



### SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 03-AN-2021	Sentencia emitida en el marco del proceso 03-AN-2021 que decide sobre la acción de nulidad planteada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante las cuales se decidió sancionar a las empresas investigadas por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 (acuerdos transfronterizos de fijación de precios en la subregión).....	2
--------------------	---	---



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### PROCESO 03-AN-2021

Acción de nulidad planteada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Magistrado ponente: Hugo R. Gómez Apac

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reunido en San Francisco de Quito, en sesión judicial celebrada por medios telemáticos<sup>1</sup> el 17 de septiembre de 2024, adopta por unanimidad la presente sentencia en la acción de nulidad planteada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. contra las Resoluciones 2006 del 28 de mayo de 2018 y 2236 del 19 de noviembre de 2021 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

### VISTO:

El escrito de demanda<sup>2</sup> y el memorial de complementación de la demanda<sup>3</sup>, presentados por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

Las solicitudes de coadyuvancia presentadas por la República del Perú<sup>4</sup> y por las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly–Clark Ecuador S.A.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>2</sup> Del 15 de diciembre de 2021, recibido vía *courier* el mismo día.

<sup>3</sup> Del 11 de marzo de 2022, recibido vía correo electrónico el mismo día, precisada mediante escrito del 13 de abril de 2022.

<sup>4</sup> Del 18 de marzo de 2022, recibido vía correo electrónico el mismo día.

Del 29 de marzo de 2022, recibido vía correo electrónico el mismo día.





La contestación de la demanda<sup>6</sup> y el escrito de contestación a la complementación de la demanda y a las solicitudes de coadyuvancia<sup>7</sup>, presentados por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

El acta correspondiente a la audiencia pública celebrada el 21 de junio de 2023.

Los escritos de alegatos de conclusión presentados por las demandantes<sup>8</sup>, la demandada<sup>9</sup> y los coadyuvantes de las demandantes<sup>10, 11</sup>.

### **CONSIDERANDO:**

Que, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer y resolver la presente controversia en virtud de lo previsto en los artículos 17 y 19 de su Tratado de creación<sup>12</sup>, en concordancia con las normas del capítulo I del título tercero de su Estatuto<sup>13</sup>, mediante los cuales se regula lo pertinente a la acción de nulidad contra resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Que, se han observado las formalidades inherentes a la acción de nulidad sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.

Que, en este estado procesal y habiéndose agotado el trámite conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procede a dictar sentencia, para

<sup>6</sup> Del 21 de marzo de 2022, recibido vía correo electrónico el mismo día.

<sup>7</sup> Del 31 de mayo de 2022, recibido vía correo electrónico el mismo día.

<sup>8</sup> Del 29 de junio de 2023, recibido vía correo electrónico el mismo día.

<sup>9</sup> Del 29 de junio de 2023, recibido vía correo electrónico el 30 del mismo mes.

<sup>10</sup> Del 29 de junio de 2023, recibido vía correo electrónico el mismo día.

<sup>11</sup> Del 27 de junio de 2023, recibido vía correo electrónico el mismo día.

<sup>12</sup> Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>

<sup>13</sup> Aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF>



lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

## 1. GLOSARIO DE TÉRMINOS

**AEMP:** Autoridad de Fiscalización de Empresas de Bolivia.

**Bolivia:** Estado Plurinacional de Bolivia.

**Colombia:** República de Colombia.

**Comité:** Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

**Decisión 425:** Decisión 425 — «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina» del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina<sup>14</sup>.

**Decisión 608:** Decisión 608 — «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>15</sup>.

**Denuncia:** la solicitud de apertura de investigación de la SCPM del 20 de octubre de 2016. A través de esta denuncia, la SCPM solicitó a la SGCA abrir un procedimiento de investigación contra los Grupos Kimberly y Familia por presuntas prácticas anticompetitivas tipificadas en los literales a) y c) del artículo 7 de la Decisión 608<sup>16</sup>.

**Desclasificación de información:** la desclasificación de información realizada por la SCPM mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016

<sup>14</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 314 del 18 de diciembre de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetos/gace314.pdf>

<sup>15</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 del 4 de abril de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetos/Gace1180.pdf>

<sup>16</sup> **Decisión 608.-**

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

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; (...)
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios; (...).



del 14 de octubre de 2016. Esta resolución fue declarada nula mediante la Sentencia del 20 de septiembre de 2018, emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, recaída en el proceso interno 09802201700197.

**Ecuador:** República del Ecuador.

**Empresas sancionadas:** Grupo Kimberly y Grupo Familia, también llamadas las **empresas investigadas**, **Grupos Kimberly y Familia** o **Grupos Familia y Kimberly**.

**Familia Colombia:** Productos Familia S.A.

**Familia Ecuador:** Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

**Grupo Familia:** Familia Colombia y Familia Ecuador, a las cuales también se las referirá como las **empresas demandantes**.

**Grupo Kimberly:** Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador, a las cuales también se las referirá como las **empresas coadyuvantes**.

**Indecopi:** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú.

**Informe de Instrucción:** es el informe de los resultados de la investigación o etapa de instrucción, denominado Informe sobre los Resultados de la Investigación Expediente 002/LC/SJ/2016 de la SGCA del 20 de marzo de 2018.

**Kimberly Colombia:** Colombiana Kimberly Colpapel S.A.

**Kimberly Ecuador:** Kimberly–Clark Ecuador S.A.

**Mincetur:** Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú.

**Perú:** República del Perú.

**Procedimiento de investigación:** procedimiento administrativo sancionador supranacional de investigación de conductas anticompetitivas transfronterizas tramitado por la SGCA al amparo de la Decisión 608, bajo el expediente 002/LC/SJ/2016.



**Proceso SIC 14-151027:** el procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la SIC, en el cual se impuso sanciones por infracciones al régimen de protección de libre competencia en el mercado colombiano de papeles suaves. El expediente incluye la Resolución 69518 del 24 de noviembre de 2014, por la cual se abre la investigación y se formula pliego de cargos; un Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia; y la Resolución 31739 del 26 de mayo de 2016, por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras medidas.

**Programa de clemencia:** denominado también *leniency program*, programa de delación compensada o programa de exoneración o exención (total o parcial) del pago de multas, al cual se acogió Kimberly Ecuador ante la SCPM entre los años 2014 y 2015.

**Resolución 1855:** Resolución 1855 de la SGCA del 1 de junio de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2743 del mismo día<sup>17</sup>, por la cual la SGCA decidió «[d]eclarar inadmisibile la solicitud del ciudadano Mauricio Velandia para iniciar investigación contra las empresas Kimberly Clark, Familia Sancela y CMPC, por supuestas prácticas anticompetitivas contempladas en los literales a), b) y d) del artículo 7 de la Decisión 608...».

**Resolución 1883:** Resolución 1883 de la SGCA del 11 de noviembre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2871 del 14 del mismo mes<sup>18</sup>, la cual dispuso el inicio de la investigación solicitada por la SCE por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia contra las empresas sancionadas en el mercado de papeles suaves.

**Resolución 1903:** Resolución 1903 del 7 de febrero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2921 del mismo día<sup>19</sup>, mediante la cual la SGCA desestimó la solicitud de suspensión temporal de la Resolución 1883 presentada por el Grupo Kimberly.

<sup>17</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2743.pdf>

<sup>18</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2871.pdf>

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2921.pdf>



**Resolución 1908:** Resolución 1908 del 22 de febrero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2928 del mismo día<sup>20</sup>, por la cual la SGCA declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el Grupo Kimberly contra la Resolución 1883.

**Resolución 1939:** Resolución 1939 del 31 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3066 del 1 de agosto del mismo año<sup>21</sup>, por la cual la SGCA desestimó la solicitud de compromiso voluntario presentada por el Grupo Familia y, en consecuencia, continuó el trámite del procedimiento de investigación.

**Resolución 2006:** Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292 del mismo día<sup>22</sup>, mediante la cual la SGCA decidió, entre otros, declarar fundada la denuncia presentada por la SCE en contra de las empresas investigadas por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608. En esta resolución, la SGCA decidió sancionar al Grupo Kimberly, con la suma de 18'344.916,00 USD (Dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria; y, al Grupo Familia, con la suma de 16'857.278,00 USD (Dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria. Se dispuso que la sanción sea cancelada a la SCE y ejecutada aplicando la legislación ecuatoriana, siendo que estos recursos no formarían parte del Tesoro Nacional de Ecuador y su gasto debía ser autorizado por resolución de la SGCA.

**Resolución 2017:** Resolución 2017 del 6 de agosto de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3354 del mismo día<sup>23</sup>, a través de la cual la SGCA suspendió los efectos de la Resolución 2006 en tanto se emita resolución definitiva sobre los recursos de reconsideración presentados en su contra y dispuso a Kimberly

<sup>20</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2928.pdf>

<sup>21</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3066.pdf>

<sup>22</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3292.pdf>

<sup>23</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203354.pdf>



Colombia y Familia Ecuador que dispongan una caución a favor de la SGCA por el monto de la multa.

**Resolución 2236:** Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4369 del mismo día<sup>24</sup>, por la cual la SGCA decidió, entre otros: (i) declarar parcialmente fundados los recursos de reconsideración presentados por las empresas sancionadas —dadas las pruebas aportadas por Kimberly Ecuador sobre la existencia de un programa de clemencia en el marco del proceso SCPM-11APMAPR-EXP-009-2014 ante la SCE, no obstante lo cual dichas pruebas no afectaron el proceso de investigación supranacional—; (ii) declarar infundados los recursos de reconsideración de la SIC y del Mincetur; (iii) confirmar la Resolución 2006 con relación a la denuncia presentada por la SCE; y (iv) modificar el valor de la multa al Grupo Kimberly a 17'060.772,00 USD (Diecisiete millones sesenta mil setecientos setenta y dos dólares de Estados Unidos de América), a ser pagada de manera solidaria; y, (v) decidir que las multas serán canceladas a la SGCA y su gasto será autorizado por la Comisión de la Comunidad Andina.

**Resolución 2248:** Resolución 2248 del 19 de enero de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4408 del mismo día<sup>25</sup>, por la cual la SGCA decidió proceder con la ejecución de las garantías otorgadas por el Grupo Familia y el Grupo Kimberly.

**Resoluciones impugnadas:** las Resoluciones 2006 y 2236.

**SIC:** Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

**SCE:** Superintendencia de Competencia Económica de Ecuador, antes denominada Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM).

**SGCA:** Secretaría General de la Comunidad Andina, a la cual también se la referirá como la **demandada**.

**TJCA:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al cual también se le referirá como **Tribunal** o **corte andina**.

<sup>24</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204369.pdf>

<sup>25</sup> Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204408.pdf>





**Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil:** Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, de Ecuador, que declaró, mediante Sentencia del 20 de septiembre de 2018, la ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información. Asimismo, esta autoridad judicial decidió, en Sentencia del 27 de mayo de 2019, que la solicitud (denuncia) de la SCE dirigida a la SGCA era un acto procesal en la esfera del derecho supranacional andino.

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Proceso seguido ante el TJCA (principales hechos)

- 2.1.1. El 21 de junio de 2023, se realizó la audiencia pública con la asistencia del Grupo Familia, el Grupo Kimberly, la SGCA y Perú.
- 2.1.2. Entre el 27 y el 30 de junio de 2023, Perú, el Grupo Familia, el Grupo Kimberly y la SGCA presentaron sus alegatos de conclusión. El 7 de julio de 2023, el Grupo Familia y el Grupo Kimberly dieron respuesta a los alegatos de conclusión de la SGCA, respectivamente. El 10 de julio de 2023, la SGCA dio respuesta a los alegatos de conclusión de las empresas demandantes y sus coadyuvantes.
- 2.1.3. El 22 de junio de 2023, el Grupo Kimberly solicitó al TJCA decretar una prueba de oficio consistente en requerir a la SCE para que certifique: (i) si al momento de la aplicación de Kimberly Ecuador al programa de clemencia se dio apertura al expediente SCPM-11APPMAPR-EXP 2014-009; (ii) si, posteriormente a la reglamentación de la SCE frente al tratamiento de información confidencial y restringida, se abrió un nuevo expediente de “investigación”; y, (iii) que se aclare las inconsistencias de ciertos oficios.
- 2.1.4. El 18 de octubre de 2023, el Grupo Kimberly solicitó incorporar al expediente como prueba el oficio MPCEIP-DM-2023-022-0 del entonces Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca de fecha 9 de agosto de 2023, dirigido a la SGCA.
- 2.1.5. El 15 de diciembre de 2023, el Grupo Kimberly presentó un vídeo explicativo del caso del cártel de los papeles suaves.



- 2.1.6. El 15 de enero de 2024, Perú solicitó que se tenga acreditado como su representante y apoderado judicial al señor John Ramiro Cusipuma Frisancho y se deje sin efecto la designación de la señora Sara Rosana Rosadio Colán.
- 2.1.7. El 25 de enero de 2024, la SGCA solicitó, entre otros, revocar los poderes de representación otorgados al señor Ricardo Edmundo Schembri Carrasquilla para actuar en su nombre. Por otro lado, el 14 de febrero de 2024 consignó el nombre de los abogados que actuarán en el proceso en su representación.
- 2.1.8. En detalle, todas las actuaciones procesales acaecidas en el presente proceso judicial, desde la demanda, se encuentran consignadas en el **Anexo 1**, que forma parte integrante de la presente Sentencia.

## 2.2. Principales argumentos de las partes procesales

Los principales argumentos de las partes procesales se encuentran consignados en detalle en el **Anexo 2**, que forma parte integrante de la presente sentencia. A continuación, se presenta una versión resumida de ellos.

### 2.2.1. Principales argumentos del Grupo Familia (demandantes)

- (i) En 2014, Kimberly Ecuador se acogió al programa de clemencia ante la SCE, ofreciendo información auto incriminatoria que tenía la calidad de confidencial. Sin embargo, mediante resolución del 14 de octubre de 2016, la SCE, sin obtener el consentimiento de Kimberly Ecuador, desclasificó dicha información, vulnerando sus derechos. Por Sentencia del 20 de septiembre de 2018, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información.
- (ii) El procedimiento de investigación es nulo debido a que se utilizaron pruebas ilegales provenientes de la desclasificación de información originada en el programa de clemencia para sancionar a las empresas investigadas. Este es el fundamento principal por el cual serían nulas las resoluciones impugnadas.
- (iii) La SGCA desconoció sus actos propios al ignorar en la Resolución 2236 la declaratoria de ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información realizada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, a pesar de haber considerado previamente en la Resolución 2017 que el pronunciamiento de la





autoridad jurisdiccional ecuatoriana podía influir en los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas sancionadas contra la Resolución 2006.

- (iv) El inicio del procedimiento de investigación es nulo debido a que, para imputar los cargos contra las empresas sancionadas, se utilizó pruebas ilegales provenientes de la desclasificación de información originada en el programa de clemencia.
- (v) No existió acuerdo transfronterizo alguno. La hipótesis de que los gerentes colombianos de los Grupos Kimberly y Familia dieron instrucciones a los gerentes ecuatorianos de los Grupos Kimberly y Familia para coludirse en el mercado ecuatoriano de papeles suaves no encaja en alguno de los supuestos transfronterizos previstos en el artículo 5 de la Decisión 608.
- (vi) Las resoluciones impugnadas son nulas ya que la SGCA no se pronunció sobre las recomendaciones de la SIC y el Indecopi de apartarse del Informe de Instrucción, lo que vulneró el artículo 22 de la Decisión 608.
- (vii) El procedimiento de investigación no fue imparcial debido a que la SCE actuó como denunciante, asistente de la SGCA en la investigación y miembro del Comité.
- (viii) El Informe de Instrucción constituyó un prejujuicio. La SGCA violó el debido proceso al inadmitir los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas sancionadas contra dicho informe.
- (ix) La SGCA vulneró el principio *non bis in idem* al sancionar una conducta previamente investigada por la SCE y previamente sancionada por la SIC.
- (x) La SGCA vulneró el derecho de defensa del Grupo Familia al tramitar en paralelo el ofrecimiento de compromisos y el procedimiento de investigación.
- (xi) No existen pruebas de que la conducta sancionada se haya prolongado hasta octubre de 2013, razón por la cual la infracción estaba prescrita de acuerdo con el artículo 43 de la Decisión 608.
- (xii) El proceso de investigación no garantiza la imparcialidad. La SGCA concentra facultades de acusación, investigación y sanción.
- (xiii) La SGCA incurrió en desviación de poder pues no cuenta con la competencia para exigir el cobro coactivo de sanciones. Al disponer que las empresas sancionadas otorguen una caución, se arrogó funciones gubernamentales no previstas en el derecho andino.
- (xiv) La SGCA vulneró el derecho al debido proceso al no permitir acceso a pruebas confidenciales, emitir el Informe de Instrucción



fuera de los plazos previstos, no remitir los alegatos de las empresas sancionadas al Comité y omitir pronunciarse sobre argumentos relevantes de las empresas investigadas.

### 2.2.2. Principales argumentos de la SGCA (demandada)

- (i) El procedimiento de investigación no es nulo ya que la SGCA ha demostrado la existencia del cártel transfronterizo con pruebas obtenidas de fuentes distintas al programa de clemencia y cuya legalidad no ha sido cuestionada.
- (ii) La SGCA decidió iniciar el procedimiento de investigación debido a que la denuncia contenía indicios razonables de la existencia de un cártel transfronterizo.
- (iii) El procedimiento investigativo concluyó que las conductas anticompetitivas de las empresas filiales de los Grupos Kimberly y Familia en Ecuador fueron orquestadas por las matrices de los respectivos grupos en Colombia. Esto acredita la existencia de un cártel transfronterizo y activa la competencia territorial de la SGCA.
- (iv) No existió consenso entre los miembros del Comité sobre el cual pronunciarse. El silencio del Comité presupone que este consintió el contenido del Informe de Instrucción.
- (v) El Comité solamente dirige recomendaciones no vinculantes a la SGCA. La participación de la SCE en el Comité no vulnera la imparcialidad del procedimiento de investigación.
- (vi) El Informe de Instrucción solamente muestra los resultados de la investigación y contiene recomendaciones no vinculantes que no generan efectos jurídicos impugnables. Por ello, el Informe de Instrucción no constituye prejuzgamiento ni es impugnable.
- (vii) Las resoluciones impugnadas no vulneran el principio *non bis in idem* toda vez que las conductas sancionadas o investigadas por autoridades de competencia nacionales son separables del cártel transnacional sancionado en las resoluciones impugnadas.
- (viii) La SGCA no está obligada a suspender el procedimiento de investigación mientras tramita los compromisos voluntarios realizados por los operadores investigados.
- (ix) La SGCA sí logró probar que la conducta anticompetitiva que sancionó en las resoluciones impugnadas se prolongó al menos hasta diciembre de 2013 y tuvo efectos hasta el año 2016. En consecuencia, no operó la prescripción de la infracción.



2



- (x) El artículo 34 de la Decisión 608 faculta a la SGCA a indicar la forma, oportunidad y lugar de pago de las multas por conductas anticompetitivas transfronterizas.
- (xi) La SGCA no vulneró el derecho al debido proceso de las empresas sancionadas. Estas siempre tuvieron acceso a resúmenes no confidenciales de las pruebas. La SGCA puso a disposición de los miembros del Comité los argumentos de las empresas investigadas en contra del Informe de Instrucción, motivó las resoluciones impugnadas al reproducir la esencia del razonamiento y siempre respetó el derecho de las partes de presentar escritos, alegar posiciones, recurrir actos y defenderse.

### 2.2.3. Principales argumentos del Grupo Kimberly (empresas coadyuvantes de las demandantes)

- (i) El procedimiento de investigación es nulo al considerar pruebas ilegales obtenidas de la desclasificación de información del programa de clemencia. La SGCA desconoció actos propios al ignorar en la Resolución 2236 la declaratoria de ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información efectuada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil. Las resoluciones impugnadas afectarán el correcto desempeño de los programas de clemencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia de los Países Miembros.
- (ii) De acuerdo con la doctrina del fruto del árbol envenenado, todas las pruebas vinculadas a la desclasificación de información no debieron haberse considerado. Sin estas pruebas, el procedimiento de investigación no debió iniciarse por carecer de indicios que acrediten una posible conducta anticompetitiva.
- (iii) Durante el procedimiento de investigación, las empresas sancionadas probaron que no existió una conducta anticompetitiva con efectos transfronterizos. Los acuerdos horizontales de fijación de precios fueron alcanzados aisladamente en Colombia y Ecuador y solo tuvieron efectos locales, lo que desacredita la competencia territorial de la SGCA.
- (iv) Si bien no hubo consenso entre los miembros del Comité, sí existieron observaciones efectuadas por la SIC y el Indecopi que no fueron consideradas por la SGCA.
- (v) El procedimiento de investigación no fue imparcial debido a que la SCE actuó como denunciante, autoridad para práctica de pruebas, miembro del Comité y beneficiario de la multa.

