 608⁶ con el propósito de explicar lo referido a los acuerdos que tienen como propósito o efecto el reparto de mercados de bienes o servicios o el impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.

⁴ **Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. -**

"Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país;*
y,
- b) *El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros."

⁵ Existe un mismo hecho cuando se presenta la siguiente triple identidad: la misma persona, el mismo hecho y el mismo fundamento.

⁶ **Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. -**

"Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- (...)
- c) *Repartir el mercado de bienes o servicios;*
- d) *Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,*
- (...)"





D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina.
2. El ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608.
3. Naturaleza del procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.
4. El principio *non bis in ídem* en materia de defensa de la libre competencia.
5. Las prácticas colusorias transfronterizas previstas en los Literales c) y d) del Artículo 7 de la Decisión 608.
6. La necesidad de evitar espacios de impunidad.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina

- 1.1. El Acuerdo de Cartagena promueve el libre intercambio de bienes y servicios entre los países miembros de la Comunidad Andina a través del programa de liberación de bienes regulado en sus Artículos 72 a 78 y el marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios regulado en sus Artículos 79 y 80.
- 1.2. El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencias económicas en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.
- 1.3. Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el marco de los procesos de integración económica pueden verse afectados a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanencia de las empresas a los mercados, o se distorsionan los precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores.
- 1.4. Dado los beneficios de la libre competencia para los procesos de integración económica, el Capítulo X del Acuerdo de Cartagena, denominado "Competencia Comercial", menciona que la Comisión de la Comunidad Andina adoptará, a propuesta de la SGCA, las normas





indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, tales como las manipulaciones indebidas de precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.

- 1.5. Es así que en diciembre de 1971 se expidió la Decisión 45 - Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Dicha norma fue sustituida por la Decisión 230 de diciembre de 1987 que mantuvo el mismo nombre de "Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión".
- 1.6. La Decisión 230 fue sustituida por la Decisión 285 - Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 80 del 4 de abril de 1991.
- 1.7. La Decisión 285 fue sustituida por la norma vigente, la Decisión 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1180 del 4 de abril de 2005. El Artículo 2 de la Decisión 608 señala que ella tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.

2. El ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608

- 2.1. El Artículo 5 de la Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, establece lo siguiente:

"Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,*
- b) *El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros."

- 2.2. Como señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608⁷, un

Documento de Trabajo (SG/dt 396) denominado Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina" del 23 de octubre de 2007, elaborado por la SGCA, p. 11.





aspecto importante en el diseño de un sistema de defensa de la libre competencia de ámbito regional es la definición del ámbito objetivo de su aplicación; es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas y su alcance geográfico.

2.3. Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de defensa de la libre competencia de cada país miembro, sino que, especialmente, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia debido al ámbito geográfico de la práctica o conducta anticompetitiva o sus efectos.⁸

2.4. De conformidad con lo establecido en el Artículo 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:

- 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 otro u otros países miembros.

El supuesto (i) antes mencionado es aquél en que la práctica se realiza en un país miembro y tiene sus efectos en otro país miembro de la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, si se realiza la conducta anticompetitiva en Perú y tiene efectos en Ecuador.

- 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.

2.5. Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y dónde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término "transfronterizo". Estos casos,

⁸ Ibidem.





dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la SGCA con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.

- 2.6. Por la misma razón, no se aplica la Decisión 608 si la conducta anticompetitiva no es transfronteriza, que es lo que ocurre cuando la conducta se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en el mismo país miembro.
- 2.7. Mediante Sentencia de fecha 9 de marzo de 2017 recaída en el Proceso 05-AN-2015⁹, y con la finalidad de determinar el concepto de “efectos reales transfronterizos”, el TJCA estableció lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 5 de la Decisión 608, la SGCA es competente para iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando:

- a) *La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un país miembro, y tiene efectos reales en al menos un país miembro.*
- b) *La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de la posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un país miembro, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro país miembro.*

Se debe entender por ‘efecto real’:

- a) *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, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,*
- b) *Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.”*

3. Naturaleza del procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608

- 3.1. El procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 es un procedimiento administrativo sancionador supranacional. La SGCA es el órgano encargado de dirigir dicha investigación. La investigación puede

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3012 del 2 de mayo de 2017.





iniciarse de oficio por la SGCA o por solicitud (denuncia) de parte interesada¹⁰.