1

d



- (vi) El Informe de Instrucción prejuzgó la conducta. Al expedir este informe y al inadmitir recursos de reconsideración interpuestos contra este, la SGCA incurrió en desviación de poder.
- (vii) La SGCA vulneró el principio *non bis in idem* al sancionar conductas cuya investigación fue previamente inadmitida por la SGCA en la Resolución 1855.
- (viii) La infracción sancionada por la SGCA se encontraba prescrita. En el procedimiento de investigación, se probó que la conducta anticompetitiva cesó en el año 2011.
- (ix) La SGCA concentró facultades de acusación, investigación y decisión en el procedimiento de investigación, actuando de forma parcializada.
- (x) La sanción impuesta en las resoluciones impugnadas excedió el tope de 10 % previsto en la Decisión 608. Este monto debió ser calculado sobre la renta obtenida de los productos objeto del cártel sancionado en el mercado relevante en cuestión, mas no sobre el total de ingresos del operador económico sancionado.
- (xi) La SGCA vulneró el debido proceso al no permitir acceso a pruebas confidenciales, no pronunciarse sobre argumentos importantes de las empresas sancionadas, no tomar en cuenta el programa de clemencia y no motivar adecuadamente las resoluciones impugnadas.

#### 2.2.4. Principales argumentos de Perú (coadyuvante de las demandantes)

- (i) Las resoluciones impugnadas desincentivarán el acogimiento a programas de clemencia en la subregión andina.
- (ii) La SGCA desconoció la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil que decidió declarar la ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información.

### 3. CUESTIONES EN DEBATE

Considerando los argumentos de las empresas demandantes en el escrito de demanda, de la SGCA en contestación a la demanda —y en las complementaciones de dichos escritos—, así como de las coadyuvantes en sus solicitudes de coadyuvancia, lo alegado por las partes y coadyuvantes en sus informes orales en la audiencia pública, en sus alegatos finales y en escritos adicionales, los puntos controvertidos que constituyen el objeto de la presente sentencia son los siguientes:





- (i) De la sustitución de poderes a favor de los abogados de Perú y la SGCA.
- (ii) De las pruebas aportadas fuera de plazo.
- (iii) De la naturaleza y alcances de la acción de nulidad.
- (iv) La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- (v) De la probanza de las prácticas colusorias horizontales.
- (vi) Sobre las prácticas colusorias horizontales de carácter transfronterizo.
- (vii) La teoría del fruto del árbol envenenado y sus excepciones.
- (viii) De la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016.
- (ix) Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador que derivó en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (x) De la conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (xi) Análisis particular de la Resolución 2236 sobre el extremo referido a la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información.
- (xii) Sobre la nulidad alegada en cuanto a que la SGCA no se habría pronunciado sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por los miembros del Comité.
- (xiii) Sobre la nulidad alegada en cuanto a la participación de la SCE como denunciante, autoridad que apoyó en la investigación a la SGCA e integrante del Comité.
- (xiv) Sobre el hecho de que la SGCA concentró las competencias de autoridad instructora (imputación de cargos e instrucción) y decisora (sanción) en el procedimiento de investigación.
- (xv) De la naturaleza jurídica del Informe de Instrucción, el supuesto





prejuzgamiento contenido en este y la inadmisión de los recursos de reconsideración presentados contra dicho informe.

- (xvi) De la supuesta vulneración al principio *non bis in idem*.
- (xvii) De la tramitación de compromisos en paralelo con la investigación y sobre los plazos previstos.
- (xviii) Sobre la presunta prescripción de la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (xix) Sobre el cálculo de la multa impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (xx) Sobre la cobranza y destino de las multas.
- (xxi) Sobre las demás vulneraciones alegadas por el Grupo Familia.
- (xxii) Sobre las alegaciones del Mincetur.
- (xxiii) Conclusión.
- (xxiv) Sobre la condena en costas.

#### 4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

##### 4.1. De la sustitución de poderes a favor de los abogados de Perú y la SGCA

- 4.1.1. Mediante oficio 001-2024-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 15 de enero de 2024, Perú solicitó que se tenga acreditado como su representante y apoderado judicial dentro de este proceso, en el que dicho País Miembro actúa como coadyuvante, al señor John Ramiro Cusipuma Frisancho, identificado con el Documento Nacional de Identidad 41148545 y el registro del Colegio de Abogados de Lima 43634, y se deje sin efecto la designación de la señora Sara Rosana Rosadio Colán, a quien se le había reconocido personería para actuar en este proceso mediante Auto del 27 de abril de 2022, para lo cual adjuntó los documentos habilitantes del primero y la resolución ministerial que acepta la renuncia de la segunda.







- 4.1.2. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del Estatuto del Tribunal, corresponde que el TJCA reconozca la sustitución del poder comunicada por Perú.
- 4.1.3. Por otro lado, mediante oficio SG/E/SJ/083/2024 del 25 de enero de 2024, la SGCA solicitó que se revoquen los poderes otorgados para actuar en representación de dicho órgano de integración al señor Ricardo Edmundo Schembri Carrasquilla, a quien se le había reconocido personería para actuar en este proceso mediante Auto del 27 de abril de 2022.
- 4.1.4. En el mismo escrito, la SGCA otorgó poder para actuar en su representación a la abogada Sara Rosana Rosadio Colán, identificada con el registro del Colegio de Abogados de Lima 21941 y designada como jefa del Servicio Jurídico de la SGCA mediante Disposición Administrativa 2143 del 11 de enero de 2024, precisando que en los casos en los que haya participado anteriormente ante el Tribunal se formulará la correspondiente abstención.
- 4.1.5. Mediante oficio SG/E/SJ/206/2024 del 14 de febrero de 2024, la SGCA presentó la abstención de la abogada Sara Rosana Rosadio Colán para participar en el presente proceso y señaló que los abogados del Servicio Jurídico que intervendrán como sus apoderados en esta causa serán las señoras María Cecilia Pérez Aponte, identificada con el registro del Colegio de Abogados de Lima 37685; Olga Sofía Ponce Quiñonez, identificada con la matrícula del Colegio de Abogados del Guayas 7960; y el señor José Ismael Villaroel Alarcón, identificado con la matrícula del Registro Público de la Abogacía 3451874JIVA.
- 4.1.6. Por Auto del 27 de abril de 2022, este Tribunal ya había reconocido personería a las abogadas María Cecilia Pérez Aponte y Olga Sofía Ponce Quiñonez para actuar a nombre de la SGCA, por lo que no corresponde pronunciarse nuevamente al respecto.
- 4.1.7. En consecuencia, y de conformidad con los artículos 40 y 41 del Estatuto del Tribunal, corresponde que el TJCA reconozca la sustitución del poder comunicada por la SGCA con relación al abogado José Ismael Villaroel Alarcón.



## 4.2. De las pruebas aportadas fuera de plazo

- 4.2.1. Con posterioridad a la audiencia pública y la presentación de los alegatos de conclusiones, y antes de dictar sentencia, solo el Tribunal, de oficio, puede ordenar la práctica de pruebas que estime pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, en aplicación de lo establecido en el artículo 77 del Estatuto del TJCA.
- 4.2.2. En el presente caso, con posterioridad a la audiencia pública y la presentación de los alegatos de conclusiones, el Grupo Kimberly ha solicitado incorporar una prueba al expediente (escrito del 18 de octubre de 2023) y ha entregado un vídeo explicativo (escrito del 15 de diciembre de 2023).
- 4.2.3. No corresponde valorar los medios probatorios a que se refiere el párrafo anterior debido a que han sido aportados fuera de plazo. Dichas pruebas, además, devienen en innecesarias a la luz del abundante material probatorio que obra en el expediente, que ha sido aportado por todas las partes procesales.

## 4.3. De la naturaleza y alcances de la acción de nulidad

- 4.3.1. En el **Anexo 3**, que forma parte integrante de la presente sentencia, consta el marco teórico jurisprudencial que explica la naturaleza y alcances de la acción de nulidad.
- 4.3.2. Si el acto impugnado es de efectos particulares, la acción de nulidad reviste la forma de un proceso contencioso administrativo, y el pronunciamiento del Tribunal, si las circunstancias lo justifican, puede ser de plena jurisdicción.
- 4.3.3. La posibilidad de emitir un pronunciamiento de plena jurisdicción y la aplicación del principio de justicia material implican que el Tribunal debe encontrar la verdad real más allá de lo alegado por las partes procesales.
- 4.3.4. En aplicación del principio *iura novit curia* («el juez conoce el Derecho»), queda claro que el análisis que haga el Tribunal sobre los elementos de validez de los actos administrativos (comunitarios) impugnados trasciende lo alegado por las partes demandante y demandada, máxime si tenemos presente que es misión subyacente del Tribunal, en ejercicio de la competencia para conocer y resolver una



acción de nulidad, la protección de fines públicos de carácter comunitario (interés público, orden público), lo que se traduce en la más amplia salvaguarda de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

- 4.3.5. Así, por ejemplo, asumamos que la SGCA demandara la nulidad de un acto del Parlamento Andino porque considera que no está debidamente motivado. Si el TJCA advirtiera que el órgano competente para emitir dicho acto era la Comisión de la Comunidad Andina, y no el Parlamento Andino, anularía dicho acto por haber sido emitido por autoridad incompetente, pese a que el demandante, la SGCA, alegó la nulidad por falta de motivación.

#### 4.4. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina

- 4.4.1. En su jurisprudencia armónica<sup>26</sup>, el TJCA ha explicado que el Acuerdo de Cartagena<sup>27</sup> 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 intra-subregional de servicios regulado en sus artículos 79 y 80.

- 4.4.2. 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

<sup>26</sup> Ver Interpretaciones Prejudiciales 484-IP-2018 del 8 de mayo de 2020 y 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 3961 del 8 de mayo de 2020 y 4126 del 14 de diciembre de 2020, respectivamente. Disponibles en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203961.pdf>  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204126.pdf>

<sup>27</sup> Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace940.pdf>



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.

- 4.4.3. 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.
- 4.4.4. Dado los beneficios de la libre competencia para los procesos de integración económica, el artículo 93 (dentro del Capítulo X, denominado «Competencia Comercial») del Acuerdo de Cartagena menciona que la Comisión de la Comunidad Andina adoptará antes del 31 de diciembre de 1971, a propuesta de la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy 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.
- 4.4.5. Es así como, 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».
- 4.4.6. 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 80 del 4 de abril de 1991.
- 4.4.7. 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» de la Comisión de la Comunidad Andina, de fecha 29 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 del 4 de abril de 2005. El artículo 2 de la Decisión



*x*



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.

#### 4.5. De la probanza de las prácticas colusorias horizontales

- 4.5.1. Los acuerdos de precios entre competidores —lo mismo que otras prácticas colusorias horizontales, como el reparto de mercados, proveedores o clientes; la limitación de la producción o de las ventas (cuotas de venta); y el reparto de licitaciones o concursos públicos— son las conductas anticompetitivas más perniciosas y las que son reprimidas con mayor severidad por parte de las autoridades de defensa de la libre competencia, por lo que las empresas suelen ocultar este tipo de prácticas para no ser sancionadas. Existe un consenso bastante amplio a nivel mundial, tanto en el ámbito jurisprudencial como de la literatura jurídica y económica especializada, de que tales acuerdos pueden probarse tanto con pruebas directas como indirectas.

##### *La probanza a través de pruebas directas*

- 4.5.2. Una práctica colusoria horizontal se corrobora con pruebas directas cuando estas apuntan a acreditar la existencia de la conducta anticompetitiva en sí misma. Así, por ejemplo, tratándose de un acuerdo de precios, serían pruebas directas:

- a) La declaración del gerente de una de las empresas investigadas, en la que reconoce que las demás empresas investigadas adoptaron un acuerdo de precios;
- b) Un correo electrónico enviado por el gerente de una empresa investigada al gerente de otra empresa investigada, en el que:
  - i) Le propone llegar a un acuerdo de precios,
  - ii) Le refiere circunstancialmente sobre el acuerdo de precios,
  - iii) Le reclama el incumplimiento del acuerdo de precios, o,
  - iv) Le menciona la necesidad de efectuar un ajuste al precio acordado.
- c) Una diapositiva en *power point* encontrada en la computadora de un gerente de las empresas investigadas, que fue proyectada en una



sesión de directorio, en el que se menciona que los precios han sido coordinados con él o los competidores; u,

d) Otros similares.

4.5.3. Sobre los ejemplos mencionados en el párrafo 4.5.2. precedente, resulta pertinente tener en consideración lo siguiente:

a) No es necesario que el medio probatorio contenga de manera expresa la frase «acuerdo de precios». Hay otras palabras, frases y oraciones que pueden tener idéntico o similar significado: «coordinación de precios», «monitoreo de precios», «revisión de precios», «invitación a subir precios», «mejoramiento de precios», «conversación sobre precios», «conversación sobre condiciones de comercialización», etc.

b) Depende de la autoridad de competencia si una prueba directa es suficiente, o si necesita dos o más. Dependiendo de las circunstancias, una sola prueba directa podría ser decisiva para probar un cártel; en otros casos, podría bastar una prueba directa en combinación con pruebas indirectas. No hay pruebas tasadas. La apreciación de la prueba se basa en el parámetro (o teoría) de la sana crítica. La autoridad, o el juzgador, analizará, caso por caso, si la prueba objeto de valoración es lo suficientemente persuasiva o convincente para probar la conducta anticompetitiva. En consecuencia, el número de pruebas directas depende de la valoración de la autoridad. Nada impide que una sola prueba directa pruebe la existencia de un cártel.

4.5.4. La probanza de un acuerdo de precios a través de una o más pruebas directas constituye para la autoridad de defensa de la libre competencia un escenario probatorio más sencillo y menos costoso que uno basado en pruebas indirectas, lo que se explica a continuación.

#### *La probanza a través de pruebas indirectas*

4.5.5. Una práctica colusoria horizontal se corrobora con pruebas indirectas en el sentido de que estas acreditan (directamente) determinados hechos, lo que constituye una primera valoración. Luego, como una segunda valoración, el análisis conjunto de estos hechos (ya probados) lleva a la conclusión irrefutable de que las empresas investigadas han cometido una práctica colusoria horizontal. Si bien las pruebas



✍



acreditan de manera directa (inmediata) los hechos, acreditan de manera indirecta (mediata) la colusión.

4.5.6. La metodología de análisis es básicamente la siguiente:

- a) Se analiza si el mercado objeto de investigación es uno en el que es factible que haya una colusión.
- b) Las pruebas acreditan hechos. Se analiza si estos hechos (probados) son indicios (*plus factors*) de una colusión.
- c) Se analizan los indicios (*plus factors*). El análisis conjunto de estos indicios permite concluir que ha habido, o que no ha habido, una colusión.
- d) Se realiza un análisis «contrafáctico» consistente en verificar si es que hay otra explicación razonable al comportamiento de las empresas.
- e) Si no hay otra explicación razonable, se puede concluir, sin lugar a duda (plena convicción), que sí hubo colusión.

4.5.7. Es tan válido probar un cártel con pruebas directas como hacerlo con indirectas (indicios y presunciones). La probanza de una práctica colusoria a través de pruebas indirectas no le resta efectividad, legitimidad o certeza al pronunciamiento de la autoridad.

4.5.8. Nadie espera que los cárteles firmen minutas o escrituras públicas conteniendo la práctica colusoria. El concepto «acuerdo» no significa contrato o convenio, sino una forma amplia de entendimiento entre los agentes económicos. Sobre la base de indicios y presunciones, la autoridad de defensa de la libre competencia puede concluir que ha existido un acuerdo de precios pese a la inexistencia de una prueba directa que diga «acuerdo de precios». El concepto «no hay otra explicación razonable» para probar un cártel es una herramienta poderosa de análisis en un mundo en que los infractores tratarán de borrar todas las pruebas posibles que acrediten su colusión.

***De la probanza del acuerdo y de la probanza de la duración del acuerdo***

4.5.9. Es importante diferenciar la probanza del acuerdo de la probanza de la duración del acuerdo. Hay acuerdos que son instantáneos y hay acuerdos que se ejecutan en el tiempo. Un ejemplo de lo primero es el acuerdo de dos o tres postores sobre quién de ellos debería ganar una determinada licitación pública. En este ejemplo, el acuerdo es sobre a





qué postor la entidad pública le va a adjudicar la «buena pro». La adjudicación de la «buena pro» es la culminación de los efectos del acuerdo. Se coludieron para repartirse la licitación pública, y el reparto se ejecutó plenamente cuando se otorga la «buena pro».

- 4.5.10. Un acuerdo de precios, en cambio, busca durar en el tiempo. Si dos o tres empresas se ponen de acuerdo en subir el precio del azúcar, no lo van a hacer para que el cártel dure un día, sino meses o años. La duración del precio acordado inicialmente va a depender de factores como el porcentaje del incremento, el nivel inflacionario, entre otros factores. Si el acuerdo es, por ejemplo, para que el precio de un kilogramo de azúcar suba de 1 USD a 3 USD en una economía con inflación baja, este acuerdo podría durar varios años sin necesidad de que se tenga que efectuar reajuste alguno. En cambio, si el acuerdo consiste en subir el precio del kilogramo de azúcar de 1 USD a 2 USD en una economía con inflación galopante, lo más probable es que el cártel necesite ajustar el precio cartelizado cada cierto tiempo.
- 4.5.11. Los medios probatorios que sirven para probar un acuerdo de precios no necesariamente son los mismos que permiten probar la duración del acuerdo de precios. Con pruebas directas, un par de correos electrónicos o la confesión de dos gerentes pueden ser suficientes para probar un acuerdo de precios. Para probar la duración del acuerdo de precios, por su parte, lo idóneo son medios probatorios que permitan apreciar o inferir el tiempo de vigencia del acuerdo. Para tener certeza sobre la duración de un acuerdo de precios, lo relevante es ver la evolución del precio acordado. Si este se ha mantenido constante durante tres años, indudablemente el cártel habrá durado tres años.
- 4.5.12. Ello lleva a diferenciar, también, el rol que juega el análisis del paralelismo de precios. Para probar el acuerdo de precios, posiblemente la existencia de paralelismo de precios sea insuficiente, mas no así para probar la duración del acuerdo de precios. Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que, con pruebas directas o indirectas, la autoridad de competencia prueba que en enero de 2018 las empresas “A”, “B” y “C” se pusieron de acuerdo en subir el precio del kilogramo de azúcar de 1 USD a 3 USD en un mercado con inflación muy baja (y hasta con periodos con deflación). Adicionalmente, constata que, entre enero de 2018 y enero de 2022, el precio vendido por las tres







empresas fue, en términos generales<sup>28</sup>, de 3 USD. Este paralelismo de precios acredita que el acuerdo duró cuatro años.

- 4.5.13. Veamos este otro ejemplo. La adopción del acuerdo o la reunión entre los representantes de las empresas involucradas podría haberse dado en enero de 2010, pero el cártel haber durado tres o cinco años, es decir, hasta enero de 2013 o de 2015. Las agendas de las secretarías podrían probar la existencia de las reuniones, pero el paralelismo de precios durante tres o cinco años probaría la duración del acuerdo. Y es que debe diferenciarse el acuerdo como concierto de voluntades de la ejecución del acuerdo, el cual expresa el tiempo de duración del mantenimiento del acuerdo. Podría darse el caso que en enero de 2010 las empresas competidoras “A”, “B”, “C” y “D” acordaron incrementar el precio del producto que venden por el plazo de diez años; sin embargo, el paralelismo de precios podría evidenciar que “C” dejó el cártel el 2016 y “D” lo abandonó el 2018, de modo que solo “A” y “B” mantuvieron el acuerdo hasta el 2020. Por tanto, la fecha de la reunión o la fecha de adopción del acuerdo no necesariamente coincide con la fecha de ejecución del acuerdo. Las empresas que se coluden buscan que este tipo de acuerdos duren lo más posible. No debe perderse de vista, además, que la ejecución del acuerdo es tan o más importante que el acuerdo mismo. Así, podría ocurrir, que el acuerdo fue adoptado por “A”, “B” y “C” en enero de 2010, con el objeto de que dure diez años, y resulta que “D” se adhiere al acuerdo al año siguiente, el 2011, y lo ejecuta hasta el final. El hecho de que “D” no haya participado en la adopción del acuerdo en enero de 2010 no lo exime de responsabilidad, pues su responsabilidad se sustenta en que se adhirió con posterioridad al acuerdo y lo ejecutó por nueve años.

<sup>28</sup> Decimos «en términos generales» porque siempre es posible, especialmente con precios de los comercializadores finales (*retail*), que haya establecimientos que se aparten del precio acordado, incluso por márgenes mínimos. A veces es imposible que el cártel pueda controlar férreamente y con efectividad absoluta que toda la cadena de *retail* venda el producto al precio acordado. Si el precio acordado es de 3 USD, no sería extraño que algunos establecimientos (*v.g.*, bodegas) vendan el precio del producto a 2,7, 2,8 o 2,9 USD, o por encima de 3 USD. Estas pequeñas variaciones no eliminan la existencia del cártel ni la certeza de su duración.



- 4.6. Sobre las prácticas colusorias horizontales de carácter transfronterizo
- 4.6.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Decisión 608<sup>29</sup> y en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018<sup>30</sup>, una modalidad de conducta anticompetitiva transfronteriza es aquella «que se realiza» en un País Miembro y tiene efectos reales en otro País Miembro<sup>31</sup>.
- 4.6.2. El artículo 1 de la Decisión 608 define «conducta» como «todo acto o acuerdo»; e indica que «acto» es todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma y «acuerdo» es todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupan.
- 4.6.3. La SGCA ha sancionado a Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador debido a que, conforme a la investigación adelantada, las dos primeras, como empresas matrices ubicadas en Colombia, dieron la directriz para que las dos segundas, empresas filiales ubicadas en Ecuador, adoptaran un acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves (papel higiénico, toallas de papel, servilletas y pañuelos desechables).

<sup>29</sup> **Decisión 608.-**

«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.»

<sup>30</sup> De fecha 8 de mayo de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3961 del mismo día. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203961.pdf>

Numeral (i) del literal a) del párrafo 2.4 de la sección E de la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, p. 8.



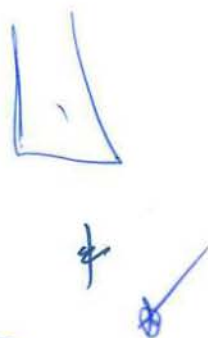


- 4.6.4. La sanción impuesta en las resoluciones impugnadas se fundamenta en el hecho de que los gerentes colombianos instruyeron a los gerentes ecuatorianos a coludirse en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.
- 4.6.5. En el artículo 5 de la Decisión 608 se establece su ámbito de aplicación, en el cual se encuentran las «conductas» (los «actos» y los «acuerdos») practicadas en 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. En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018<sup>32</sup>, al momento de explicar el artículo 5 de la Decisión 608, se da como un ejemplo de conducta anticompetitiva transfronteriza aquella que se realiza en un País Miembro de la Comunidad Andina y tiene efectos reales en otro País Miembro del proceso de integración subregional andino. Sería el caso, por ejemplo, de que se realiza en Colombia y tiene efectos reales en Ecuador.
- 4.6.6. Una práctica colusoria transfronteriza consistente en un acuerdo de precios puede implicar que, los conceptos «se realiza en un País Miembro» y «se practica en un País Miembro» signifiquen una amplia variedad de acciones, que pueden ir desde una recomendación hasta una orden, desde los primeros pasos para la adopción del acuerdo hasta los últimos pasos que dan forma a su culminación. Asumamos, a modo de ejemplo, que el representante de una empresa llama por teléfono o envía un correo electrónico el 30 de enero a los otros representantes invitándolos a reunirse el 15 de febrero, pero la reunión se pospone para el 15 de marzo, y en esta oportunidad se dan solo conversaciones preliminares, pues se vuelven a juntar el 15 de abril, fecha en la cual se ponen de acuerdo sobre el incremento de precios. Si este fuera el caso, la práctica colusoria «se realiza» o «se practica» desde la llamada telefónica o el correo electrónico enviado el 30 de enero. La adopción de un acuerdo puede tomar etapas, puede tomar semanas o meses. Desde que un gerente en un país recomienda, sugiere, aconseja, exhorta, instruye u ordena al gerente de otro país, ya se está materializando la acción de «realizar» o «practicar». El principio de primacía de la realidad exige esta mirada de las cosas, pues solo así es posible tener una política de competencia efectiva; de lo contrario, reinaría la impunidad, se caerían todas las investigaciones sobre la base de subterfugios legales.

<sup>32</sup> Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3961 del mismo día, p. 8.



- 4.6.7. Una conducta anticompetitiva transfronteriza en la modalidad de acuerdo de precios puede consistir en que empresas de dos o más Países Miembros de la Comunidad Andina se ponen de acuerdo respecto del precio del producto que venden en esos países o exportan hacia estos países. Es el caso ficticio de las empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas que producen conservas enlatadas de atún que aparece, a modo de ejemplo, en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018<sup>33</sup>. Pero pueden darse otras modalidades, y una de ellas puede ser aquella en que la recomendación del acuerdo proviene de un País Miembro y la adopción y ejecución del acuerdo se materialice en otro País Miembro.
- 4.6.8. Es un error pensar que una conducta anticompetitiva transfronteriza exige, necesariamente, que se afecte el mercado de dos o más Países Miembros. No es así. Ya es transfronteriza cualquiera de las siguientes modalidades:
- a) La instigación, recomendación o planeamiento del acuerdo se da en un País Miembro, y la adopción y ejecución del acuerdo y los efectos perniciosos de este se dan en otro País Miembro.
  - b) El acuerdo se adopta en un País Miembro, y la ejecución del acuerdo y los efectos perniciosos de este se dan en otro País Miembro.
  - c) El acuerdo se adopta y se implementa en un País Miembro, y los efectos perniciosos del acuerdo se sienten en otro País Miembro.
- 4.6.9. Un cártel de exportación es un buen ejemplo de lo que venimos hablando. Asumamos que las empresas "A", "B" y "C", que producen y comercializan plátanos en Ecuador, se ponen de acuerdo únicamente respecto del precio de exportación de esta fruta hacia Perú. El acuerdo se adopta e implementa en Ecuador, pero los efectos perniciosos (el mayor precio) se sienten únicamente en Perú. Los afectados con este acuerdo no son los consumidores ecuatorianos, sino los consumidores peruanos. En este ejemplo, carece de sentido analizar si los mercados de comercialización de plátanos peruano y ecuatoriano se parecen o no. La conducta anticompetitiva se realiza en Ecuador y tiene efectos reales en Perú. En este caso, la comparación de los tributos, la inflación y el costo de los insumos entre los mercados peruano y ecuatoriano es irrelevante.

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



4.6.10. Los diversos ejemplos mencionados evidencian que las conductas anticompetitivas transfronterizas pueden adoptar diversas formas. Desde las más simples hasta las más complejas, desde las más imperceptibles hasta las más ostensibles, desde las más sutiles hasta las más burdas. De hecho, en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 se menciona que es bastante sencillo alegar un efecto transfronterizo y que, por tanto, es necesario evitar espacios de impunidad. Es así que el Tribunal, en dicha interpretación prejudicial, estableció criterios jurídicos sobre la aplicación del principio *non bis in idem* en materia de defensa de la libre competencia<sup>34</sup> y desarrolló una suerte de teoría de la doble barrera andina<sup>35</sup>, de modo que las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia y la SGCA pueden procesar y sancionar siempre y cuando no se presente en estricto sentido una triple identidad (que sean los mismos agentes económicos, que sea el mismo hecho y que estemos ante el mismo fundamento o bien jurídico protegido) y sobre la base de las siguientes premisas:

- a) 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.
- b) 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.

El caso ficticio de colusión entre empresas colombianas, ecuatorianas y peruanas que producen conservas enlatadas de atún, que aparece en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, es un buen ejemplo de aplicación de la teoría de la doble barrera andina.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 10-13.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 15-19.





#### 4.7. La teoría del fruto del árbol envenenado y sus excepciones

4.7.1. En derecho probatorio se reconoce generalmente la regla de exclusión de las pruebas que son obtenidas en afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>36</sup>. El propósito de este principio es desincentivar el ejercicio abusivo de la autoridad en la administración de justicia, salvaguardando los derechos fundamentales de las personas en el marco de las investigaciones que se lleven a cabo en su contra.

4.7.2. En la órbita de la regla de exclusión probatoria tiene un papel preponderante la *teoría del fruto del árbol envenenado* (también llamada *regla de exclusión de la prueba derivada*), respecto de la cual Ricardo Medina Rico explica lo siguiente:

«En ella se afirma no solo que debe excluirse la prueba obtenida de manera ilícita sino que esta permea de ilicitud las pruebas de ella derivadas. Tal teoría se construye haciendo un símil con un árbol envenenado cuyos frutos también contendrán el veneno o serán ponzoñosos»<sup>37</sup>.

Como puede observarse, la regla de exclusión probatoria no solo se aplica sobre las pruebas obtenidas de forma ilícita, sino sobre todo el repertorio probatorio que se haya alcanzado como consecuencia del hallazgo de la prueba ilícita, en la medida que su obtención solo haya sido posible gracias a dicha prueba<sup>38</sup>.

4.7.3. La relevancia procesal de que se excluyan ciertas pruebas a la luz de esta teoría varía en cada caso. En Sentencia del 6 de marzo de 2002, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia indicó lo siguiente:

<sup>36</sup> Una fuente originaria de esta doctrina es la Sentencia del 1 de febrero de 1886 adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>

<sup>37</sup> Ricardo Hernán Medina Rico, *La teoría del árbol envenenado. Excepciones a la regla de la exclusión*, en: *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal: análisis teórico-práctico en derecho comparado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, p. 39.

<sup>38</sup> Sobre esta puntualización, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: «...las pruebas serán inadmisibles si puede demostrarse que “sin” el acto ilegal no hubieran sido descubiertas (...) factores tales como si los medios de prueba en litigio habrían de todos modos sido descubiertos con posterioridad e independientemente del método prohibido de interrogatorio, pueden tener incidencia sobre la admisión de las pruebas». Sentencia del 1 de junio de 2010, *Asunto Gäfgen c. Alemania*, Estrasburgo, pp. 20, 21 y 54.



«...la cuestión de sí (sic) la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida»<sup>39</sup>.

Con base en lo anterior, se concluye que es posible dictar resolución con pruebas válidas incluso si en el mismo proceso han sido objetadas y excluidas otras pruebas ilícitas. Lo importante es que la resolución final sea adoptada sobre el análisis de un acervo probatorio válido lo suficientemente convincente para que la autoridad forme su criterio.

- 4.7.4. Al repertorio de pruebas válidas se pueden añadir pruebas beneficiadas por la aplicación de excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado, pues esta doctrina no es absoluta. Al respecto, la misma Corte ha señalado:

«...la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: *doctrina de la atenuación*, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la *doctrina de la fuente independiente*, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la *doctrina del descubrimiento inevitable*, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la *doctrina del acto de voluntad libre*, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada»<sup>40</sup>.

- 4.7.5. Otros tribunales en la Comunidad Andina han reconocido excepciones similares. En Ecuador, la Corte Nacional de Justicia distingue dos

<sup>39</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 6 de marzo de 2002 en la *Acción de tutela instaurada por Saulo Arboleda Gómez c. la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*, Expediente T-426353.

*Ibidem.*



categorías: (i) excepción de buena fe; y, (ii) excepciones procedentes de la eficacia (incluyendo la prueba independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado)<sup>41</sup>. En el Perú, por otro lado, la Corte Suprema de Justicia enumera varias excepciones, entre las cuales se destacan: (i) la fuente independiente; (ii) las circunstancias eximentes; (iii) la buena fe del infractor o de la actuación policial; (iv) la ausencia de dolo; (v) el descubrimiento inevitable; (vi) el vínculo atenuado; y, (vii) la actuación a propio riesgo<sup>42</sup>.

4.7.6. Para efectos del presente caso, son especialmente relevantes la *excepción de la prueba independiente* y la *excepción de buena fe*. Sobre la prueba independiente, Medina Rico sostiene que:

«...es preciso anotar que hay autores que consideran que la figura de la fuente independiente no debe ser tratada en el apartado de los frutos del árbol ponzoñoso (...) Si se circunscribe el estudio a la analogía del árbol envenenado, bajo esta excepción se está tomando un fruto de otro árbol, que puede estar sembrado cerca del primero pero que, de ninguna forma, podría adquirir el carácter ponzoñoso de aquel»<sup>43</sup>.

4.7.7. La Corte Suprema de Justicia peruana comparte la posición doctrinaria anterior y explica, citando a Margarita Simarro Pedreira, que: «[c]uando la evidencia es obtenida mediante una fuente independiente a la actuación ilegal no hay “mácula” alguna que atenuar y, por tanto, la prueba incautada es admisible ya que, estrictamente, no constituye un fruto del árbol ponzoñoso»<sup>44</sup>. De manera similar, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana ha establecido que: «en aplicación de esta excepción se exige una desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba posterior obtenida en respeto de los derechos de la persona procesada»<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia del 26 de marzo 2015 en el *Recurso de casación instaurado en el proceso Fiscalía General del Estado c. Riskus Grazvydas*, Expediente 1409-2014 VR, pp. 25 y 26.

<sup>42</sup> Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Sentencia del 1 de diciembre 2022 en el *Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público c. Romero Poma & Maldonado Cubas*, Expediente 81-2022/Lima Este, pp. 17 a 20.

<sup>43</sup> Medina Rico, *Op. Cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia del Perú, *Op. Cit.*, pie de página 24.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Op. Cit.*, p. 26.









- 4.7.8. En virtud de lo expuesto, y por ser plenamente razonable, este Tribunal concluye que resulta admisible la valoración y análisis de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de una fuente independiente y distinta a las que se hayan obtenido de forma ilícita. No basta con que las pruebas sean presentadas en un mismo repertorio para deducir que tienen un origen común; e, incluso si hubiera un vínculo aparente entre ellas, la exclusión probatoria derivada solo tendrá lugar cuando pueda establecerse una relación causal incuestionable bajo la forma: si no fuera por X, no se hubiera hallado Y<sup>46</sup>.
- 4.7.9. Por otro lado, se tiene la excepción de la buena fe, que opera cuando la autoridad, «aunque actuó de forma ilícita/irregular pero no inconstitucional, esto es, con lesión de derechos individuales, lo hizo en la creencia de que lo hacía de buena fe, es decir, dentro de los márgenes de la ley o de la Constitución»<sup>47</sup>. Esta excepción también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana y fue creada para evitar la exclusión de pruebas relevantes obtenidas ilegalmente por oficiales que hayan actuado creyendo razonablemente que su proceder estaba debidamente autorizado<sup>48</sup>.
- 4.7.10. Para Medina Rico, no está claro si esta excepción es del todo aplicable en una de las jurisdicciones de la Comunidad Andina<sup>49</sup>; además, por su naturaleza, conlleva el riesgo de flexibilizar excesivamente la inclusión de ciertas pruebas ilícitas en el acervo probatorio. Sin embargo, no puede negarse el hecho de que muchas actuaciones de la autoridad investigadora se vician por errores involuntarios y justificables por parte de sus funcionarios. En ocasiones, el costo de excluir las pruebas viciadas por estas actuaciones es desproporcionadamente mayor al poder disuasivo de la exclusión misma sobre la administración pública, por lo cual no resulta razonable prescindir de tales pruebas.
- 4.7.11. El sentido mismo de la regla de exclusión probatoria es disuadir a la autoridad de obtener evidencias en contravención de los derechos

<sup>46</sup> Explicaciones similares han sido propuestas por la Corte Suprema de Estados Unidos [ver *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) y *Segura v. U.S.*, 468 U.S. 796 (1984)], el Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica [ver *State v. Mthembu* (379/07) 2008 ZASCA 51], y el Tribunal Constitucional de España [ver Sentencia 86/1995 del 6 de junio de 1995].

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia del Perú, *Op. Cit.*, pie de página 26.

<sup>48</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>49</sup> Medina Rico, *Op. Cit.*, p. 46.





fundamentales de las personas. Pero si las pruebas ilícitas han sido obtenidas de buena fe, no hay conducta que pueda ser disuadida, pues se parte de la premisa de que, en la mente de la autoridad, no se ha incurrido en ningún exceso que lesione los derechos del investigado. Por esa razón, Manuel Miranda Estrampes sostiene que:

«En la actualidad, entre los factores a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el TC [Tribunal Constitucional español] menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración»<sup>50</sup>.

(Texto entre corchetes agregado)

- 4.7.12. Por lo anterior, y por resultar razonable a los ojos de este Tribunal, es admisible la valoración y análisis de aquellas pruebas que, aunque de forma ilícita, fueron obtenidas por una autoridad competente que tenía la convicción fundada en razones de fuerza para creer que fueron halladas de forma lícita y sin vulnerar derecho fundamental alguno. Si se hubiera declarado la ilicitud de la prueba, la autoridad deberá demostrar rigurosamente los motivos por los que consideró tal prueba para preservarla. Caso contrario, deberá excluirla<sup>51</sup>.
- 4.8. **De la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016**
- 4.8.1. En el Auto del 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018<sup>52</sup>, y en el Auto del 7 de noviembre de 2018, emitido en el proceso 05-AN-2018<sup>53</sup>, el TJCA explicó la importancia del programa de clemencia para detectar y sancionar a los cárteles, y que un elemento intrínseco y de vital importancia es la confidencialidad de la

<sup>50</sup> Manuel Miranda Estrampes, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, en Revista Catalana de Seguritat Pública, mayo 2010, pp. 136 y 137.

<sup>51</sup> Una posición similar se aprecia en la Sentencia 22/2003 del Tribunal Constitucional español del 10 de febrero de 2003.

<sup>52</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3412 del 25 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203412.pdf>

<sup>53</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3436 del 9 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203436.pdf>





información (auto incriminatoria) aportada por el agente o agentes económicos que se acogen a dicho programa.

- 4.8.2. El Tribunal indicó en los autos mencionados en el párrafo precedente que las declaraciones aportadas por el o los colaboradores en el contexto de un programa de clemencia no deberían ser utilizadas en su contra en «otros procesos», pues ello desincentivaría la presentación de futuras delaciones, lo que afectaría negativamente al programa de clemencia, debilitando la lucha contra los cárteles; y que esos «otros procesos» pueden ser procedimientos administrativos o procesos jurisdiccionales, pueden tratarse de investigaciones de conductas anticompetitivas o demandas de indemnización por daños y perjuicios.
- 4.8.3. En otras palabras, el Tribunal explicó que la documentación e información que proporcionan los colaboradores en el marco de un programa de clemencia son confidenciales y no deberían ser usadas en su contra en otros procesos, pues ello desincentivaría futuros programas de clemencia.
- 4.8.4. La SCE desclasificó la siguiente información mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016 del 14 de octubre de 2016:
- a) «Acta de Reunión y anexos de 17 de noviembre de 2014 entre funcionarios de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y el operador económico Kimberly Clark»;
  - b) «[D]eclaración del señor Rafael Hincapié de 9 de julio de 2014»
  - c) «[D]eclaración del señor Luis Fernando Palacio de 13 de julio de 2014»;
  - d) «[D]eclaración del señor Luis Fernando Palacio de 19 de febrero de 2015 rendida ante la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas»; y,
  - e) «[D]eclaración del señor Rafael Hincapié de 28 de enero de 2015 rendida ante la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas».<sup>54</sup>
- 4.8.5. Mediante Sentencia del 20 de septiembre de 2018, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información.

Ver foja 3459 del expediente.



- 4.8.6. En la denuncia que presentó la SCE ante la SGCA el 20 de octubre de 2016, adjuntó los siguientes elementos de prueba:
- a) «Copia Certificada de la declaración del señor Rafael Hincapié Camader de fecha 09 de julio de 2014».
  - b) «Copia Certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha de 13 de julio de 2014».
  - c) «CD que contiene el audio de la teleconferencia mantenida entre los funcionarios de la SCPM y el señor Luis Fernando Palacio de 19 de febrero de 2015.»
  - d) «Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia con Radicación 14-151027».
  - e) «Su autoridad se servirá solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Comercio Industria y Turismo de la República de Colombia, remita copias certificadas del proceso investigativo con radicación No. 14-151027, que desembocó en la Resolución 31739 de 26 de mayo de 2016, junto con los elementos recabados en sus inspecciones».
  - f) «Durante la etapa de investigación, conforme lo establecido del artículo 17 de la decisión 608, la SCPM entregará más documentos que están siendo procesados en este momento».<sup>55</sup>

Las pruebas mencionadas en los literales a), b) y c) precedentes (en negrilla) fueron parte de la desclasificación de información efectuada por la SCE y que formaban parte del programa de clemencia.

En la medida que el TJCA reconoce que la denuncia de la SCE sí contenía pruebas que provenían de la desclasificación de información efectuada por la SCE y que formaban parte del programa de clemencia, carece de sentido decretar la prueba solicitada por el Grupo Kimberly en su escrito del 22 de junio de 2023.

- 4.8.7. La SCE sí adjuntó pruebas que provenían del programa de clemencia al momento de presentar su denuncia ante la SGCA. A la luz de lo señalado por el TJCA en el Auto del 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018, y en el Auto del 7 de noviembre de 2018, emitido en el proceso 05-AN-2018, tales pruebas no debieron, en principio, ser usadas en el procedimiento de investigación tramitado por la SGCA.

Ver reverso de la foja 2075 del expediente.





- 4.8.8. Lo anterior no fue ignorado por la SGCA, motivo por el cual, en su Resolución 2236, señaló lo siguiente:

«Con relación al segundo considerando relacionado al Proceso 04-AN-2018, en virtud de las pruebas que constan en el expediente, esta Secretaría General no puede negar el hecho de que hubo un proceso de clemencia interno en el Ecuador; por lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 425 que señala que la SGCAN no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias que le sea sometido; es necesario que en la imposición de la sanción esta consideración sea evaluada»<sup>56</sup>.

De ese modo, este Tribunal concluye que la SGCA sí reconoció haber incluido en su expediente de investigación pruebas provenientes de un programa de clemencia. Sin embargo, lejos de ser indiferente a este hecho, lo tomó en cuenta al momento de reducir la multa del Grupo Kimberly.

- 4.8.9. ¿Ello anula el procedimiento tramitado por la SGCA? La respuesta es no, pues en este caso resultan aplicables algunas de las excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado, concretamente las excepciones de la *prueba independiente* y la *prueba obtenida de buena fe*.

*De las pruebas independientes aportadas por la SCE*

- 4.8.10. Si bien hay excepciones a la teoría del árbol envenenado que sostienen la licitud de determinadas pruebas que «derivan» de las ilegales (*v.g.*, el descubrimiento inevitable), una situación más alejada es la de la prueba o fuente independiente.