- 3.2. En atención a que la conducta materia de investigación es transfronteriza, la SGCA puede solicitar el apoyo de las autoridades nacionales en materia de defensa de la libre competencia del país o países miembros donde se realiza la práctica y del país o países miembros donde se presenten los efectos reales, así como del país o países miembros donde tengan su residencia los denunciados (los solicitantes de la investigación). El Artículo 16 de la Decisión 608 menciona las facultades de investigación que tienen tanto la SGCA como las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. Si bien estas tienen competencia para investigar, lo hacen por instrucción de la SGCA, que es quien detenta la dirección de la investigación.
- 3.3. La SGCA puede dictar medidas cautelares en cualquier momento del curso del procedimiento de investigación. En su resolución final, la SGCA se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza. En caso de constatar la existencia de infracción administrativa, impondrá al infractor o infractores el cumplimiento de medidas sancionatorias y correctivas. La medida sancionatoria puede consistir en la imposición de una multa pecuniaria hasta por un máximo del 10% del valor de los ingresos brutos totales del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.
- 3.4. Dada su naturaleza de procedimiento administrativo sancionador supranacional, se le aplican al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 los principios jurídicos rectores de los procedimientos sancionadores, como es el principio *non bis in ídem*.

4. El principio *non bis in ídem* en materia de defensa de la libre competencia

- 4.1. Uno de los principios jurídicos que rigen la potestad sancionadora de la administración pública es el principio *non bis in ídem*, por virtud del cual no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho. No es posible que por el mismo hecho infractor se imponga una sanción penal y una sanción administrativa, o dos sanciones administrativas, entendiendo por el "mismo hecho infractor" que se trate del mismo sujeto, del mismo hecho (o conducta) y el mismo fundamento; es decir, debe existir identidad de sujeto, hecho y fundamento. El término "fundamento", a su vez, nos remite al concepto de "bien jurídico protegido". Por tanto, no cabe la doble

¹⁰ La solicitud (denuncia) de investigación a pedido de parte puede ser presentada por las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, los organismos nacionales de integración de los países miembros, cualquier persona natural o jurídica (de derecho público o de derecho privado) y las organizaciones de consumidores y otras entidades.





imposición sancionatoria si estamos ante la misma persona o sujeto, la misma conducta infractora y el mismo bien jurídico protegido.

- 4.2. Una extensión del principio bajo análisis es que tampoco cabe la existencia de dos procesos de investigación sobre el mismo hecho (con la triple identidad ya mencionada). En consecuencia, una misma persona no puede ser investigada por el mismo hecho a través de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, o investigada por el mismo hecho mediante dos procedimientos administrativos sancionadores.
- 4.3. En la totalidad o una parte del mercado subregional andino pueden haber empresas que tengan filiales, subsidiarias o empresas vinculadas en dos o más países miembros, y las prácticas colusorias pueden realizarse no solo entre empresas multinacionales sino también con empresas locales, de modo que podrían haber conductas anticompetitivas que por el tipo de empresas involucradas podrían tener tanto efectos transfronterizos como meramente locales. No solo eso, algunas prácticas colusorias podrían involucrar solo a empresas multinacionales, otras a empresas multinacionales con empresas locales y, más complicado aún, prácticas en las que empresas multinacionales forman parte de acuerdos locales, empresas locales que forman parte de acuerdos multinacionales, empresas multinacionales que forman parte de acuerdos locales y multinacionales y empresas locales que forman parte de acuerdos multinacionales y locales. A estos escenarios, ya de por sí complejos, hay que agregar que hay empresas que fabrican productos para el mercado local y también los mismos productos para la exportación, así como casos en los cuales si bien los productos son fabricados o vendidos para el mercado local la reventa los puede llevar a mercados de otros países.
- 4.4. La complejidad de los escenarios descritos puede ser aprovechada por los agentes económicos involucrados para lograr impunidad, especialmente al tratar de cuestionar la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. Y es que los infractores podrían aprovechar las situaciones complejas para siempre alegar, de una u otra forma, un efecto transfronterizo, y así evitar ser investigados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. La impunidad es algo que no debe permitirse.
- 4.5. Considerando lo anterior y que en materia de defensa de la libre competencia tanto la SGCA como las autoridades nacionales tienen competencia para sancionar la comisión de conductas anticompetitivas, la primera bajo la Decisión 608 y la segundas al amparo de sus leyes nacionales, es necesario establecer criterios que permitan orientar el ámbito de aplicación objetivo del Artículo 5 de la Decisión 608 de modo que las autoridades involucradas, al ejercer el *ius puniendi* que el respectivo ordenamiento les ha atribuido, cumplan con el principio *non bis in idem*, sin generar situaciones o espacios de impunidad.



La triple identidad

4.6. En aplicación del principio *non bis in ídem*, un agente económico¹¹ no puede ser investigado (ni sancionado) tanto por la autoridad nacional de defensa de la libre competencia (al amparo de la ley nacional) como 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 investigación o sanción

Los agentes económicos involucrados tienen que ser los mismos. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en el procedimiento interno se investiga a las empresas A, B y C y en el procedimiento supranacional seguido por la SGCA se investiga a las empresas B, C, D y F.

b) Identidad respecto de la conducta investigada o sancionada

La conducta investigada o sancionada tiene que ser la misma. A modo de 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. Tampoco habrá identidad si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios (práctica colusoria horizontal), el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente.

Como puede apreciarse, la identidad del hecho debe ser plena. Basta que no se trate del mismo producto (por ejemplo, en un caso se investiga una colusión en el precio de la harina de trigo y en el otro una colusión en el precio de la harina de maíz) o un periodo de investigación distinto (por ejemplo, que un caso se investiga una colusión en el precio del arroz blanco durante los años 2010 a 2014 y en el otro una colusión en el precio del mismo producto, pero en el periodo comprendido entre los años 2015 a 2018).

c) Identidad respecto del fundamento o bien jurídico protegido

Para que opere esta identidad el bien jurídico protegido en la ley nacional de defensa de la libre competencia debe ser el mismo que el bien jurídico protegido en la Decisión 608. En esta norma andina el bien jurídico protegido de manera inmediata es el proceso competitivo (la libre competencia) y los bienes jurídicos protegidos

¹¹ El Artículo 1 de la Decisión 608 define al agente económico como a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen.



de manera mediata son la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores¹².

5. Las prácticas colusorias transfronterizas previstas en los Literales c) y d) del Artículo 7 de la Decisión 608

- 5.1. El Artículo 7 de la Decisión 608 tipifica las denominadas prácticas colusorias, las que pueden ser acuerdos horizontales (entre agentes económicos que son competidores entre sí) o verticales (entre agentes económicos ubicados en diferentes ámbitos de la cadena proveedor – fabricante – distribuidor – comercializador).
- 5.2. El término “acuerdo”¹³ debe ser entendido en el sentido más amplio posible. No se circunscribe a lo que podría entenderse jurídicamente como un “contrato” o “convenio”, sino cualquier forma o modalidad en la que los agentes económicos convienen en coordinar o alinear su comportamiento en el mercado: colusión, concierto o concurso de voluntades. Este acuerdo puede ser escrito, oral o tácito (consentimiento fáctico o tácito¹⁴) y puede darse en uno o varios momentos, o puede configurarse a través de distintos actos y momentos. Lo relevante es advertir que las empresas convinieron, o aceptaron convenir, de una manera u otra en el comportamiento que tendrían en el mercado, más allá de si tuvo éxito o no el acuerdo o concierto de voluntades.
- 5.3. Adicionalmente, el término acuerdo comprende lo que se entiende por “decisiones y recomendaciones” y las “prácticas concertadas”. Así, entra en la categoría de acuerdos las decisiones (con carácter vinculante) que se adoptan y las recomendaciones (sin carácter vinculante) que se emiten al interior de asociaciones, gremios, federaciones, agrupaciones, colegios profesionales y entidades colectivas similares¹⁵ e independientemente de si estos entes están formalmente constituidos, o si cuentan o no con

¹² Ello en atención a que el Artículo 2 de la Decisión 608 señala que esta norma tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

¹³ El Artículo 1 de la Decisión 608 define “acuerdo” como todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen.

¹⁴ Habrá consentimiento fáctico o tácito, por ejemplo, si el representante de una empresa, que está presente en la reunión donde se adoptan los acuerdos, guarda silencio (no se manifiesta a favor ni en contra), pero luego informa de los acuerdos a su representada, y esta empresa implementa los acuerdos. Incluso el representante podría votar en contra del acuerdo, pero si la empresa (su representada) finalmente ejecuta el acuerdo, debe entenderse que ella decidió incorporarse al acuerdo con posterioridad a la reunión.