La figura de la fuente independiente no debe ser tratada en el apartado de los frutos del árbol envenenado. Si se circunscribe el estudio a la analogía del árbol envenenado, la teoría de la prueba independiente se refiere al fruto de «otro árbol», que puede estar sembrado cerca (o lejos) del envenenado, pero que, de ninguna manera, podría adquirir el carácter ponzoñoso de aquel.<sup>57</sup>

Si la existencia de una prueba ilícita (el fruto del árbol envenenado) no vicia pruebas independientes (los frutos de otros árboles), la existencia

<sup>56</sup> Párrafo 462 de la Resolución 2236.

<sup>57</sup> Medina Rico, *Op. Cit.*, pp. 42-43.





de abundantes pruebas independientes impide asumir la invalidez del proceso judicial entero (un bosque donde hay muchos frutos de árboles no envenenados).

4.8.11. Se menciona a continuación, a manera de ejemplo y de manera resumida, diversas pruebas que la SGCA utilizó en el procedimiento de investigación distintas (provenientes de árboles distintos al envenenado) a las que fueron aportadas por Kimberly Ecuador en el programa de clemencia:

- a) Información pública de la página de la Superintendencia de Compañías del Ecuador.<sup>58</sup>
- b) Organigrama presentado por el Grupo Familia a la SGCA con comunicación de fecha 25 de julio de 2017.<sup>59</sup>
- c) El expediente público y confidencial del Proceso SIC 14-151027, del cual cabe destacar los siguientes elementos probatorios:
  - (i) certificado de constitución y representación legal de Kimberly Colombia<sup>60</sup>; (ii) contratos de licencias de marcas entre Kimberly Clark Corporation y Kimberly Colombia<sup>61</sup>; (iii) certificado de existencia y representación legal de Familia Colombia<sup>62</sup>; (iv) pruebas de reuniones contenidas en la Resolución 31739<sup>63</sup>; (v) correos electrónicos incorporados en la Resolución 69518<sup>64</sup>; (vi) declaraciones de María Carolina Arenas, gerente de Familia Colombia<sup>65</sup>; (vii) correos electrónicos entre funcionarios de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador<sup>66</sup>; (viii) declaraciones de

<sup>58</sup> Ver párrafo 443 (pp. 74 y 75) de la Resolución 2006.

<sup>59</sup> Ver párrafo 718 (p. 161) de la Resolución 2006.

<sup>60</sup> Ver párrafos 705 y 706 (p. 158) de la Resolución 2006.

<sup>61</sup> Ver párrafo 444 (p. 75) de la Resolución 2006.

<sup>62</sup> Ver párrafo 565 (p. 105) de la Resolución 2006.

<sup>63</sup> Ver párrafos 626 y 627 (pp. 123 y 124) de la Resolución 2006 y párrafos 188 (pp. 45 y 46), 201 y 203 (pp. 48 y 49) de la Resolución 2236.

<sup>64</sup> Ver párrafos 628 y 629 (pp. 124 a 127) de la Resolución 2006 y párrafos 174 y 175 (pp. 38 a 41) de la Resolución 2236.

<sup>65</sup> Ver párrafo 629 (pp. 126 y 127), 634 y 636 (p. 128), 720 a 722 (p. 162) de la Resolución 2006 y párrafos 183 y 184 (pp. 43 y 44) y 202 (p. 49) de la Resolución 2236.

Ver párrafo 630 (p. 127) de la Resolución 2006.





- Felipe José Alvira Escobar, entonces presidente de Kimberly Colombia, y Vladimir Humberto Ruiz Quintana, gerente de Kimberly Colombia<sup>67</sup>; (ix) correo de Kimberly Clark Corporation al directorio andino del Grupo Kimberly<sup>68</sup>; (x) correos desde 2001 de presidencia de Kimberly Colombia a Luis Fernando Palacio, director andino del Grupo Kimberly<sup>69</sup>; (xi) testimonio de un exfuncionario del canal consumo de Kimberly Colombia<sup>70</sup>; y, (xii) testimonio de Felipe Alvira, gerente de Kimberly Colombia<sup>71</sup>.
- d) La Resolución 47965 de la SIC, que cita diversos correos electrónicos.<sup>72</sup>
- e) Los testimonios brindados por María Carolina Arenas Aristizabal, Luis Fernando Palacio González, Francia Elena Tanaka Ramón, Manuel Muñoz Merizalde, Gustavo Duque, Enrique Cuenca, Paola Mena y Osman Carvajal, en el año 2017, en el marco del Plan de Investigación liderado por la SGCA<sup>73</sup>. Especialmente: (i) el testimonio rendido ante la SCE por parte de Manuel Muñoz Merizalde, gerente institucional de Familia Ecuador<sup>74</sup>; y, (ii) la entrevista con el gerente general de Familia Ecuador del 2 de agosto de 2017<sup>75</sup>.
- f) El documento ID 2017-42219 remitido por la SCPM a la SGCA el 9 de junio de 2017<sup>76</sup>.

<sup>67</sup> Ver párrafos 631 y 632 (p. 127) de la Resolución 2006.

<sup>68</sup> Ver párrafo 679 (p. 146), 680 (p. 147), 724 (p. 163), 859 (p. 207) y 974 (p. 247) de la Resolución 2006 y párrafos 95 y 96 (p. 20) y 376 (p. 95) de la Resolución 2236.

<sup>69</sup> Ver párrafo 710 (pp. 159 y 160) y 711 (p. 160) de la Resolución 2006 y párrafos 70 y 71 (p. 14) de la Resolución 2236.

<sup>70</sup> Ver párrafo 714 (p. 160) de la Resolución 2006.

<sup>71</sup> Ver párrafo 715 (pp. 160 y 161) de la Resolución 2006.

<sup>72</sup> Ver párrafos 628 (pp. 124 a 126), 633 (pp. 127 a 128) y 649 (p. 131) de la Resolución 2006.

<sup>73</sup> Por ejemplo, párrafos 692 (pp. 153 y 154) y 695 (p. 155) de la Resolución 2006.

<sup>74</sup> Ver párrafos 634 (p. 128), 637 y 638 (p. 129), 669 (p. 144), 723 (pp. 162 y 163), 967 (p. 246) y 973 (p. 247) de la Resolución 2006 y párrafos 94 (pp. 19 y 20), 227 y 228 (pp. 56 y 57) de la Resolución 2236.

<sup>75</sup> Ver párrafo 639 (p. 129) de la Resolución 2006 y párrafo 150 (p. 32) de la Resolución 2236.

<sup>76</sup> Párrafo 708 (p. 159) de la Resolución 2006; y, párrafo 68 (p. 14) de la Resolución 2236.



- g) El análisis de la estructura organizacional de las empresas investigadas en Colombia y Ecuador (el control societario en los mencionados grupos).<sup>77</sup>
- h) El análisis económico referido al mercado relevante, la evolución de los precios y las participaciones en las ventas.<sup>78</sup>
- i) Las visitas administrativas realizadas por la SGCA a las oficinas de Familia Ecuador y de Kimberly Ecuador el 2 y 3 de agosto de 2017, respectivamente, para reunir información sobre el proceso e interrogar a sus empleados.<sup>79</sup>
- j) Información económica y comercial presentada por las empresas sancionadas y terceros competidores en el marco del procedimiento de investigación andino.<sup>80</sup>

4.8.12. En consecuencia, correspondería, en principio, excluir del análisis únicamente las pruebas desclasificadas en la Resolución SCPM-IG-DES-001-2016 de la SCE<sup>81</sup>.

4.8.13. Sin embargo, la «Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha de 13 de julio de 2014» merece un tratamiento aparte.

4.8.14. El documento que contiene la declaración del señor Luis Fernando Palacio González (en adelante, también referido como el **señor Palacio**), gerente de Kimberly Colombia, ya era un documento público anotado en un registro de carácter público antes de ser presentado ante la SCE en el marco del programa de clemencia.

<sup>77</sup> Párrafos 701 a 726 (pp. 157 a 163) de la Resolución 2006; y, párrafos 64 a 75 (pp. 13 a 15) de la Resolución 2236.

<sup>78</sup> Párrafos 729 a 918 (pp. 163 a 226) de la Resolución 2006; y, párrafo 379 (p. 96) de la Resolución 2236.

<sup>79</sup> Párrafos 92 y 93 (p. 13) de la Resolución 2006.

<sup>80</sup> Ver párrafos 577 a 598 (pp. 108 a 114) de la Resolución 2006.

<sup>81</sup> La decisión de excluir del proceso administrativo sancionador únicamente las pruebas provenientes de la desclasificación de información guarda correspondencia, además, con la solicitud realizada por el señor Luis Fernando Palacio González en el marco del proceso 02-AN-2017. En el Auto de fecha 1 de diciembre de 2017, emitido por el TJCA en el proceso antedicho y publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3179 del 5 de febrero de 2018, el Tribunal recogió la solicitud del señor Palacio, realizada el 12 de octubre de 2017, en los siguientes términos: «...Que se excluyan del expediente No. 002/LC/2016 todas las pruebas que fueron aportadas y/o de las pruebas derivadas de aquellas aportadas por el señor Palacio en el marco del Programa de Exención de la Multa a la SCPM...»

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3179.pdf>





- 4.8.15. El señor Palacio otorgó su declaración en Medellín el 13 de julio de 2014 y reconoció el contenido del documento con su firma (autenticada o legalizada) a través de la diligencia de reconocimiento realizada ante la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín el 13 de agosto de 2014. Dicha declaración fue apostillada el 21 de agosto de 2014 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Así consta en los registros de esta entidad pública.
- 4.8.16. Pues bien, basta consignar el código A2OIV15459442 y la fecha 08/21/2014 para descargar del sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia la declaración completa del señor Palacio. En el **Anexo 4** se aprecia cómo dicha declaración puede ser descargada en cualquier momento y cómo este Tribunal tuvo acceso a ella por un medio independiente al expediente administrativo.
- 4.8.17. La declaración del señor Palacio consta en un registro de carácter público que se puede obtener accediendo a la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en la sección de verificación de la apostilla o legalización.<sup>82</sup>
- 4.8.18. Como lo señaló la SGCA en la Resolución 2006 (párrafo 321), la apostilla del documento está fundamentada en el «XII Convenio por el que se Suprime la Exigencia de Legalización para los Documentos Públicos Extranjeros» del 5 de octubre de 1961, más conocido como la «Convención de La Haya sobre la Apostilla», aplicable a los documentos públicos.
- 4.8.19. A continuación, se citan las partes pertinentes de los artículos 1 y 7 de la Convención de La Haya sobre la Apostilla:

«**Artículo 1.-** El presente Convenio se aplicará a los **documentos públicos** que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante.

Este Tribunal tuvo acceso a dicha declaración en la página oficial de «Verificación de Apostilla o Legalización» del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, disponible en el siguiente enlace: <https://tramites.cancilleria.gov.co/ciudadano/consulta/documento.aspx>

La declaración puede ser descargada en cualquier momento de este medio independiente al expediente administrativo del programa de clemencia.



Se considerarán como documentos públicos en el sentido del presente Convenio:

- a) Los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial.
- b) Los documentos administrativos.
- c) Los documentos notariales.
- d) Las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas.

(...))»

«**Artículo 7.-** Cada una de las autoridades designadas conforme al artículo 6 deberá llevar un registro o fichero en el que queden anotadas las apostillas expedidas, indicando:

- a) El número de orden y fecha de la apostilla.
- b) El nombre del signatario del documento público y la calidad en que haya actuado o, para los documentos no firmados, la indicación de la autoridad que haya puesto el sello o timbre.

A instancias de cualquier interesado, la autoridad que haya expedido la apostilla deberá comprobar si las anotaciones incluidas en la apostilla se ajustan a las del registro o fichero»<sup>83</sup>.

[Énfasis agregado]

4.8.20. Así, para la Convención de La Haya sobre la Apostilla, un documento privado que contiene una firma legalizada o autenticada es un documento público. Adicionalmente, las apostillas se anotan en un registro o fichero público, al cual puede acceder cualquier persona.

4.8.21. En la apostilla de la declaración del señor Palacio, emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia el 21 de agosto de 2014, que aparece a fojas 315 a 319 del expediente administrativo del procedimiento de investigación (ante la SGCA)<sup>84</sup>, y que corresponde

<sup>83</sup> Disponible en:  
<https://www.boe.es/boe/dias/1978/09/25/pdfs/A22329-22333.pdf>

<sup>84</sup> Que consta en el soporte físico adjunto al oficio SG/E/188/2022 presentado por la SGCA el 9 de febrero de 2022.



a la foja 1752 del presente proceso judicial, se lee, literalmente, «El presente documento público».

- 4.8.22. La declaración del señor Palacio, cuya firma fue legalizada (autenticada) ante notario público, constituye, por lo tanto, un documento público según la Convención de La Haya sobre la Apostilla. Y dicha declaración, una vez apostillada, consta en un registro de carácter público, que es la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en la que están anotadas las apostillas.
- 4.8.23. Es cierto que para descargar —en cualquier momento y de manera gratuita— la declaración del señor Palacio es necesario conocer previamente el código y la fecha, pero lo mismo ocurre con otros documentos inscritos en registros públicos o administrativos. Si se conoce el número del registro o de la partida registral correspondiente, el registro público o administrativo de que se trate le entregará al interesado la anotación, certificado o constancia del documento o acto jurídico respectivo. Existen diversos registros de carácter público en los cuales, para acceder a un documento en particular, es necesario consignar el número y/o fecha del mencionado documento.
- 4.8.24. La SGCA tomó conocimiento del código y la fecha a través de la denuncia que presentó la SCE. La apostilla, como se ha señalado, consta en la foja 319 del expediente administrativo del procedimiento de investigación.
- 4.8.25. Si bien la desclasificación de la información fue un acto nacional anulado por la judicatura ecuatoriana, la denuncia que presentó la SCE ante la SGCA fue un acto regido por el derecho comunitario andino. En el mismo sentido, en la Sentencia del 27 de mayo de 2019, emitida en el proceso 09802-2017-00767, se pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil al señalar que la solicitud (denuncia) de la SCE dirigida a la SGCA era un acto procesal en la esfera del derecho supranacional andino.
- 4.8.26. Si bien desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana la declaración del señor Palacio era confidencial al haber sido aportada a la SCE en el marco del programa de clemencia, dicha declaración había sido hecha pública previamente al constar en un documento público según la Convención de La Haya sobre la Apostilla. Adicionalmente, tal declaración, al haber sido apostillada por el Ministerio de Relaciones



Exteriores de Colombia, era un documento anotado en un registro (de apostillas) de carácter público, al cual puede acceder cualquier persona si cuenta con el código y la fecha respectivos.

- 4.8.27. El TJCA considera que no está viciado de nulidad o ilegalidad el hecho de que la SCE haya proporcionado a la SGCA el código y fecha para acceder a un documento público inscrito en un registro de carácter público, de conformidad con la Convención de La Haya sobre la Apostilla. Es una entidad pública (la autoridad nacional de defensa de la libre competencia) la que le da a un organismo internacional (la autoridad supranacional de defensa de la libre competencia) el acceso al documento inscrito en un registro o fichero de carácter público. Esto, como es evidente, y desde la perspectiva del ordenamiento jurídico comunitario andino, no está viciado de invalidez, nulidad o ineficacia alguna pues implica simplemente la remisión de un código de acceso a un registro público lo que de ninguna forma atenta contra derecho alguno.
- 4.8.28. En consecuencia, la utilización de la «Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha de 13 de julio de 2014» en el procedimiento de investigación no fue ilegal, pues dicha declaración se encontraba previamente contenida en un documento público y anotada en un registro de carácter público, a lo que hay que agregar que el acceso (código y fecha) a este registro fue proporcionado por una entidad pública nacional, la SCE, a un organismo supranacional, la SGCA, en el marco del derecho comunitario andino.

De la excepción de buena fe

- 4.8.29. La segunda excepción a la teoría del fruto del árbol envenenado que resulta de especial interés en la presente causa es la de la buena fe. Como se explicó en la sección anterior, no es razonable excluir aquella prueba que, aunque ilícitamente, fue adquirida de buena fe por la autoridad investigadora, pues su exclusión no tendría ningún efecto disuasivo en el proceder de la autoridad. En virtud de esta consideración, la declaración del TJCA de que —en principio— no deben utilizarse pruebas aportadas en un proceso de delación compensada para sancionar al delator debe ser matizada o atenuada en la presente causa.

- 4.8.30. En línea con lo anterior, se tiene que la SGCA consultó a la SCE sobre la procedencia de las pruebas puestas en su conocimiento y la autoridad



nacional respondió en el sentido de que las pruebas eran de origen lícito. En efecto, la SCE confirmó a la SGCA que:

«...la documentación e información remitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a la Secretaría General de la Comunidad Andina, fueron recabados dentro de un expediente investigativo signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-009, no dentro de un expediente de delación compensada o exención de pago de multa (...) cabe resaltar que dentro del expediente de investigación no se dio lugar a ningún procedimiento de delación»<sup>85</sup>.

Esta información fue considerada por la SGCA en la Resolución 2006, lo que confirma su accionar de buena fe:

«Respecto a que el expediente de la SCPM es un expediente de delación válido, cabe señalar que la autoridad nacional que estuvo a cargo de la sustanciación y que actualmente tiene el resguardo del expediente ha certificado que el expediente en cuestión corresponde a uno investigativo con el N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-009 y no a un expediente de delación compensada o exención del pago de la multa. En tal sentido, no se ha acreditado en el presente caso lo alegado por el Grupo Kimberly»<sup>86</sup>.

4.8.31. Con lo anterior en mente, este Tribunal aprecia que la SGCA no solo confió en la licitud de las pruebas anexas a la denuncia presentada por la SCE, sino que incluso tomó la precaución de verificarla, lo cual demuestra la buena fe de la autoridad comunitaria andina al admitir tales medios probatorios y descarta la existencia de dolo o negligencia manifiesta por parte de la autoridad comunitaria.

4.8.32. Además, es importante tomar en cuenta la cronología de los hechos. La SCE presentó su denuncia con pruebas desclasificadas el 20 de octubre de 2016 y el Poder Judicial ecuatoriano declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación recién el 20 de septiembre de 2018, esto es, casi dos años después de que la SGCA había conocido las pruebas desclasificadas. No sería razonable que la autoridad de competencia comunitaria se abstenga de considerar medios probatorios puestos en

<sup>85</sup> Texto obtenido del Oficio SCPM-IIAPMAPR-626-2017 del 11 de septiembre de 2017, recibido por la Secretaría General el 12 del mismo mes, obrante a foja 4409 del expediente administrativo.

<sup>86</sup> Párrafo 311 de la Resolución 2006.



su conocimiento durante meses y hasta años por el riesgo de que eventualmente sean declarados ilícitos.

- 4.8.33. En ese sentido, basta que la SGCA haya demostrado suficiente diligencia al momento de verificar la licitud de las pruebas que le fueron presentadas en una denuncia para probar la buena fe con que las admitió. Lo anterior se ha podido apreciar en el presente caso, de manera que, incluso si la SGCA hubiera considerado las pruebas desclasificadas, eso no hubiera viciado de nulidad su investigación.
- 4.8.34. En efecto, en la medida que la SGCA actuó de *buena fe*, corresponde aplicar esta excepción de la teoría del fruto del árbol envenenado, de modo que la utilización de las pruebas provenientes de la desclasificación de información en el procedimiento de investigación no invalida las resoluciones objeto de la presente acción de nulidad.
- 4.8.35. En el presente caso, además, la aplicación de la excepción de la buena fe se ve robustecida por las siguientes razones:
- a) La primera, que la desclasificación de información no fue efectuada por la SGCA, cuya actuación se rige por el derecho andino, sino por la SCE, cuyo proceder se rige por la legislación ecuatoriana. La SGCA tiene el deber de conocer el derecho comunitario andino, pero es exagerado exigirle que, ante la denuncia formulada por una autoridad nacional de defensa de la libre competencia, tenga que sospechar de la conducta de esta autoridad nacional y verificar plenamente todas sus actuaciones previas a la denuncia.
  - b) La segunda, la desclasificación no es un acto atribuible ni directa ni indirectamente a la SGCA. Esta, lo que hizo, fue recibir medios probatorios (documentos) de una autoridad administrativa ecuatoriana (la SCE), la cual había desclasificado los documentos a través de un acto administrativo (la Resolución SCPM-IG-DES-001-2016), acto jurídico que gozaba de presunción de validez y legitimidad. Si bien luego, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación, y anuló el referido acto administrativo, esta declaración ocurrió mediante sentencia de septiembre de 2018; esto es, después de que la SGCA iniciara el procedimiento de investigación (Resolución 1883 de noviembre de 2016) y sancionara a los Grupos Familia y Kimberly (Resolución 2006 de



mayo de 2018). Ello significa que, incluso hasta después de la emisión de la Resolución 2006, el acto administrativo que operativizó la desclasificación de información gozó de presunción de legitimidad y validez.

4.8.36. Sin perjuicio de lo anterior, y a fin de garantizar que el análisis del TJCA no dé cabida a cuestionamiento alguno, no serán tomadas en cuenta ninguna de las pruebas provenientes de la desclasificación de información.