¹⁵ Jesús Rodrigo Lavilla y Luis Sancho y Martínez-Pardo, *Acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas* (Capítulo II), en AA.VV, *Tratado de Derecho de la Competencia* (Diego Loma-Osoño, Coordinador), Thomson Reuters – Editorial Aranzadi, S.A., Dirección del Servicio Jurídico del Estado - Abogacía General del Estado – Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Navarra, 2013, p. 127.





personalidad jurídica, e independientemente de la naturaleza del órgano o autoridad que adoptó la decisión o emitió la recomendación. Si una empresa cumple o ejecuta la decisión tomada o la recomendación emitida al interior del gremio, incluso a regañadientes, forma parte del acuerdo.

Por su parte, la práctica concertada es “el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”. Un comportamiento paralelo puede, por sí mismo, ser constitutivo de una práctica concertada si, a la vista de los hechos y circunstancias, no cabe otra explicación plausible y razonable de que el comportamiento de dos o más agentes económicos en el mercado es fruto de una concertación. La existencia de una práctica concertada puede probarse, verificarse o acreditarse no solo a través de cualquier medio probatorio, sino especialmente a través de presunciones y prueba indiciaria.¹⁶

- 5.4. El Literal c) del Artículo 7 de la Decisión 608 tipifica como modalidad de práctica colusoria transfronteriza los acuerdos que tienen el propósito o el efecto de repartirse el mercado de bienes y servicios. Este tipo de conducta anticompetitiva transfronteriza afecta nocivamente y de modo directo al programa de liberación de bienes previsto en el Capítulo IV del Acuerdo de Cartagena. En virtud a dicho programa existe un área de libre comercio al interior del proceso de integración andina, de modo que los productos originarios de los países miembros pueden circular libremente en el mercado subregional andino.

El programa de liberación de bienes tiene como uno de sus objetivos que los consumidores andinos tengan más opciones de elección al momento de adoptar sus decisiones de consumo, en el marco de un mercado ampliado. Así, en lugar de solo elegir productos locales, el programa de liberación les otorga la oportunidad de elegir entre una mayor gama y variedad de productos provenientes de otros países miembros de la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, por virtud del programa de liberación de bienes, los consumidores bolivianos tienen a su alcance no solo los chocolates producidos en Bolivia, sino también los chocolates originarios de Perú, Ecuador y Colombia.

Mediante un reparto de mercado transfronterizo las empresas pretenden restringir la competencia a nivel comunitario, en el sentido de dificultar, limitar o prohibir que determinados productos producidos en un país miembro lleguen a otro país miembro. Siguiendo con el ejemplo de los chocolates, 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

¹⁶ Eduardo Galán Corona, *Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general* (Capítulo 6), en AA.VV. (José María Beneyto y Jerónimo Maillo, Directores), *Tratado de la Competencia. Unión Europea y España*, segunda edición, Bosch – Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 252-255.



exportarán hacia Bolivia. Este es solo un ejemplo, pues la figura del reparto de mercados puede adoptar otras modalidades. En dicho ejemplo, es evidente que, por una parte, se pretende segmentar indebidamente el mercado ampliado constituido por el programa de liberación de bienes; y, por otra parte, se restringen las opciones de elección y compra de los consumidores bolivianos y peruanos, quienes resultan afectados por el acuerdo, pues los primeros se ven privados de consumir los chocolates peruanos y los segundos los chocolates bolivianos.

- 5.5. El Literal d) del Artículo 7 de la Decisión 608 tipifica como una modalidad de práctica colusoria transfronteriza el “impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado”. Esto es lo que se suele conocer como prácticas de boicot y puede manifestarse de diversas maneras. Así, por ejemplo, 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 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.

6. La necesidad de evitar espacios de impunidad

- 6.1. Como se ha señalado anteriormente, se debe evitar que los infractores aprovechen los eventuales efectos transfronterizos para evitar ser investigados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia. La impunidad es algo que no debe permitirse. En ese sentido, lo que sería nocivo para los consumidores andinos es que la autoridad nacional de defensa de la competencia realice la investigación y sancione a los involucrados, pero luego dicha sanción sea anulada debido