#### 4.9. Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador que derivó en las Resoluciones 2006 y 2236

4.9.1. De conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Decisión 608<sup>87</sup>, para el inicio de la investigación (de oficio o por denuncia de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, de los organismos nacionales de integración, de personas naturales o jurídicas, de organizaciones de consumidores o de otras entidades), la SGCA solo necesita «indicios» de la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza.

4.9.2. El TJCA señaló lo siguiente en el Auto del 1 de diciembre de 2017, emitido en el marco del proceso 02-AN-2017<sup>88</sup>:

«...No hay un derecho subjetivo o interés legítimo a no ser investigado. Basta la existencia de indicios para que los ciudadanos comunitarios (personas naturales o jurídicas) puedan ser investigados por la presunta realización de conductas anticompetitivas...»

4.9.3. Es obvio que para iniciar un procedimiento de investigación solo se necesitan meros indicios. Resulta inadmisibles exigir que, desde el inicio, la SGCA tenga pruebas que acrediten con certeza la realización de la conducta anticompetitiva transfronteriza. ¿Cuál sería el sentido

<sup>87</sup> **Decisión 608.-**

«**Artículo 10.-** La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.»

Auto del 1 de diciembre de 2017 (proceso 02-AN-2017). *Óp. Cit.*



de la «investigación» si no hay nada que investigar? El TJCA ya ha explicado que estamos ante un procedimiento administrativo sancionador supranacional, el cual contiene una etapa de instrucción conducente a obtener los medios probatorios pertinentes. Por tanto, si bien se puede iniciar la investigación con meros «indicios», lo cierto es que es en la etapa de investigación en donde se obtendrán pruebas (directas o indirectas) que acrediten de manera fehaciente la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza.

4.9.4. Esto se explica debido a que la SCE, al formular su solicitud de investigación el 20 de octubre de 2016, si bien es cierto utilizó información proveniente de la desclasificación efectuada mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016, también lo hizo con otras pruebas ajenas a dicha desclasificación. En la penúltima página de la solicitud de investigación, bajo el subtítulo «LOS ELEMENTOS DE PRUEBA RAZONABLES», la SCE lista las siguientes pruebas:

- a) «Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia [de la SIC de Colombia] con radicación 14-151027».
- b) «Su autoridad se servirá solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Comercio Industria y Turismo de la República de Colombia, remita copias certificadas del proceso investigativo con radicación No. 14-151027, que desembocó en la Resolución 31739 de 26 de mayo de 2016, junto con los elementos recabados en sus inspecciones.»

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

Las pruebas mencionadas en los literales a) y b) precedentes provienen de árboles distintos al que se ha alegado como envenenado. Se les aplica la teoría de la prueba independiente.

4.9.5. En la Resolución 1883 de fecha 11 de noviembre de 2016, a través de la cual la SGCA apertura la investigación solicitada por la SCPM, aparecen como pruebas indiciarias párrafos extraídos del Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC, que provienen del expediente 14-151027 correspondiente a la investigación realizada el 2016 por la SIC.







- 4.9.6. ¿La existencia de un cártel en Colombia podría ser un indicio («la punta del hilo») para averiguar si el cártel se extendió hacia Ecuador («que conduce a la madeja»)? Sí. A nivel indiciario, un documento, un informe, una nota periodística, un testimonio, etc., puede ser la pista que plantee la necesidad de averiguar, de indagar. Ya en la investigación, en la etapa de instrucción del procedimiento sancionador, la autoridad recopilará las pruebas que acrediten la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 4.9.7. Incluso si no se considerase la buena fe con la que actuó la SGCA, en la medida que había pruebas, distintas a las provenientes del programa de clemencia, que aportaban indicios para iniciar una investigación, no hay razón para anular las resoluciones impugnadas en cuanto al inicio de la investigación.
- 4.9.8. Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente mencionar, en aplicación del principio de justicia material y desde un pronunciamiento de plena jurisdicción, que hay tres pruebas adicionales que deben ser meritadas.
- 4.9.9. Por un lado, la declaración apostillada del señor Palacio, cuya legalidad como medio probatorio ha sido confirmada en la sección precedente, y que aparece completa en el **Anexo 5**, que forma parte integrante de la presente sentencia, que da luces sobre una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 4.9.10. De su declaración, se verifica que el señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia] fue contactado por la señora María Carolina Arenas Aristizabal [gerente de Familia Colombia, en adelante también referida como la **señora Arenas**] para coordinar los precios de los productos de Kimberly en el mercado ecuatoriano; y que la señora Arenas se quejaba de los precios de Kimberly en Ecuador. El señor Palacio le dijo a la señora Arenas que la mejor forma de encauzar estas preocupaciones era a través de los líderes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador. Habla de una llamada telefónica que sostuvo con la señora Arenas y los subordinados directos de ambos en Ecuador [o sea, los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador] para discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano e invitarlos a que se reunieran para resolver cualquier diferencia. En particular, se mencionan conversaciones entre la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] con el señor Adrián Velasco [director de Kimberly Ecuador].



2



- 4.9.11. La otra prueba es una que se encuentra inmersa en el expediente del Proceso SIC 14-151027. Se trata de la declaración, que aparece completa en el **Anexo 6**, que forma parte integrante de la presente sentencia, que efectuó la empresa Papeles Nacionales S.A. en su escrito del 4 de mayo de 2016, dirigido a la SIC.
- 4.9.12. En el mencionado escrito, Papeles Nacionales S.A. señaló que la SIC carecía de competencia para investigar pues se trataba de una práctica colusoria horizontal transfronteriza, lo que recaía bajo la competencia de la SGCA. La declaración de la mencionada empresa alude a la existencia de reuniones entre gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia con gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador.
- 4.9.13. La declaración de Papeles Nacionales S.A. coincide con la del señor Palacio en la parte en que dicha empresa refiere la existencia de reuniones entre la señora Arenas [gerente de Familia Colombia, y que «también manejaba Ecuador»] con el señor Adrián Velasco [director de Kimberly Ecuador], para tratar temas de Ecuador.
- 4.9.14. Papeles Nacionales S.A. indicó que en una reunión (ocurrída en el hotel JW Marriott de Ecuador) acaecida entre la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] y el señor Velasco [director de Kimberly Ecuador], también estuvo presente el señor Ander Garmendia [gerente andino de B2B del Grupo Kimberly], quien dio directrices sobre los criterios de fijación de precios, y monitoreaba el cumplimiento de los acuerdos. Asimismo, que en otras reuniones estuvo presente el señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia], reemplazando a Ander Garmendia [gerente de Kimberly Colombia].
- 4.9.15. Una prueba adicional son las páginas 133 a 135 de la Resolución 69518 (versión pública) del 24 de noviembre de 2014, emitida en el Proceso SIC 14-151027, mediante el cual la SIC abrió la investigación y formuló el pliego de cargos, que coincide con lo expuesto por la SGCA en el párrafo 636 (página 128) de la Resolución 2006. Dicha prueba brinda información de la reunión ocurrida en el hotel JW Marriott de Quito en la que estuvo presente la señora Arenas [gerente de Familia Colombia], y da luces sobre una conducta anticompetitiva que comprende a las empresas sancionadas en torno al mercado ecuatoriano de papeles suaves.
- 4.9.16. Finalmente, se tiene la transcripción de una declaración rendida el 16 de mayo de 2014 ante funcionarios de la SIC. Se aprecia que directivos de



ambos grupos empresariales (Grupos Familia y Kimberly) se reunieron en Ecuador para «hablar de la industria» para «ver qué podíamos hacer allá» pues el mercado ecuatoriano es un poco diferente al colombiano<sup>89</sup>. Lo anterior sugiere que existieron reuniones entre directores colombianos y ecuatorianos de las empresas investigadas en Ecuador y que se discutieron las condiciones del mercado ecuatoriano.

4.9.17. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que, incluso sin considerar las pruebas provenientes de la desclasificación de información, la SGCA sí tenía indicios suficientes para iniciar una investigación contra las empresas de los Grupos Kimberly y Familia, por lo cual se dio cumplimiento al artículo 10 de la Decisión 608.

#### 4.10. De la conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236

4.10.1. La SGCA, a través de las Resoluciones 2006 y 2236, ha sancionado a Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por realizar la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608<sup>90</sup> consistente en un acuerdo de precios (incremento coordinado de precios) originado en Colombia y con efecto real en Ecuador en:

- a) El denominado canal institucional, respecto del papel higiénico jumbo y las toallas de manos en rollos en el periodo comprendido entre el 2006 y el 2013; y,
- b) El denominado canal de consumo, respecto del papel higiénico y los pañuelos desechables en el periodo que va desde enero de 2006 hasta diciembre de 2013; con relación a las toallas de papel, en el periodo comprendido entre enero de 2006 y el año 2012; y,

<sup>89</sup> Ver páginas 133 a 135 de la Resolución 69518 de 2014, emitida en el Proceso SIC 14-151027, que consta en soporte físico aportado por la SGCA el 9 de febrero de 2022 y que obra a foja 1752 del expediente.

<sup>90</sup> **Decisión 608.-**

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

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; (...))»



tratándose de las servilletas, en el periodo comprendido entre enero de 2006 y junio de 2013.

- 4.10.2. Según los resultados de la investigación de la SGCA, fueron las matrices colombianas (Kimberly Colombia y Familia Colombia) las que iniciaron la cartelización, las que buscaron las reuniones y los contactos para que se concreten los acuerdos tomados en Ecuador (por parte de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador), acompañado de una estructura empresarial en la que la cadena de mando dependía de las decisiones de la matriz, por lo que la conducta anticompetitiva se originó en Colombia y tuvo efectos reales en Ecuador<sup>91</sup>. En otros términos, según la SGCA, desde Colombia se recibieron las directrices (emitidas por los representantes de Kimberly Colombia y Familia Colombia) para que las filiales ecuatorianas (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador) llevaran a cabo las conductas anticompetitivas<sup>92</sup>.
- 4.10.3. El TJCA ha analizado las resoluciones impugnadas de la SGCA y constata que hay pruebas (distintas a aquellas que fueron desclasificadas por la SCE) que acreditan lo siguiente:
- Que existió un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y existió otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves.
  - Que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia participaron en los dos cárteles antes mencionados.
  - Que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) tuvieron conocimiento del cártel que estaban ejecutando las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).
  - Que un gerente de Kimberly Ecuador reportó a su superior colombiano sobre los acuerdos que se habían estado implementando en Ecuador.

<sup>91</sup> Resolución 2006, párrafo 640, p. 129.

<sup>92</sup> Resolución 2236, párrafo 155, p. 33.





- e) Que las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) eran accionistas (y tenían el control) de las filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

4.10.4. Respecto del **primer tema**, referido a la existencia de un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves, resulta pertinente mencionar lo siguiente:

En la página 147 de la Resolución 2006, se cita el siguiente alegato de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador, esbozado ante la SGCA el 7 de junio de 2017:

«<sup>[682]</sup> El grupo Kimberly, en sus alegatos del 7 de junio de 2017, página 9, luego de hacer referencia al artículo 5 de la Decisión 608, continúa su exposición señalando que *“las conductas investigadas en Colombia y Ecuador, eran independientes”*:

*“(...) en Colombia se desarrolló un cartel en el mercado del papel suave en el cual participaron, entre otras compañías CKC [Kimberly Colombia] y Familia [Familia Colombia]; y que en Ecuador se desarrolló, en tiempos diferentes y con características diferentes, un cartel en el mercado del papel suave, en el cual participaron CKE [Kimberly Ecuador] y Familia Ecuador (...)”*»

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

En las páginas 41 y 42 de la Resolución 2236, haciendo alusión al recurso de reconsideración presentado por la SIC, se menciona lo siguiente:

«<sup>[178]</sup> En el recurso de reconsideración presentado por la SIC se plantean los siguientes puntos respecto a las declaraciones realizadas durante el proceso de investigación:

*“Así mismo, todos los participantes de Colombia que rindieron declaración en el marco del proceso de la SGCAN —LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ [gerente de Kimberly Colombia] Y MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZABAL [gerente de Familia Colombia]— coincidieron en afirmar que el acuerdo colombiano no tuvo relación alguna con un potencial acuerdo en Ecuador. En el mismo sentido, todos los presuntos participantes del cartel realizado en Ecuador —Manuel Muñoz Merizalde [gerente de Familia Ecuador] y Rafael Hincapié Camader [director de Kimberly Ecuador]— coincidieron en que los pactos realizados en ese país fueron independientes y no tuvieron relación alguna con Colombia.”*  
(...)»



[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

El Tribunal advierte que los textos citados, que provienen de un alegato de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador y del recurso de reconsideración presentado por la SIC, acreditan que existieron dos cárteles en el mercado de papeles suaves: uno en Colombia y otro en Ecuador.

- 4.10.5. La mayor certeza que se tiene de que hubo un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves (en el que participaron Kimberly Colombia y Familia Colombia) es que la SIC sancionó dicho cártel. La Resolución 31739 del 26 de mayo de 2016, por medio de la cual la SIC sancionó a Kimberly Colombia, a Familia Colombia, a Papeles Nacionales S.A. y a la empresa C. Y P. del R. S.A., así como a varias personas naturales, por violar la libre competencia al haber actuado en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La mayor certeza que se tiene de que hubo un cártel en Ecuador en el mercado de papeles suaves (en el que participaron Kimberly Ecuador y Familia Ecuador) es que Kimberly Ecuador solicitó acogerse al programa de clemencia ante la SCE, para efecto de lo cual presentó información auto incriminatoria.

En la audiencia pública del 21 de junio de 2023, el abogado del Grupo Kimberly declaró lo siguiente:

«Nosotros sí tuvimos dentro de Ecuador un acuerdo de mercado y por eso fuimos al programa de *leniency* dentro de Ecuador. Pero acuerdo dentro de Ecuador para efectos ecuatorianos.»<sup>93</sup>

- 4.10.6. Sobre este tema vale la pena destacar, asimismo, que el Grupo Familia y el Grupo Kimberly reconocieron, también en sus respectivos escritos de alegatos, la existencia de ambos cárteles<sup>94</sup>. Por lo tanto, este extremo del análisis de la SGCA ha sido verificado procesalmente.

<sup>93</sup> Ver segundos 03:21:15 a 03:21:27 de la grabación de la audiencia pública del 21 de junio de 2023.

<sup>94</sup> A foja 1928 (reverso) del expediente, en la complementación de la demanda del Grupo Familia, se afirma lo siguiente:

«En ese sentido, no puede decirse que el acuerdo de Ecuador se originó entre las matrices en Colombia, siendo que Carolina Arenas y Luis Fernando Palacios nunca entraron en un proceso de discusión, ni llegaron a un consenso sobre unos valores determinados para unas referencias



- 4.10.7. Con relación al **segundo tema**, que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia participaron en los dos cárteles (uno acaecido en Colombia y el otro realizado en Ecuador), resulta pertinente mencionar lo siguiente:

En las páginas 41 y 42 de la Resolución 2236 de la SGCA se menciona, respecto del recurso reconsideración que había presentado la SIC, lo siguiente:

«<sup>178</sup> En el recurso de reconsideración presentado por la SIC se plantean los siguientes puntos respecto a las declaraciones realizadas durante el proceso de investigación:  
(...)

*“Frente a la intervención de **MARÍA CAROLINA ARENAS ARIZTIZÁBAL** [gerente de Familia Colombia], se reitera que el hecho de que una persona sea infractora en dos países, cuando sus cargos y responsabilidades recaen en dichas áreas geográficas, no implica de forma alguna que se trate de la misma conducta. Aceptar tal supuesto sería tanto como considerar que sí (sic) persona, en razón de su cargo, participa en dos conductas diferentes en un mismo país, por ejemplo, en un acuerdo de precios en el mercado de cuadernos y un acuerdo en el mercado de pañales, se considera como una sola conducta por tener algunas coincidencias, como el competidor con el que se realiza el acuerdo.  
(...)”»*

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

de productos particulares del mercado ecuatoriano. Y no podía ser así, porque de alguna reunión en Ecuador, que no tuvo como objeto concluir un acuerdo de precios, entre los señores Hincapié (funcionario de KC Ecuador) y Muñoz (funcionario de Productos Familia Ecuador) en el territorio ecuatoriano, fueron ellos quienes se reunieron y mantuvieron las conversaciones, tal y como se desprende de sus declaraciones. Lo anterior fue corroborado por la autoridad de competencia colombiana, la cual afirmó que de las pruebas obrantes en el expediente no es posible inferir que existió un acuerdo de precio regional, sino que se trató de dos carteles de precios totalmente independientes.»

Por su parte, a foja 4021 (anverso) del expediente, en los alegatos finales del Grupo Kimberly, se mencionó:

«Así, cada una de las empresas investigadas (Kimberly y Familia) tenía un equipo de trabajo en Colombia y otro en Ecuador, tal y como se demuestra en los testimonios que serán citados en el presente escrito y que obran dentro del expediente No. 002/LC/SJ/2016, razón por la cual las conductas anticompetitivas llevadas a cabo en Colombia entre Kimberly y Familia fueron completamente independientes de las adelantadas por estas compañías en Ecuador y sólo tuvieron impacto en mercado local de cada uno de los países...»



En la página 46 de la Resolución 2236 se señala lo siguiente:

«<sup>[192]</sup> La SIC en su recurso de reconsideración plantea lo siguiente respecto al rol del gerente andino de CKC:

*“(…) En este punto debe tenerse en cuenta que **LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ** [gerente de Kimberly Colombia], no era un funcionario de **KIMBERLY COLOMBIA** que influenciara en **KIMBERLY ECUADOR** sino un funcionario andino con funciones independientes en **COLOMBIA, ECUADOR** y otros países. De esa forma podía haber autorizado o tolerado un acuerdo, por ejemplo, de repartición de cuotas de participación en Venezuela, un acuerdo para restringir la entrada de competidores en Perú, un acuerdo de precios en Colombia y otro acuerdo de precios en Ecuador, lo que no implicaría de ninguna forma que se tratara de un solo cartel o de un acuerdo de afectación regional, sino de acuerdos independientes en los cuales **LUIS FERNANDO PALACIOS GONZÁLEZ** sería infractor en cada país y la empresa para la que trabaja, pero no responsable de un acuerdo andino.”(…)*»

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

De los textos citados, que provienen del recurso de reconsideración presentado por la SIC, este Tribunal constata que Luis Fernando Palacio González [gerente de Kimberly Colombia] y María Carolina Arenas Aristizabal [gerente de Familia Colombia] sí participaron en los dos cárteles: el realizado en Colombia y el ejecutado en Ecuador. De hecho, hay que advertir que Fernando Palacio ocupó también el cargo de “gerente andino” del Grupo Kimberly y que, tanto él como Carolina Arenas ostentaban un poder de decisión sobre el mercado andino de sus respectivos grupos empresariales<sup>95</sup>.

4.10.8. Tratándose del **tercer tema**, que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) tenían conocimiento del cártel que habían realizado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador), resulta pertinente mencionar lo siguiente de la página 36 de la Resolución 2236:

«<sup>[170]</sup> El recurso de reconsideración interpuesto por la SIC se plantea lo siguiente:

Ver página 94 de la Resolución 2236.







“(…)

Por último, el correo denominado “FW ACUERDOS COMPETENCIA FAMILIA” del 3 de julio de 2002, solo da cuenta de la existencia de un acuerdo en Ecuador del que tenían conocimiento empleados con funciones en Colombia, lo cual no permite deducir que dicho acuerdo corresponde a una extensión del acuerdo colombiano que existía en esa época.

(…)”»

[lo resaltado ha sido agregado]

El texto citado acredita que los gerentes colombianos sí tuvieron conocimiento del acuerdo que había sido tomado por los gerentes ecuatorianos.

- 4.10.9. La participación de un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia en los dos cárteles (uno en Colombia y el otro en Ecuador), y el conocimiento que los gerentes de las matrices colombianas tenían del acuerdo en Ecuador, fue, asimismo, corroborado por el Grupo Familia y el Grupo Kimberly en el presente proceso judicial<sup>96</sup>. Así, este extremo del análisis de la SGCA queda también probado procesalmente.

<sup>96</sup> A foja 4008 (anverso) del expediente, en los alegatos finales del Grupo Familia, se mantiene:

«Pero aún si a pesar de las reiteradas aclaraciones dadas por el señor Muñoz [gerente de Familia Ecuador], persistiera para la SGCAN alguna duda frente a cuál versión de las dos respuestas dadas por el testigo debía darse credibilidad, lo que correspondía en tal supuesto era simplemente haber suprimido cualquier valor demostrativo a su declaración frente a la extensión de la conducta o haber analizado sus declaraciones de manera conjunta con los demás medios probatorios para establecer su grado de convergencia y coherencia, lo que nos sitúa nuevamente en el año 2011, toda vez que en sus diferentes declaraciones, todos los protagonistas de los hechos (Palacios [gerente de Kimberly Colombia], Hincapié [gerente de Kimberly Ecuador], Velasco [gerente de Kimberly Ecuador] y Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia]) coincidieron en manifestar ante los diferentes estrados que la conducta en Ecuador no traspasó del año 2011.

Luego, al analizar la convergencia de lo manifestado por el señor Muñoz, con las declaraciones de los demás testigos y sobre las cuales no hizo ninguna referencia la SGCAN, no cabe duda de que la última reunión relativa al mercado del Ecuador fue en el año 2011...»