- a la presencia de un efecto transfronterizo, y la SGCA no realice la investigación, por ejemplo, por prescripción de su competencia para determinar la existencia de responsabilidad administrativa.
- 6.2. 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.
- 6.3. 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.
- 6.4. 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 ídem* (desarrollado en el párrafo 4.6 precedente) 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.
- 6.5. Dicho en otros términos, en el ejemplo, la SGCA tendría competencia para investigar el reparto de mercados teniendo en consideración la colusión conjunta entre empresarios bolivianos y peruanos, así como teniendo en consideración el perjuicio a los consumidores bolivianos y peruanos. Y sin perjuicio de ello, la autoridad nacional peruana (o boliviana) tendría competencia para investigar como conducta anticompetitiva únicamente la parte del acuerdo que involucra a los empresarios peruanos (o la autoridad boliviana únicamente respecto de los empresarios bolivianos), y teniendo en consideración únicamente el perjuicio a los consumidores peruanos (o la autoridad boliviana



únicamente respecto de los consumidores bolivianos).¹⁷

- 6.6. El fundamento que subyace a lo antes explicado es evitar generar espacios de impunidad en el sentido de que los empresarios infractores logren la nulidad de las sanciones impuestas por la autoridad nacional so pretexto de que el efecto transfronterizo les da el “derecho” de exigir ser investigados por la SGCA.
- 6.7. Si los empresarios no desean verse enfrentados a un escenario en el que podrían ser investigados tanto por la SGCA (con relación a los hechos con efecto transfronterizo) como por la autoridad nacional de defensa de la competencia (con respecto a los hechos sin efecto transfronterizo), solo tienen que abstenerse de realizar la conducta anticompetitiva.
- 6.8. Para una mayor claridad de lo que se viene exponiendo, veamos el siguiente ejemplo:

En Colombia producen conservas enlatadas de atún las empresas C1, C2 y C3; en Ecuador las empresas E1, E2 y E3; y en Perú las empresas P1, P2, P3 y P4.

A mediados de enero de 2018, las empresas C2, C3, E1, E2, E3, P1 y P2 acuerdan el precio de dichas conservas tanto para el mercado interno de cada país como para la exportación hacia los demás países miembros de la Comunidad Andina.

A inicios de febrero de 2018, C2 y C3 se percatan que hay otro fabricante en Colombia, C1, que no fue convocado al acuerdo de enero. A mediados de febrero, C2 y C3 acuerdan con C1 el precio de dichas conservas en los mismos términos que el acuerdo tomado en enero. C2 y C3 le informan a C1 del acuerdo tomado en enero con empresas ecuatorianas y peruanas.

17

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación la teoría de la doble barrera en materia de control de conductas anticompetitivas en el derecho comunitario europeo. La Sentencia *Walt Wilhelm* (1969) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a propósito del ámbito de aplicación de las normas nacionales y comunitarias de defensa de la competencia, permite que determinadas prácticas queden dentro del campo de aplicación de la normativa comunitaria y de la interna estableciendo así la «teoría de la doble barrera» o de la aplicación conjunta o paralela de ambas legislaciones para las prácticas restrictivas de la competencia, que afectan al comercio nacional y al comunitario (Diego Loma-Osorio Lerena y Alfredo González-Panizo Tamargo, *Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia* (Capítulo I), en AA.VV, *Tratado de Derecho de la Competencia* (Diego Loma-Osorio, Coordinador), Thomson Reuters – Editorial Aranzadi, S.A., Dirección del Servicio Jurídico del Estado – Abogacía General del Estado – Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Navarra, 2013, p. 49). El Tribunal de Luxemburgo estableció que, al perseguir los ordenamientos comunitario y nacionales de competencia objetivos diferentes, podían ser aplicados cada uno en su respectivo ámbito territorial sin que se quiebre el principio del *non bis in idem*, dando con ello origen a la denominada «teoría de la doble barrera» (Ricardo Alonso Soto, *Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia* (Capítulo 2), en AA.VV (José María Beneyto y Jerónimo Mailló, Directores), *Tratado de la Competencia. Unión Europea y España*, segunda edición, Bosch – Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, p. 79).



Algo parecido ocurre en Perú, a inicios de marzo de 2018 P1 y P2 advierten que hay dos empresas peruanas fuera del acuerdo de enero. A mediados de marzo, P1 y P2 acuerdan con P3 y P4 el precio de las conservas de atún en los mismos términos que el acuerdo tomado en enero. P1 y P2 nunca informan a P3 y P4 del acuerdo tomado en enero con empresas colombianas y ecuatorianas.