Por su parte, a foja 4023 (reverso) del expediente, en los alegatos finales del Grupo Kimberly, se afirmó:

«Esta declaración del señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia] indica que el primer contacto que tuvo con la señora Arenas, gerente de la Compañía Familia en Colombia se dio en 2000 y que los precios en el mercado colombiano fueron objeto de discusión. Después dijo él que, en el año 2003, la señora Arenas lo contactó para obtener una coordinación de precios en el mercado ecuatoriano [...] El señor Palacio le dijo a la señora Arenas que, con el fin de lograr tal coordinación, ella tenía que contactar al señor Adrián Velasco —quien era el Director Comercial de Kimberly Clark en Ecuador con el fin de acordar cualquier coordinación de



- 4.10.10. En lo concerniente al **cuarto tema**, que un Gerente de Kimberly Ecuador había reportado a su superior colombiano sobre los acuerdos que se habían estado ejecutando en Ecuador, resulta pertinente traer a colación lo siguiente:

Entre las páginas 124 y 126 de la Resolución 2006, la SGCA analiza correos electrónicos que incorporó la SIC en sus Resoluciones 69518 del 24 de noviembre de 2014 y 47965 de 2014, y menciona lo siguiente:

«<sup>628]</sup> Los primeros elementos probatorios respecto a que esta conducta se dio de forma regional, es decir, que involucró al mercado ecuatoriano y era conocido por la matriz del Grupo KIMBERLY, se encuentran en correos electrónicos que incorporó la SIC en sus Resoluciones 69518 del 24 de noviembre de 2014 y en la 47965 de 2014, en las que abría investigación respecto del mercado de papeles suaves y pañales respectivamente, algunos de los cuales se copian a continuación:

(...)

<sup>629]</sup> Como se observa de los correos anteriores, los funcionarios de Kimberly del Ecuador conocedores de los acuerdos en Colombia, reportaban a los directivos sobre los acuerdos que se estaban transmitiendo al Ecuador...»

[lo resaltado ha sido agregado]

De lo mencionado, se tiene que un Gerente de Kimberly Ecuador reportó a su superior colombiano, en Kimberly Colombia, sobre el acuerdo de precios que se había estado implementado en Ecuador.

- 4.10.11. En lo que respecta al **quinto tema**, que las empresas matrices son accionistas (y que tenían el control) de las filiales, resulta pertinente tener en cuenta lo siguiente:

En la página 129 de la Resolución 2006, la SGCA señala lo siguiente:

«<sup>639]</sup> Por último, a partir de las estructuras empresariales de las empresas del grupo Kimberly y del grupo Familia, se logró determinar que la cadena de mando de las compañías implicaba

precios en el mercado ecuatoriano, de tal forma que, los efectos se dieran dentro de tal mercado.»



que CKC [Kimberly Colombia] ejerciera control sobre CKE [Kimberly Ecuador] y Productos Familia S.A. [Familia Colombia] ejercía control sobre PFSE [Familia Ecuador]. De la misma manera, los gerentes ecuatorianos del canal institucional en los dos grupos empresariales tuvieron durante el periodo de investigación una dependencia de los gerentes institucionales regionales dependientes de las casas matrices en Colombia de dichas compañías. Incluso, el gerente general de PFSE confirmó lo establecido en la estructura empresarial y es que su cargo depende del gerente comercial del grupo en Colombia (...))

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

En la página 137 de la Resolución 2006, la SGCA alude a la siguiente declaración de Familia Colombia:

«<sup>659]</sup> En la misma línea, respecto a la situación de control de las matrices, continúa señalando Productos Familia en la página 27 de sus alegatos que:

*“(...) de la existencia de una situación de control de Productos Familia [Familia Colombia] sobre Familia Sancela [Familia Ecuador], y de Kimberly Clark Colombia [Kimberly Colombia] sobre Kimberly Clark Ecuador [Kimberly Ecuador], no puede inferirse necesariamente que los precios implementados en el mercado ecuatoriano hubieran sido convenidos en el territorio colombiano por parte de las respectivas matrices.  
(...)”»*

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

En la página 158 de la Resolución 2006, la SGCA menciona lo siguiente:

«<sup>706]</sup> Como se observa, más del 50% del capital de la sociedad Kimberly-Clark de Ecuador [Kimberly Ecuador] es propiedad de Colombia Kimberly Colpapel [Kimberly Colombia], mostrando una situación de subordinación por parte de la compañía ecuatoriana frente a la colombiana.»

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

En la página 161 de la Resolución 2006, la SGCA señala lo siguiente:

«<sup>718]</sup> Es decir, la compañía Productos Familia S.A. en Colombia [Familia Colombia] es propietaria de la compañía Productos





Familia Sancela del Ecuador [Familia Ecuador], ejerciendo control a través de su participación accionaria y ha diseñado una estructura organizacional en la que las áreas comerciales en Colombia tienen como subordinadas las áreas comerciales del Ecuador, como lo muestra la información proporcionada por la empresa en el marco de la investigación de la SGCAN...»

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

De ello, se evidencia que las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) eran accionistas (y tenían el control) de las filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

- 4.10.12. De los textos citados hasta esta parte se advierte que existió un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves; que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia participaron en los dos cárteles antes mencionados; que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) tuvieron conocimiento del cártel que habían ejecutado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador); que un gerente de Kimberly Ecuador reportó a su superior colombiano sobre los acuerdos que se estaban implementando en Ecuador; y, que las empresas matrices eran accionistas (y tenían el control) de las filiales.
- 4.10.13. Si en Colombia hubiese existido un acuerdo de precios sobre el azúcar entre las empresas “A”, “B” y “C”, y en Ecuador un acuerdo de precios sobre el arroz entre las empresas “D” y “E”, sería bastante evidente que se trataría de dos cárteles distintos.
- 4.10.14. Sin embargo, en el presente caso, se aprecia del contenido de las resoluciones impugnadas que existe una línea muy tenue o sutil al tratar de diferenciar dos cárteles independientes de un cártel transfronterizo, pues los acuerdos han involucrado a empresas del mismo grupo económico (Grupos Kimberly y Familia), respecto del mismo mercado (de papeles suaves), en un escenario empresarial en el que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia han sido los jefes (o supervisores) de los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, y en un contexto en el que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia participaron en los dos cárteles, a lo que hay que agregar que las empresas matrices colombianas controlaban a las filiales ecuatorianas.





- 4.10.15. Si los gerentes de Colombia sabían de la existencia del cártel colombiano, tenían conocimiento del cártel ecuatoriano y eran los supervisores de los gerentes ecuatorianos, y resulta que las empresas matrices colombianas controlaban a las filiales ecuatorianas, y como accionistas de estas, ganaban con la colusión en el mercado ecuatoriano, es muy difícil sostener que no hubo, o no podía existir, un acuerdo transfronterizo.
- 4.10.16. En efecto, si los gerentes de las empresas matrices colombianas han tenido conocimiento del acuerdo al que habían arribado las filiales ecuatorianas, y resulta que los gerentes colombianos eran, de alguna manera, los supervisores (jefes, superiores jerárquicos u otra condición similar) de los gerentes o directores ecuatorianos, es muy difícil descartar la hipótesis de que los gerentes colombianos dieron la instrucción a los gerentes ecuatorianos de implementar la práctica colusoria, máxime si tenemos presente que, al ser las empresas colombianas accionistas de las empresas ecuatorianas, el cártel ecuatoriano, al proporcionar mayores ganancias, habría beneficiado también a las empresas colombianas. Esto último es sumamente relevante, pues si el cártel ecuatoriano había proporcionado mayores ganancias tanto a las empresas ecuatorianas como a las colombianas, y en las segundas se encontraban los superiores jerárquicos de los gerentes de las primeras, es lógico afirmar que, en efecto, los gerentes colombianos instruyeron a los gerentes ecuatorianos para adoptar el acuerdo para el mercado ecuatoriano.
- 4.10.17. El hecho de que el acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano terminaba beneficiando a las accionistas colombianas («la existencia de un motivo racional para comportarse colectivamente»), es un indicio fuerte a favor de la tesis de que los gerentes colombianos instruyeron a coludirse a los gerentes ecuatorianos.
- 4.10.18. Sin tener presente las pruebas vinculadas a la cuestionada desclasificación de información, de las Resoluciones 2006 y 2236 se constata que existió un cártel en Colombia y otro en Ecuador, que los gerentes colombianos tenían conocimiento del cártel ecuatoriano, que los gerentes colombianos eran los supervisores de los gerentes ecuatorianos, y que las empresas colombianas, al ser accionistas de las empresas ecuatorianas, obtuvieron ganancias con la colusión con efectos reales en el mercado ecuatoriano. Teniendo en cuenta estos elementos de juicio, resultan admisibles las conclusiones de la SGCA sobre la existencia de un cártel transfronterizo.



- 4.10.19. Hay un motivo racional adicional que explica la existencia del cártel transfronterizo en el mercado de papeles suaves. Si solo se subía el precio en Colombia y no en Ecuador, y dado que existe un área de libre comercio en el mercado subregional andino, y que Colombia y Ecuador son países limítrofes, los papeles suaves producidos o comercializados por Kimberly Ecuador y Familia Ecuador podían ingresar al sur del territorio colombiano (Ipiales, Pasto) si es que costaban menos que los fabricados por las empresas colombianas. En cambio, si subían los precios tanto en Colombia como en Ecuador, no se generaban incentivos suficientes para que los papeles suaves producidos o comercializados en Ecuador ingresaran a territorio colombiano.

En efecto, si había un cartel (de incremento de precios) en Colombia, pero no en Ecuador, podía haber existido el riesgo de que los productos (papeles suaves) producidos y/o comercializados por Kimberly Ecuador y Familia Ecuador hubiesen sido vendidos (al no tener un precio cartelizado) en el sur de Colombia. En cambio, si había un cártel (de incremento de precios) tanto en Colombia como en Ecuador, se evitaba el eventual riesgo de que los papeles suaves producidos y/o comercializados por Kimberly Ecuador y Familia Ecuador hubiesen sido vendidos en el sur de Colombia.

- 4.10.20. Por otro lado, es pertinente resaltar lo señalado por la SGCA en las páginas 124 a 127 de la Resolución 2006:

«[628] Los primeros elementos probatorios respecto a que esta conducta se dio de forma regional, es decir, que involucró al mercado ecuatoriano y era conocido por la matriz del Grupo KIMBERLY, se encuentran en correos electrónicos que incorporó la SIC en sus Resoluciones 69518 del 24 de noviembre de 2014 y en la 47965 de 2014, en las que abría investigación respecto del mercado de papeles suaves y pañales respectivamente, algunos de los cuales se copian a continuación:  
(...)

[629] Como se observa de los correos anteriores, los funcionarios de Kimberly del Ecuador conocedores de los acuerdos en Colombia, reportaban a los directivos sobre los acuerdos que se estaban transmitiendo al Ecuador. De la misma manera, en el canal institucional, se encontró en las declaraciones de María Carolina Arenas, directora del canal institucional de Productos Familia en





Colombia en el marco del expediente 14-151027 de la SIC, que en el año 2000-2001 y en el año 2006 (...), buscó acercamientos con los directivos de Kimberly Clark en el mismo país para acordar precios en Ecuador. En dicho momento el directivo de Kimberly Clark en Colombia dio las indicaciones para que las reuniones se realizaran en Ecuador, teniendo en cuenta que los directivos andinos de Kimberly Clark, facultaban a sus directivos en Ecuador la fijación de precios, por lo que tenía sentido que las reuniones se dieran con los funcionarios ecuatorianos para realizar los acuerdos de precios.»

A mayor abundamiento, en las páginas 160 y 161 de la Resolución 2006, la SGCA —recogiendo el testimonio de una de las personas que había reconocido la existencia de acuerdos, que estos involucraban a gerentes de los Grupos Familia y Kimberly y que todos los gerentes de Kimberly en Latinoamérica sabían de los acuerdos—, sostuvo lo siguiente:

«[715] En el caso de CKC [Kimberly Colombia], el señor Felipe Alvira, gerente general de CKC entre 2004 y 2012 confirmó en su testimonio ante la SIC, folio 28 confidencial del expediente 14-151027, (señalado en la Resolución 31739 de la SIC) que los acuerdos los realizaban los gerentes generales de las compañías y luego eran ejecutados por los gerentes de cada canal. Menciona que él se ponía de acuerdo con el señor Darío Rey, Presidente de Productos Familia [Familia Colombia] para el periodo (2007 en adelante) y establecía cuáles serían los incrementos para papeles higiénicos y otras líneas de productos y posteriormente se ejecutaban en las gerencias de cada canal. De esta manera cuando se le consultó quién tenía conocimiento del acuerdo, señaló que todo el mundo en la regional de Latinoamérica de KCC tenía conocimiento del acuerdo.»

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

4.10.21. Además de lo anterior, el Tribunal observa que existen **pruebas directas** que permiten afirmar con plena convicción que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia instruyeron a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador a adoptar un acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.

4.10.22. En primer lugar, en la página 162 de la Resolución 2006, la SGCA menciona lo siguiente:





«[720] Las pruebas y testimonios muestran como desde el cargo de María Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] desde el año 2000 se incentivaron las reuniones en el Ecuador para buscar acuerdos de precios con sus competidores y mantener condiciones de mercado por encima de lo que se tendría con una libre competencia. Esta situación se comprueba en el audio de la declaración otorgada por la señora Carolina Arenas en el marco de la investigación adelantada por la SIC (folio 1212 del expediente confidencial de la SIC), en el que en el minuto 8:50 a 14:28 señala la relación que mantenía con sus subordinados en Ecuador y con funcionarios de KCE [Kimberly Ecuador] como sigue:

*“En el 2000 la gerencia institucional tenía a cargo los dos países Colombia y Ecuador. (...) En el 2000 tuve una reunión con Kimberly en Ecuador (...). No recuerdo como llegué allá, pero me dijeron véngase para las oficinas nuestras en Guayaquil. Yo fui con Eduardo Logroño quien era comercial nuestro allá, eso fue como en el 2000, 2001 (...)”<sup>240</sup>*

<sup>240</sup> Si bien este texto se había incorporado en el informe de la SGCAN como confidencial, Productos Familia lo transcribió en sus alegatos del día 12 de abril de 2018 como público, con lo cual es información que obra en el expediente público.»

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

4.10.23. En segundo lugar, la declaración (apostillada) del señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia], cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

#### «DECLARACIÓN

#### DE LUIS FERNANDO PALACIO

(...)

Familia es el mayor competidor de Kimberly-Clark en Ecuador en productos institucionales. En el año 2000, comencé a tener contacto con Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] —quien era la persona responsable de los productos institucionales de Familia para el mercado colombiano y otros mercados— en relación con los precios de los productos institucionales ofrecidos en Colombia.

En el año 2003, fui contactado por Carolina Arenas, quien estaba interesada en la coordinación de precios de productos de KCP ofrecidos en Ecuador. A diferencia de Carolina Arenas, yo no era







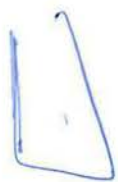
responsable del mercado ecuatoriano en 2003. Por ese motivo, la remití a Adrián Velasco [director de Kimberly Ecuador]. Mi entendimiento fue que ella tenía la intención de contactar a Adrián Velasco, y creo que Carolina Arenas y Adrián Velasco sí tuvieron una discusión sobre los precios en Ecuador, pero no poseo información adicional acerca del tipo de coordinación que se llevó a cabo.

A partir de enero de 2006, mientras ocupaba el cargo de Gerente de Negocio Andino de KCP, era mi responsabilidad supervisar el negocio de KCP de Kimberly-Clark en Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela. Durante este tiempo, Carolina Arenas era mi contraparte en Familia, con responsabilidad sobre la región Andina.

Como Gerente Andino del negocio de B2B/KCP yo era supervisor directo de los directores del negocio de KCP [Kimberly] en Ecuador, desde enero de 2006 y hasta mi jubilación en febrero de 2014 (excepto durante los siete meses del año 2012 en que fui trasladado a otra área). Durante este periodo, el cargo de director del negocio de KCP de Kimberly-Clark en Ecuador fue ocupado primero por Adrián Velasco, luego por Narda Sánchez y finalmente por Rafael Hincapié.

Después de que asumí el cargo de Director Andino del negocio de KCP/B2B, Carolina Arenas ocasionalmente me contactaba para elevar quejas acerca de los precios de los productos de Kimberly-Clark en Ecuador. Yo usualmente le respondía a Carolina Arenas diciéndole que la mejor manera de encauzar estas preocupaciones era a través de los líderes de los negocios de KCP de Kimberly-Clark y de Familia en Ecuador, y generalmente le transmitía las quejas de Carolina Arenas a los entonces directores de KCP exhortándolos a que se reunieran con sus contrapartes de Familia para resolver los conflictos en el mercado.

He revisado el documento número CR01455076 del 29 de marzo de 2011, que es una invitación de calendario de Outlook que le envié yo a Rafael Hincapié [director de Kimberly Ecuador]. El asunto de la invitación es: "Teleconferencia con Pitufos". "Pitufos" era un nombre clave que utilizábamos para referirnos a Familia. Este nombre fue ideado por Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] para darle un nombre a nuestros contactos. El propósito de esta teleconferencia era el que Carolina Arenas y yo sostuviéramos una llamada con nuestros subordinados directos en Ecuador para discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano e invitarlos a que se reunieran para resolver cualquier diferencia. Este fue el último contacto con Familia en Ecuador que recuerdo. Esta teleconferencia se originó por una conversación con Carolina Arenas acerca de los precios de los productos institucionales ofrecidos en Ecuador, y ello me llevó a



+





solicitar a Rafael Hincapié [director de Kimberly Ecuador] que se reuniera con su contraparte en Familia para discutir el tema. No tengo certeza de que hubiera habido coordinación sobre precios entre Rafael Hincapié y su contraparte en Familia durante este periodo, puesto que era raro para mí el estar directamente involucrado en contactos con Familia en relación con el mercado ecuatoriano, dado que prefería transmitir el asunto al gerente de KCP en Ecuador para que éste lo manejara directamente.

(...)

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

4.10.24. De la declaración del señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia], se verifica que él fue contactado por la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] para coordinar los precios de las filiales ecuatorianas [Kimberly Ecuador y Familia Ecuador]. El señor Palacio le dijo a la señora Arenas que la mejor forma de resolver sus preocupaciones era a través de los directivos de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador. Habla de una llamada telefónica que sostuvo con la señora Arenas y los subordinados directos de ambos en Ecuador [o sea, los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador] para discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano e invitarlos a que se reunieran para resolver cualquier diferencia. Se mencionan conversaciones entre la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] con el señor Adrián Velasco [director de Kimberly Ecuador]. Asimismo, que se solicitó al señor Rafael Hincapié [director de Kimberly Ecuador] para que se reuniera con su contraparte en Familia [es decir, un director de Familia Ecuador] para discutir el tema.

4.10.25. La declaración del señor Palacio [gerente de Kimberly Colombia] es absolutamente clara y evidencia que la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] se contactó con él para coordinar precios en el mercado ecuatoriano (donde se encuentran las filiales de dichos grupos económicos). Asimismo, la declaración prueba que la señora Arenas y el señor Palacio, en su calidad de gerentes andinos del Grupo Familia y el Grupo Kimberly (cargos ejercidos en las casas matrices colombianas), instruyeron a los gerentes de las filiales ecuatorianas a: 1) coordinar precios en el mercado ecuatoriano; 2) reunirse para «resolver los conflictos en el mercado» ecuatoriano; y, 3) «discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano».

4.10.26. Dicho elemento probatorio, que es un documento público tras su apostilla, acredita los motivos por los cuales la SGCA sancionó al



Grupo Familia y al Grupo Kimberly: el cártel se materializó en cuanto los gerentes de las casas matrices colombianas del Grupo Familia y del Grupo Kimberly (con poder de decisión) dieron la instrucción a sus filiales ecuatorianas para coludirse, para «coordinar precios» a fin de obtener un «mejoramiento de precios», así como para «resolver cualquier diferencia».

- 4.10.27. En tercer lugar, en aplicación del principio de verdad material y en ejercicio de un pronunciamiento de plena jurisdicción, resulta pertinente traer a colación la declaración de la empresa Papeles Nacionales S.A. en el procedimiento tramitado por la SIC en el proceso SIC 14-151027.
- 4.10.28. En su escrito del 4 de mayo de 2016, Papeles Nacionales S.A., investigada por la SIC en el proceso SIC 14-151027 —escrito que consta en la carpeta 47 de dicho expediente, incorporado al expediente andino por solicitud de la SCE—, solicitó a la autoridad colombiana de defensa de la libre competencia que:

«[d]eclare la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para continuar adelantando el presente proceso y, conforme a la regulación contenida en el régimen supranacional de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante “CAN”), remita el proceso a la Secretaría General de la CAN, a fin de que sea dicho Organismo quien avoque conocimiento de la presente investigación.»

En su escrito, Papeles Nacionales S.A. agregó lo siguiente:

«En el presente caso la conducta que se investiga afecta a más de un país miembro de la CAN, por lo que la SIC carece de competencia para conocerla y, en su lugar, le corresponde poner en conocimiento de la Secretaría General de la CAN el proceso, para que sea dicha entidad quien conozca de esta investigación.»

En efecto, en el presente caso se tiene que:

(...)

- Entre Familia y Kimberly se presentaron conversaciones en el Ecuador para fijar el precio de los papeles suaves en Colombia, al punto que el Informe Motivado da por probada la participación de altos directivos de empresas involucradas en Ecuador como determinantes de los presuntos acuerdos en Colombia.
- En Ecuador la Autoridad Nacional de Competencia investiga el supuesto cartel de los papeles suaves.





- La investigación que en este proceso se adelanta (Colombia), recae sobre papeles suaves y en ella se investiga a Kimberly, CMPC (Drypers) y Familia.

(...)

Por su parte, la señora María Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] expresó durante la ratificación de su declaración realizada el 29 de octubre de 2015, que durante la época en que comenzaron las reuniones, ella también manejaba Ecuador e indicó que sostuvo reuniones con Adrián Velasco de Kimberly [director de Kimberly Ecuador] para tratar temas de Ecuador en el 2000.

La señora Arenas narró que atendió una invitación a las instalaciones de la planta de Kimberly en Guayaquil y en esa ocasión se habló de *dispensadores*, pues en Ecuador dicho (sic) elementos se venden a las empresas, mientras que en Colombia se entregan en comodato. De acuerdo con la señora Arenas, el (sic) Adrian Velasco le habría dicho que el precio del papel higiénico blanco estaba con un precio muy bajo.

La declarante narró que posteriormente se volvió a reunir con Adrian en el hotel JW Marriot y en oficinas de ellos en Ecuador para discutir temas de ese país. En esta reunión también estuvo Ander Garmendia [gerente de Kimberly Colombia], que para la época era el Gerente Andino de B2B de Kimberly, quien además de dar directrices sobre los criterios de fijación de precios, monitoreaba el cumplimiento de los acuerdos. En otras reuniones actuó Luis Fernando Palacio, cuyas declaraciones fueron tenidas en cuenta por el Informe como determinantes para establecer la existencia de los acuerdos, y que fue quien reemplazó a Ander Garmendia e (sic) su posición como Gerente Andino B2B de Kimberly.

(...))<sup>97</sup>

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

- 4.10.29. La declaración de Papeles Nacionales S.A. coincide con la del señor Palacio en la parte en que dicha empresa refiere la existencia de reuniones entre la señora Arenas [gerente de Familia Colombia, y que «también manejaba Ecuador»] con el señor Adrián Velasco [director de Kimberly Ecuador], para tratar temas del mercado ecuatoriano de papeles suaves.

<sup>97</sup> Ver fojas a 12445 a 12447 del expediente administrativo de la SIC, que constan en la carpeta 47 de dicho expediente.



- 4.10.30. Papeles Nacionales S.A. indicó que la señora Arenas [gerente de Familia Colombia] y el señor Velasco [director de Kimberly Ecuador] sostuvieron una reunión (en el hotel JW Marriott de Ecuador), en la que también estuvo presente el señor Ander Garmendia [gerente andino de B2B de Kimberly], y fue este quien dio directrices sobre los criterios de fijación de precios, y quien monitoreaba el cumplimiento de los acuerdos.
- 4.10.31. Las partes pertinentes de la declaración de Papeles Nacionales S.A. corroboran la tesis de que los gerentes colombianos de Kimberly y Familia instruyeron a los gerentes ecuatorianos de Kimberly y Familia a realizar un acuerdo de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.
- 4.10.32. En cuarto lugar, las páginas 133 y 135 de la Resolución 69518 (versión pública) del 24 de noviembre de 2014, emitida en el Proceso SIC 14-151027, mediante el cual la SIC abrió la investigación y formuló el pliego de cargos, coinciden con lo expuesto por la SGCA en el párrafo 636 (página 128) de la Resolución 2006.

**Resolución 69518 (versión pública) de la SIC emitida en el Proceso SIC 14-151027.-**

«(...)

Así, en declaración rendida el 16 de mayo de 2014 ante funcionarios de la Delegatura (...)

(...)

**“DESPACHO:** ¿Cuál fue el fin de esta reunión en Ecuador, en Guayaquil?

(...) El fin era hablar de la industria, el mercado ecuatoriano es un poco diferente al colombiano, allá hay muchos convertidores, es decir, que no tienen máquinas de papel que es lo costoso, sino que compran las grandes bovinas y las convierten en rollitos chiquiticos para poner en el baño. Nosotros los de la industria le decimos convertidores, nosotros somos como manufactureros así los definimos, como el que tiene todo ese proceso hacia atrás. Entonces en Ecuador los convertidores han sido muchos y este negocio tiene una particularidad y es el costo de servir, yo le vendo por ejemplo a la SIC el papel higiénico pero tengo que instalar los dispensadores, y eso cuenta como un gasto de la compañía y se da en función de comodato, en clientes grandes es muy fácil uno ve que el cliente no ve que está consumiendo su marca, se puede hacer la figura de comodato y retirar. Pero en clientes medianitos y pequeños es difícil ver que ya no están consumiendo el de uno, ir a remover el dispensador. Entonces nos reuníamos mucho a ver qué podíamos hacer allá porque el enfoque de Ecuador es dispensador vendido, si tú me compras tú tienes que





*comprarme el dispensador, y si el dispensador es tuyo tú tienes derecho a comprar cualquier marca... entonces alegábamos mucho de si es conveniente vender los dispensadores le estábamos dando oxígeno a los convertidores, ellos se nos están metiendo en los dispensadores, nosotros no estamos creciendo, con la dolarización del país hubo como una crisis, me acuerdo yo, y ahí me acuerdo de un archibito que encontré en excel que (...) me invitó a subir el precio de una referencia que yo tenía muy por debajo de él y yo la subí, pero nada más, una cosa super puntual. Para terminar el cuento de Ecuador y pasar a Colombia donde hay más tela para tejer realmente, en Ecuador qué se hicieron, otra reunión adicional en las oficinas de ellas, una en Quito, en el JW Marriot, como yo era la foránea (...) organizaba todo allá, cuando yo iba, ellos me decían, vamos acá, reunámonos allí, y yo me dejaba como guiar. Y muy, viendo mails, porque esto ha sido un desenfoco del negocio comenzar a reconstruir historia... encontré un mail como del 2006, donde mi gente estaba buscando a (...) en su momento, para mirar si podíamos mirar las cosas de dispensadores otra vez, qué podíamos organizar un poco el mercado, y esa reunión no se pudo dar física sino que la hicimos vía teleconferencia e incluimos a (...) que es el homólogo mío creo para (...) o sea no sé bien el rango de él pero yo sí sé que con él nos reuníamos. Él se encargaba del negocio institucional en muchos países, pero creo que él también se encargaba de otros negocios, creo que papelería fina; no sé bien lo que él era responsable allá, pero digamos que él era responsable de lo que él era responsable en este lado.*

**DESPACHO:** Pero la reunión fue teleconferencia pero con la gente de Ecuador...

(...) Sí, hablando de Ecuador”.

De igual forma, en declaración rendida el 15 de mayo de 2014 (...) por (...) señaló:

*“(...) En la época en la que yo trabajé como responsable de ventas de (...) mi papel era muy operativo, yo no tomaba las decisiones ni participaba en las reuniones, yo asistía, oía, recibía los direccionamientos y salíamos a ejecutar, a pretender ejecutar.*

**DESPACHO:** ¿Quién tomaba las decisiones?

(...)

**DESPACHO:** ¿Y a quién ordenaban ejecutar?

*(...) A todo el equipo comercial. Éramos un poco, el equipo comercial de (...) podía estar conformado por, en esa época, éramos 7 jefes regionales, y en cada región podían haber 30 personas.*

**DESPACHO:** ¿Estos jefes regionales tenían conocimiento de las reuniones que tenían con los competidores?

(...) Sí, todo el mundo tenía conocimiento.”





Estas declaraciones, junto con los correos electrónicos arriba referidos, podrían ser calificados como evidencia de que las compañías en cuestión, presuntamente, llevarían varios años realizando acuerdos anticompetitivos alcanzando niveles internacionales. Esto por cuanto las compañías cuentan con presencia en gran parte de los países de Latinoamérica, lo que facilitaría el consenso entre las mismas.

En consecuencia, esta Delegatura encuentra razonable afirmar que los presuntos acuerdos anticompetitivos no habrían sido realizados únicamente por los funcionarios locales de cada compañía, sino que, adicionalmente, estos se habrían planeado, estructurado y ejecutado con ocasión de instrucciones directas provenientes de las compañías controlantes o filiales ubicadas en el exterior, desde las cuales se organiza toda la estrategia a nivel regional.»<sup>98</sup>

### Resolución 2006 de la SGCA.-

«<sup>636</sup> Las declaraciones de María Carolina Arenas ante la SIC señalaban (Expediente confidencial de la SIC, folio 1212) minuto 11:50 a minuto 13:00:

*“Me acuerdo de un archívito que me encontré en Excel en el que Adrián [Adrián Velasco, gerente de Kimberly Ecuador] me invitaba a subir el precio de una referencia que yo tenía muy por debajo de él y yo la subí, y nada más, una cosa súper puntual.*

*Para terminar el cuento de Ecuador y volver a Colombia que es donde hay más tela para tejer realmente, de ahí en Ecuador que se hicieron, (...) otra reunión en Quito, también en el JW Marriot y cuando yo iba como yo era la foránea Kimberly organizaba todo allá (...). Encontré un mail de 2006 donde mi gente estaba buscando a Adrián Velasco [gerente de Kimberly Ecuador] en su momento, para ver si podíamos mirar las cosas de dispensadores otra vez, ver si podíamos organizar el mercado y esa reunión no se pudo dar física sino que se dio mediante teleconferencia e incluimos a Luis Fernando Palacio [gerente de Kimberly Colombia] (...).”»*

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

Las pruebas antes mencionadas brindan información de la reunión ocurrida en el hotel JW Marriott de Quito en la que estuvo presente la señora Arenas [gerente de Familia Colombia], y dan luces sobre una conducta anticompetitiva que comprende a las empresas investigadas en torno al mercado ecuatoriano de papeles suaves.

<sup>98</sup> Resolución 69518 de la SIC, pp. 133 a 135.



4.10.33. En quinto lugar, la página 129 de la Resolución 2006 de la SGCA, en la que se citan declaraciones de Manuel Muñoz Merizalde [gerente de Familia Ecuador], en el siguiente sentido:

«<sup>[637]</sup> Dicha situación continuó entre los años 2005 y 2013, según lo confirmó en su testimonio ante la SCPM el señor Manuel Muñoz Merizalde [gerente de Familia Ecuador], gerente institucional de PFSE para esos años (archivo reunión de trabajo SCPM, 03-04-2017, ID-44502 – Remitido por la SCPM a la SGCAN el día 25 de mayo de 2017 mediante Oficio SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-333-2017, minuto 22:00 a 24:00):

*“Como sabemos, había un relacionamiento con Kimberly Clark (...) habrán sido unos 5 o 6 acercamientos, de 2005 a 2013 (...) la memoria me puede fallar (...) no tengo las fechas exactas (...) precios hay una reunión en abril de 2011 (...) se incluía el tema de hablar de investigación de mercado de producto (...) hablábamos de todo el portafolio.”*

<sup>[638]</sup> En el minuto 25:00 señala que el principal producto en el que se realizaban acuerdos era en el papel higiénico Jumbo. Indica que *“es que el cliente final generalmente mira el tema del precio de papel higiénico. Principalmente el papel higiénico jumbo doble hoja de 250 hojas. (...) Con Rafael [Rafael Hincapié, gerente de Kimberly Ecuador] casi siempre mirábamos el precio de este producto (...)”* Continúa señalando que la teleconferencia fue por sugerencia de Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] y Luis Fernando Palacio [gerente de Kimberly Colombia] y que ellos sugirieron que se realizara la reunión con Rafael [Rafael Hincapié, gerente de Kimberly Ecuador].»

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

4.10.34. Asimismo, en el escrito de fecha 4 de mayo de 2018, en el cual la SIC emitió sus recomendaciones a la SGCA frente al Informe de Instrucción, se citan las declaraciones de Manuel Muñoz Merizalde [gerente de Familia Ecuador] en el siguiente sentido:

«**SCPM:** (Min. 26:55) ¿Cómo fue que usted llegó a la reunión con Rafael Hincapié [gerente de Kimberly Ecuador]?»

**MANUEL MUÑOZ:** En esa teleconferencia sí hubo una sugerencia de que nos reunamos

**SCPM:** ¿Quién le sugirió que se reuniera?







**MANUEL MUÑOZ:** Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] a mí y el jefe de Rafael. Nos sugirió que nos reuniéramos nosotros acá en Ecuador.

**SCPM:** (Min. 27:09) ¿Les dieron también algún lineamiento reúnanse por este punto, este punto, este punto... tal vez?

**MANUEL MUÑOZ:** No, no, no, ahí fue simplemente, ustedes reúnanse, ustedes lleguen a un acuerdo entre ustedes, porque lógicamente el mercado de papel era distinto en Ecuador que el de Colombia.

(...)»<sup>99</sup>

[lo que está entre corchetes se ha agregado, énfasis propio del texto]

- 4.10.35. La declaración del señor Muñoz revela coordinaciones sobre precios (del papel higiénico jumbo doble hoja de 250 hojas) entre los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia, los superiores jerárquicos, y los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, los subordinados. Asimismo, estas declaraciones son claras en cuanto a que la disposición de acordar precios en Ecuador vino desde los gerentes de las matrices de los Grupos Kimberly y Familia en Colombia.
- 4.10.36. La declaración del señor Muñoz confirma la hipótesis sostenida por la SGCA. La orden vino de Colombia. Los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia instruyeron a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador a acordar los precios de diferentes productos de papel suave comercializados en el mercado ecuatoriano.
- 4.10.37. Es importante mencionar que la hipótesis de la SGCA no fue que los gerentes colombianos y ecuatorianos se pusieron de acuerdo en elevar el precio de los productos de papel suave comercializados en los mercados colombiano y ecuatoriano. Si este hubiera sido el caso, sí podría haber sido relevante conocer si ambos mercados presentaban o no características similares. No. Las empresas investigadas fueron sancionadas por la SGCA bajo una consideración distinta, que fue que los gerentes colombianos ordenaron a los gerentes ecuatorianos a coludirse para el mercado ecuatoriano, lo que, como se ha señalado en

<sup>99</sup> Ver foja 6534 del expediente administrativo.



la sección 4.6. de la presente sentencia, sí configura como una conducta anticompetitiva transfronteriza.

4.10.38. Todas las pruebas mencionadas en esta sección —las cuales no han sido desvirtuadas por las empresas sancionadas— acreditan la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza consistente en que las matrices colombianas (Kimberly Colombia y Familia Colombia) instruyeron a las filiales ecuatorianas (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador) a adoptar un acuerdo de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.

4.10.39. Por tanto, las Resoluciones 2006 y 2236 no incurren en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.

**4.11. Análisis particular de la Resolución 2236 sobre el extremo referido a la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información**

4.11.1. Dada la aplicación de la excepción de la buena fe, queda claro que la SGCA no cometió vicio alguno al momento de utilizar las pruebas provenientes de la desclasificación de información en la Resolución 2006, así como otras pruebas, para acreditar la comisión de la infracción.

4.11.2. Sin embargo, al momento de resolver el recurso de reconsideración, la SGCA ya conocía el pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil respecto de la desclasificación de estas pruebas.

4.11.3. Por tanto, lo que debió haber hecho la SGCA, al momento de resolver el recurso de reconsideración (con la Resolución 2236), es mencionar de manera expresa que con las pruebas ajenas a la desclasificación de información se podía ratificar el pronunciamiento previo (la Resolución 2006) que había acreditado la existencia de la infracción, tal como ha quedado demostrado en el acápite anterior de esta sentencia.

4.11.4. Tal omisión, no obstante, no es causal de invalidez, pues la Resolución 2236 utiliza pruebas ajenas a la desclasificación de información para confirmar la existencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza. En efecto, en el párrafo 450 de la Resolución 2236, se menciona lo siguiente:



«<sup>450]</sup> Al respecto, en primer lugar, es preciso indicar que esta Secretaría General ha utilizado las pruebas indiciarias alcanzadas por la SCPM, sin que ellas constituyan el elemento sustancial para las sanciones impuestas en el marco de la Resolución 2006.»

4.11.5. Como puede verse, de manera implícita, la SGCA indicó, al resolver los recursos de reconsideración en la Resolución 2236, que la sanción impuesta a las empresas investigadas se sustentó en elementos probatorios distintos a las pruebas provenientes de la desclasificación de información del programa de clemencia (aquellas listadas en el párrafo 4.8.4., salvo la declaración apostillada de Luis Fernando Palacio que proviene de una fuente independiente).

4.11.6. Por otro lado, la SGCA reconoció que utilizó elementos probatorios provenientes de la desclasificación de información de un programa de clemencia para sancionar a las empresas investigadas, situación que sí tomó en consideración en la Resolución 2236 para declarar parcialmente fundados los recursos de reconsideración de las empresas sancionadas y reducir la multa al Grupo Kimberly:

«<sup>462]</sup> Con relación al segundo considerando relacionado al Proceso 04-AN-2018, en virtud de las pruebas que constan en el expediente, esta Secretaría General no puede negar el hecho de que hubo un proceso de clemencia interno en el Ecuador; por lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 425 que señala que la SGCAN no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias que le sea sometido; es necesario que en la imposición de la sanción esta consideración sea evaluada.

(...)

«<sup>466]</sup> En este sentido, y con base a los elementos de carácter jurídicos esbozados en la presente Resolución, corresponde una reducción de la sanción de 7% (siete por ciento) para las empresas Kimberly Clark Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A.»

4.11.7. Por todo ello, a pesar de la omisión de la SGCA de declarar expresamente que la infracción del literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 por parte de las empresas sancionadas podía demostrarse sin considerar las pruebas provenientes de la desclasificación de información del programa de clemencia, la





Resolución 2236 sí consideró esta situación e, inclusive, redujo el valor de la multa al Grupo Kimberly. En este sentido, conviene declarar que no existió vicio alguno en este sentido.

**4.12. Sobre la nulidad alegada en cuanto a que la SGCA no se habría pronunciado sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por los miembros del Comité**

4.12.1. El artículo 22 de la Decisión 608<sup>100</sup> señala que la SGCA, en la motivación de su resolución (el acto administrativo de efectos particulares), dará cuenta del informe remitido por el Comité. En caso de que la SGCA se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

4.12.2. En el oficio SCPM-DS-071-2018, recibido por la SGCA el 8 de mayo de 2018, se adjuntan los informes de observaciones de la SIC (Colombia), del Indecopi (Perú), de la Autoridad de Fiscalización de Empresas – AEMP (Bolivia) y de la SCE (Ecuador) con relación al Informe de Instrucción de la SGCA. La recomendación de la SIC y del Indecopi fue no acoger el referido informe. La recomendación de la AEMP fue acoger el informe con sugerencias. La SCE coincidió con el informe en que las empresas investigadas incurrieron en una práctica anticompetitiva transfronteriza y dio sugerencias adicionales en lo referente a las medidas correctivas.

4.12.3. En el acta de la segunda reunión del Comité de fecha 4 de mayo de 2018, se aprecia que, luego de la votación realizada, la AEMP (Bolivia) y la SCE (Ecuador) acogen el Informe de Instrucción, mientras que la SIC (Colombia) y el Indecopi (Perú) no lo acogen.

4.12.4. Para que exista informe (opinión) del Comité, al menos tres autoridades nacionales de defensa de la libre competencia deben compartir una

<sup>100</sup> **Decisión 608.-**

«Artículo 22.- Vencido el plazo señalado en el último párrafo del artículo anterior, la Secretaría General emitirá su Resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

La Secretaría General, en su motivación, dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho Informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.»



misma posición. Para el TJCA, en aquellos casos en los que haya empate entre aprobar y desaprobado el Informe de Instrucción de la SGCA, simplemente no existe informe (opinión) del Comité.

4.12.5. En el presente caso, al haber operado un empate, en rigor no existió informe (opinión) del Comité, por lo que la SGCA no tenía la obligación de emitir pronunciamiento alguno al respecto, no tenía la obligación de expresar motivos para aceptar o apartarse respecto de una opinión que nunca se emitió válidamente. Asimismo, tampoco tenía la obligación de pronunciarse sobre las opiniones separadas de los integrantes del Comité. El segundo párrafo del artículo 21 de la Decisión 608 dispone que, una vez vencido el plazo de 30 días hábiles de la fecha de la convocatoria realizada por la SGCA al Comité, de no haber presentado este su opinión, se entenderá que el Comité consiente en el contenido del Informe de Instrucción.

4.12.6. Por tanto, las resoluciones impugnadas no incurren en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.

**4.13. Sobre la nulidad alegada en cuanto a la participación de la SCE como denunciante, autoridad que apoyó en la investigación a la SGCA e integrante del Comité**

4.13.1. Según las empresas sancionadas, la investigación no fue imparcial debido a que la SCE actuó como denunciante, apoyó en la investigación a la SGCA e integró el Comité.