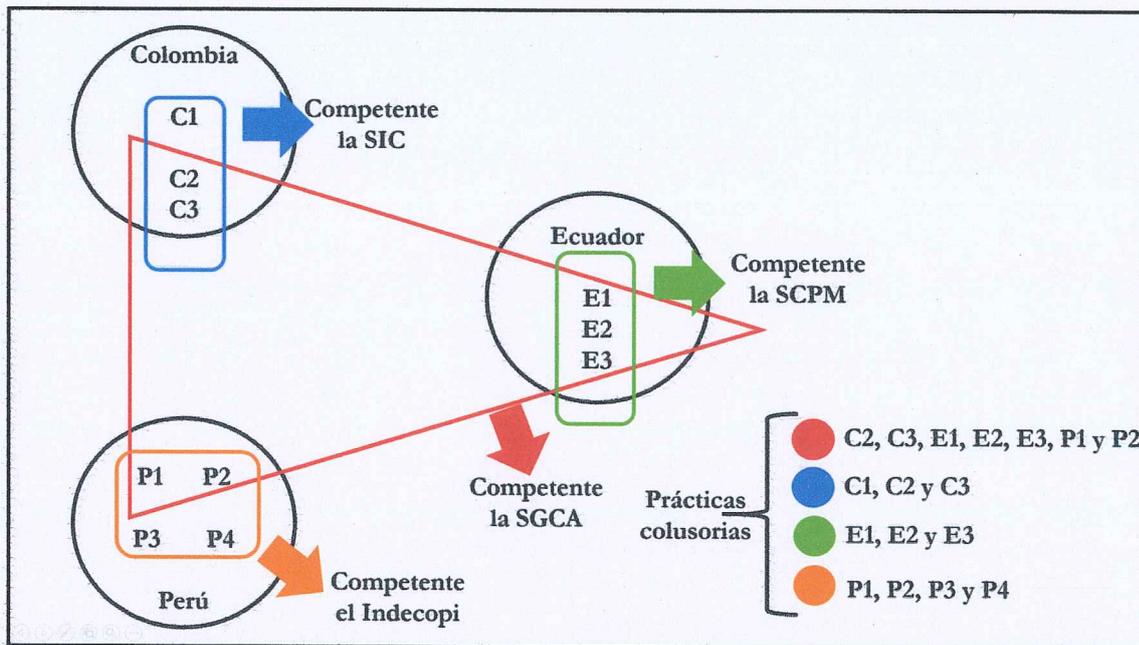
En este ejemplo, la SGCA es competente para sancionar a C2, C3, E1, E2, E3, P1 y P2 por el acuerdo tomado en enero. La SIC de Colombia es competente para sancionar a C1, C2 y C3 por el acuerdo tomado a mediados de febrero y teniendo en consideración únicamente los efectos reales en el mercado colombiano. El Indecopi del Perú es competente para sancionar a P1, P2, P3 y P4 por el acuerdo tomado a mediados de marzo y con relación únicamente a los efectos reales en el mercado peruano.

De conformidad con los criterios desarrollados en los párrafos 6.3, 6.4 y 6.5 precedentes, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) del Ecuador no pierde competencia para investigar y sancionar a E1, E2 y E3 por el acuerdo tomado en enero si circunscribe su investigación en dichas empresas ecuatorianas y únicamente respecto de los efectos reales en el mercado ecuatoriano. En este caso no hay violación del principio *non bis in idem* debido a que no existiría identidad entre las empresas investigadas por la SGCA (7 empresas: 2 colombianas, 3 ecuatorianas y 2 peruanas) y las empresas investigadas por la SCPM (3 empresas ecuatorianas), y sin perjuicio de que los bienes jurídicos protegidos por la legislación ecuatoriana no sean los mismos bienes jurídicos protegidos por la Decisión 608.

El siguiente gráfico muestra los acuerdos tomados en el ejemplo y las respectivas competencias de la SGCA y de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia.

[Gráfico en la siguiente página]





Elaboración propia.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno N° 11001333400520160021800, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal f) del Artículo Primero de la Resolución 05/2020 de 10 de abril de 2020, certifica que la presente interpretación ha sido aprobada por el Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Magistrado Hernán Rodrigo Romero Zambrano, así como por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 8 de mayo de 2020, conforme consta en el Acta 6-J-TJCA-2020.

Luis Felipe Aguilar Feijóo
Luis Felipe Aguilar Feijóo
 SECRETARIO

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