4.13.2. Según la Decisión 608, las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (actualmente, la SIC, la SCE, el Indecopi y la AEMP):

- a) pueden solicitar a la SGCA el inicio de una investigación (artículo 10);
- b) a solicitud de la SGCA, que es la directora del proceso de investigación (autoridad instructora), colaboran en la elaboración del Plan de Investigación<sup>101</sup> (artículo 15);
- c) están obligadas a realizar las investigaciones que les encomiende la SGCA (artículos 16 y 17); e,

<sup>101</sup> Las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia en donde tengan origen o realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud de investigación y, de ser el caso, donde se suceden los efectos de las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes (artículo 15 de la Decisión 608).



d) integran el Comité (artículos 38 al 41).

- 4.13.3. Si en el procedimiento de investigación, la SCE actuó como denunciante, apoyó en la investigación a la SGCA y formó parte del Comité, fue en estricta observancia de lo establecido en la Decisión 608.
- 4.13.4. Lo que en el fondo parece que cuestionan las empresas sancionadas es el diseño procedimental previsto en la Decisión 608. Esta ley andina pudo haber sido impugnada a través de una acción de nulidad, pero ello no ocurrió dentro del plazo de dos años desde que ella fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.
- 4.13.5. La imparcialidad que interesa en el procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 es la de la SGCA. La SCE podría haber estado muy convencida de la culpabilidad de las empresas investigadas, pero también es cierto que dos autoridades nacionales (la SIC y el Indecopi) opinaron de manera diferente. El empate ocurrido al interior del Comité es la mejor prueba de que la SCE no pudo imponer su punto de vista al interior del órgano consultivo.
- 4.13.6. La inexistencia de una opinión válida por parte del Comité, al haber operado el empate antes mencionado, impide sostener que este órgano consultivo estuvo influenciado por la posición de la SCE. Esta autoridad nacional nunca pudo convencer a la SIC y al Indecopi para que se alinearan a su posición. Todo lo contrario, y como muestra de la independencia de las autoridades nacionales al interior de la investigación, la SIC presentó recurso de reconsideración contra la Resolución 2006 de la SGCA.
- 4.13.7. Resta señalar, especialmente para futuros casos, que la posición —eventualmente parcializada— de una autoridad nacional de defensa de la libre competencia no vincula a las otras autoridades nacionales. El Comité es un cuerpo colegiado en el que cada integrante goza de autonomía e independencia, a lo que hay que agregar que la opinión del Comité, de existir, no es vinculante; es decir, que carece de fuerza obligatoria con relación a la posición de la SGCA.
- 4.13.8. Por tanto, las Resoluciones 2006 y 2236 no incurren en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.

1

2





**4.14. Sobre el hecho de que la SGCA concentró las competencias de autoridad instructora (imputación de cargos e instrucción) y decisora (sanción) en el procedimiento de investigación**

4.14.1. De conformidad con el diseño procedimental previsto en la Decisión 608, la SGCA cumple tanto la función de autoridad instructora como decisora. Como instructora, imputa los cargos a través de la resolución de apertura del inicio de la investigación, dirige la investigación y emite el Informe de Instrucción. Como decisora, dicta medidas cautelares, impone sanciones y dicta medidas correctivas.

4.14.2. La SGCA actuó en el procedimiento de investigación en función de lo establecido normativamente en la Decisión 608. Nuevamente, lo que en realidad cuestionan las empresas investigadas es el diseño procedimental previsto en la ley andina de defensa de la libre competencia.

4.14.3. Es cierto que un esquema sancionador más garantista es la separación entre autoridad instructora y autoridad decisora.

4.14.4. El Tribunal, como corte de justicia, cuenta con la competencia implícita de efectuar el control de constitucionalidad difuso, lo que significa, en cada caso concreto, inaplicar una ley andina que resulta abiertamente inconstitucional.

4.14.5. En el presente caso, no se advierte que el diseño procedimental previsto en la Decisión 608 (ley andina) viole alguna disposición del Acuerdo de Cartagena (norma constitucional) o de otras normas de derecho primario.

4.14.6. Adicionalmente, el TJCA observa que, si bien el diseño procedimental previsto en la Decisión 608 concentra en una sola autoridad, la SGCA, el rol de instrucción y de decisión, lo cierto es que dicho diseño brinda suficientes garantías de defensa para las empresas investigadas. Estas pueden presentar descargos y/o alegatos frente a:

- a) La resolución motivada que da inicio a la investigación, que es el acto administrativo de imputación de cargos (literal b del artículo 14 de la Decisión 608).
- b) El Plan de Investigación (párrafo final del artículo 15 de la Decisión 608).



7





- c) El Informe de Instrucción (segundo párrafo del artículo 20 de la Decisión 608).
- 4.14.7. Por las consideraciones expuestas, las resoluciones impugnadas no incurrir en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.
- 4.15. De la naturaleza jurídica del Informe de Instrucción, el supuesto prejuzgamiento contenido en este y la inadmisión de los recursos de reconsideración presentados contra dicho informe**
- 4.15.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Decisión 608<sup>102</sup>, una vez concluida la investigación (la instrucción), la SGCA tiene un plazo de diez días hábiles para elaborar el informe sobre los resultados de la investigación (el Informe de Instrucción). Este informe se remite a los miembros del Comité, a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15 de la mencionada decisión<sup>103</sup> y a las partes interesadas. Estas partes tienen un plazo de quince días hábiles para presentar sus alegatos escritos, y luego la SGCA remite dichos alegatos al Comité.
- 4.15.2. Las empresas demandantes sostienen que el Informe de Instrucción reflejaría un prejuzgamiento (anticipación de criterio) e incurriría en desviación de poder, al haber recomendado que se declare que las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador incurrieron en la conducta anticompetitiva

<sup>102</sup> **Decisión 608.-**

«Artículo 20.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, la Secretaría General contará con un plazo de diez (10) días hábiles para elaborar el Informe sobre los resultados de la investigación.

El Informe será remitido a los miembros del Comité, a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, y a las partes interesadas.

Las partes tendrán un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de remisión del Informe por la Secretaría General, para presentar sus alegatos escritos. La Secretaría General remitirá inmediatamente los referidos alegatos a los miembros del Comité.»

<sup>103</sup> Autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia de los Países Miembros en donde tengan origen o realicen su actividad económica las empresas identificadas en la solicitud de investigación y, de ser el caso, donde se sucedan los efectos de las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes.





tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 y que deben ser sancionadas.

- 4.15.3. Los resultados de la investigación traducen conclusiones sobre la valoración de los medios probatorios actuados en la etapa de instrucción y, tales conclusiones, en la forma o no de recomendaciones, pueden señalar que los agentes investigados han cometido o no han cometido la conducta anticompetitiva transfronteriza imputada.
- 4.15.4. Por tanto, para el TJCA, no hay nada extraño en que el Informe de Instrucción haya recomendado declarar que las empresas sancionadas incurrieron en una conducta anticompetitiva transfronteriza, así como en sugerir una multa determinada para cada grupo.
- 4.15.5. El derecho de defensa de las empresas investigadas se materializa en el hecho de que tienen la oportunidad, conforme a lo señalado en el mencionado artículo 20, de presentar alegatos escritos, ya sea en contra o a favor del Informe de Instrucción, dependiendo de sus conclusiones y recomendaciones. Dicho informe no es vinculante, no tiene efectos jurídicos, pues la SGCA, a la luz de tales alegatos, podría resolver algo distinto a las conclusiones y recomendaciones del referido informe. El Informe de Instrucción podría sugerir un determinado sentido, pero si los alegatos de los agentes investigados son persuasivos, la SGCA podría resolver (pronunciamiento que sí tiene efectos jurídicos) en un sentido distinto.
- 4.15.6. De hecho, en el presente caso, mientras que el Informe de Instrucción sugirió multas ascendentes al 10 % de los ingresos totales brutos de las empresas sancionadas, la Resolución 2006 estableció multas menores al 4,5 % de los ingresos totales brutos. Luego de resolverse los recursos de reconsideración, la Resolución 2236 redujo en un 7 % adicional la multa impuesta al Grupo Kimberly en la Resolución 2006.
- 4.15.7. Contrario a lo afirmado por las empresas demandantes y coadyuvantes, tanto el Grupo Familia como el Grupo Kimberly sí tuvieron oportunidad para presentar sus alegatos sobre el Informe de Instrucción y estos fueron considerados y rebatidos por la SGCA en la Resolución 2006. Por ende, se debe desestimar el argumento de que las empresas sancionadas no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho a la defensa frente al Informe de Instrucción.



4.15.8. El Informe de Instrucción de la SGCA no es impugnabile al no ser vinculante, al carecer de efectos jurídicos; y carece de sentido imputarle un presunto prejuizgamiento cuando la norma andina autoriza, de manera expresa, que a través de dicho informe la SGCA concluya los resultados de su investigación.

4.15.9. Por las consideraciones expuestas, las Resoluciones 2006 y 2237 no incurrn en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.

#### 4.16. De la supuesta vulneración al principio *non bis in idem*

4.16.1. Las empresas investigadas alegan que la SGCA habría violado el principio *non bis in idem* debido a que:

- a) La conducta anticompetitiva imputada ya había sido investigada previamente por la SCE;
- b) La conducta anticompetitiva imputada ya había sido investigada y sancionada previamente por la SIC; y,
- c) La SGCA había declarado inadmisibile la solicitud del señor Mauricio Velandia para iniciar una investigación contra dichas empresas por presuntas prácticas anticompetitivas contempladas en los literales a), b) y d) del artículo 7 de la Decisión 608.

4.16.2. En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, el TJCA explicó lo siguiente sobre la aplicación del principio *non bis in idem*:

«...En aplicación del principio *non bis in idem*, un agente económico (...) 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 de manera mediata son la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores...»<sup>104</sup>

- 4.16.3. Solo en lo que respecta a las personas investigadas o sancionadas, tiene que ser exactamente la misma persona, o las mismas personas naturales (físicas) o jurídicas. En el proceso SIC 14-151027, la SIC investigó y sancionó a empresas distintas a las que la SGCA investigó y sancionó en el procedimiento 002/LC/SJ/2016. La SIC sancionó a «Papeles Nacionales S.A.» y a «C. y P. del R. S.A.», y a otros sujetos, es decir, personas jurídicas y naturales ajenas a las que procesó y sancionó la SGCA; y esta procesó y sancionó a Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, empresas ajenas a las que investigó y sancionó la SIC.

<sup>104</sup> Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, pp. 12 y 13.



- 4.16.4. En el caso de la SCE, esta ni siquiera inició formalmente el procedimiento administrativo sancionador contra Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, por lo que no cabe aplicar el principio *non bis in idem*. Y en el supuesto de que hubiese iniciado dicho procedimiento, este no hubiese comprendido a Kimberly Colombia y Familia Colombia.
- 4.16.5. Como puede apreciarse, no hay violación del principio *non bis in idem* con relación al procedimiento tramitado por la SIC ni respecto de la investigación preliminar efectuada por la SCE.
- 4.16.6. Sin perjuicio de lo anterior, el TJCA considera pertinente precisar que, incluso en el supuesto de que se hubiese tratado de un único acuerdo anticompetitivo que hubiese comprendido los territorios de Colombia, Ecuador y Perú (una práctica distinta a la sancionada por la SGCA), no debe perderse de vista la teoría de la doble barrera (antes explicada) desarrollada en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018. Sobre la base de esta teoría, la SIC pudo investigar y sancionar a las empresas colombianas por los efectos en el territorio colombiano; la SCE, a las empresas ecuatorianas por los efectos en territorio ecuatoriano; y el Indecopi, a las empresas peruanas por los efectos acaecidos en territorio peruano.

Esta precisión se efectúa pues, el hecho de que el TJCA confirme la validez de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA no afecta, en lo absoluto, a la Resolución 31739 de fecha 26 de mayo de 2016 emitida por la SIC en el procedimiento SIC 14-151027.

- 4.16.7. Tampoco hay violación del principio *non bis in idem* por el hecho de que la SGCA había declarado inadmisibile previamente la denuncia formulada por el señor Mauricio Velandia. No se aplica este principio si ni siquiera se ha iniciado formalmente [con la resolución de imputación de cargos] el procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.

- 4.16.8. Adicionalmente, no debe perderse de vista que, para iniciar la investigación, lo único que requiere la SGCA son indicios. Pues bien, un escenario factible es que una solicitud de investigación (denuncia) sea rechazada en un primer momento por falta de indicios, pero luego sea admitida si es acompañada por indicios.



4.16.9. No existe, pues, identidad, entre los procedimientos seguidos ante la SIC y la SCE, y aquella tramitada ante la SGCA, motivo por el cual las resoluciones impugnadas no incurrir en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.

**4.17. De la tramitación de compromisos en paralelo con la investigación y sobre los plazos previstos**

4.17.1. Las empresas demandantes sostienen que fueron forzadas a participar en el proceso de ofrecimiento de compromisos y ejercer su defensa en la investigación, paralelamente.

4.17.2. El primer párrafo del artículo 28 de la Decisión 608 señala lo 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.  
(...)»

(Énfasis agregado)

4.17.3. El TJCA no aprecia del artículo 28 de la Decisión 608 que la presentación de un compromiso de cese (de la conducta anticompetitiva objeto de investigación) tenga como consecuencia la suspensión del trámite del procedimiento administrativo sancionador supranacional a cargo de la SGCA.

4.17.4. Los artículos 27, 28 y 29 de la Decisión 608, como ocurre en otras legislaciones de defensa de la libre competencia, prevén el trámite simultáneo o paralelo del procedimiento administrativo sancionador, que es el principal, y de las solicitudes de compromiso de cese, que son accesorias.

4.17.5. Si se acepta el compromiso de cese, concluye la investigación (el procedimiento sancionador) sin el establecimiento de medidas (correctivas y/o sancionatorias), pero si no se acepta el compromiso, la referida investigación, que venía en curso, simplemente continúa. Por tanto, es evidente para este Tribunal que la oración final del primer párrafo del artículo 28 de la Decisión 608, que dice que «la investigación continuará», significa, en principio, que el procedimiento sigue su curso, es decir, que la investigación que se venía efectuando,



va a seguir avanzando; sin perjuicio del trámite paralelo vinculado con la presentación de un compromiso de cese.

- 4.17.6. Al Tribunal le extraña el argumento de las empresas demandantes. No solo en el caso del procedimiento de investigación a cargo de la SGCA, sino también tratándose de los procedimientos a cargo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (*v.g.*, la SIC, la SCE, el Indecopi), es absolutamente normal tramitar en paralelo el procedimiento sancionador y la solicitud de compromiso de cese, como también tramitar en paralelo el procedimiento sancionador y una solicitud de acogimiento al programa de clemencia.
- 4.17.7. Por las consideraciones expuestas, las resoluciones impugnadas no incurrir en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.
- 4.17.8. Sin perjuicio de lo antes declarado, el Tribunal considera pertinente mencionar que el derecho de defensa de los administrados, en tanto derecho subjetivo, se ejerce al interior del procedimiento sancionador conducente a investigar la realización de una conducta anticompetitiva. Es este en el que, a través de la presentación de descargos, del ofrecimiento de pruebas, de la presentación de alegatos, de la posibilidad de informar oralmente ante la autoridad, entre otros, se ejerce el derecho de defensa en el marco de ese otro gran derecho y principio jurídico que es el debido proceso.
- 4.17.9. El ofrecimiento de compromisos de cese y de acogimiento a un programa de clemencia (delación compensada) tienen una lógica diferente. Estas son herramientas con las que cuenta la autoridad de competencia para desbaratar los cárteles de una manera más rápida y eficaz.
- 4.17.10. Los administrados no tienen un derecho subjetivo a que se les apruebe un compromiso de cese o un programa de clemencia. La aprobación de este tipo de solicitudes por parte de la autoridad de competencia no se enmarca en lo que se conoce como una competencia reglada, sino más bien es lo propio del ejercicio de una potestad discrecional. Una discrecionalidad en la que se evalúa la pertinencia.
- 4.17.11. La aceptación de una delación compensada depende de que la autoridad de competencia considere que las pruebas ofrecidas por el delator son relevantes para sancionar a los infractores. Constituye una valoración



subjetiva, impregnada de una dosis de discrecionalidad, el considerar que una o más pruebas determinadas son relevantes o no.

- 4.17.12. El delator podría considerar que un testimonio (la declaración de un testigo) o una confesión son suficientes para que se apruebe la delación compensada, pero la autoridad podría considerar, desde su apreciación técnica, que ello es insuficiente. La autoridad tiene la potestad para exigir las pruebas que logren persuadir su inclinación a aprobar una solicitud de delación compensada. En un caso concreto, podría exigir más pruebas de las ofrecidas por el delator. Este, repetimos, no tiene un derecho a exigir que se le apruebe el programa de clemencia.
- 4.17.13. Podría darse el caso de que la autoridad de competencia, durante la investigación preliminar, ha logrado recopilar pruebas relevantes que probarían la comisión de una conducta anticompetitiva. En tal caso, no necesita aprobar una o más solicitudes de delación compensada. Dicha autoridad cuenta con la potestad de rechazar las solicitudes de acogimiento a un programa de clemencia. Puede hacerlo si considera que la prueba ofrecida por el delator no es contundente, si ya tiene en su poder la prueba ofrecida por el delator, si considera que dicha prueba es ambigua o por cualquier otra razón.
- 4.17.14. La discrecionalidad descansa en que la autoridad de competencia tiene que analizar la pertinencia de la prueba ofrecida por el delator en función de factores tales como las pruebas con las que ya cuenta, de las pruebas que podría obtener en el transcurso del procedimiento sancionador (a través de inspecciones, testimonios, documentos), de la posibilidad de que terceros (competidores, suministradores, distribuidores, clientes) le proporcionen pruebas relevantes, etc.
- 4.17.15. Igual razonamiento es aplicable para el compromiso de cese. La autoridad de competencia no está obligada a aceptar un compromiso de cese. Si la confesión del administrado no es contundente o razonable, si la conducta anticompetitiva ya cesó, si dicha conducta ha causado daños significativos a los consumidores, entre otros, son factores que pueden disuadir a la autoridad a aprobar un compromiso de cese.
- 4.17.16. Por lo tanto, no podrá entenderse que la tramitación simultánea de un ofrecimiento de compromisos y una investigación sobre conductas anticompetitivas transfronterizas es contraria a lo prescrito en los artículos 27, 28 y 29 de la Decisión 608.



- 4.18. Sobre la presunta prescripción de la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236
- 4.18.1. Como se ha señalado en la sección 4.5. de la presente sentencia, una cosa es probar el acuerdo y otra distinta probar la duración (ejecución) del acuerdo.
- 4.18.2. En el presente caso, la conducta anticompetitiva (práctica colusoria) transfronteriza, consistente en que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia dieron la instrucción a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador de adoptar un acuerdo de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves, ha quedado plenamente acreditada en la sección 4.10. de la presente Sentencia.
- 4.18.3. El artículo 43 de la Decisión 608<sup>105</sup> establece que las infracciones a la libre competencia prescriben en el plazo de tres años de haberse realizado la conducta, y en caso de conductas continuadas, los tres años se empiezan a contar a partir del día siguiente a aquel en que cesó la conducta.
- 4.18.4. Los acuerdos de precios son conductas que califican como infracciones continuadas. Lo relevante, por tanto, para la aplicación de la figura jurídica de la prescripción de la infracción, es determinar la fecha de cese de la ejecución (duración) del acuerdo.
- 4.18.5. En la Sentencia del 9 de marzo de 2017<sup>106</sup>, recaída en el proceso 05-AN-2015, el TJCA explicó, con relación al artículo 43 de la Decisión 608, que cuando se presenta una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia (la solicitud de inicio de la investigación).
- 4.18.6. La SCE denunció a las empresas investigadas ante la SGCA el 20 de octubre de 2016.

<sup>105</sup> **Decisión 608.-**

«Artículo 43.- Las infracciones a la libre competencia previstas en la presente Decisión prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta. En el caso de conductas continuadas, los tres años arriba citados, se empezarán a contar a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta.»

<sup>106</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3012 del 2 de mayo de 2017. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3012.pdf>







- 4.18.7. Si la ejecución de la práctica colusoria realizada por las empresas sancionadas se extendió hasta el 20 de octubre de 2013 o más allá en el tiempo, no operó la prescripción. En cambio, si dicha conducta continuada cesó antes del 20 de octubre de 2013, la infracción ya había prescrito cuando se presentó la denuncia.
- 4.18.8. Si bien la SGCA refiere en la Resolución 2006 que los efectos de algunos acuerdos se materializaron hasta el año 2016, lo cierto es que en la conclusión decimosexta de la Resolución 2006 (página 253), precisamente sobre la prescripción, el órgano ejecutivo del proceso de integración subregional andino señala que la conducta fue continuada entre los años 2006 y **diciembre de 2013** (salvo los acuerdos sobre toallas y servilletas en el canal de consumo, que sí habrían prescrito).

Adicionalmente, al calcular la multa, solo ha considerado información económica sobre el beneficio derivado del cártel hasta diciembre de 2013.

Por tanto, para efectos del análisis de la presunta prescripción, este Tribunal verificará si la SGCA contaba con evidencias suficientes de que la conducta investigada se prolongó después del 20 de octubre de 2013 y hasta diciembre de 2013, fecha límite del estudio realizado por el órgano comunitario.

- 4.18.9. En su escrito de complementación a la demanda, el Grupo Familia mencionó lo siguiente:

«Por consiguiente, las anteriores declaraciones rendidas por representantes del Grupo Familia y de Kimberly Clark, convergen en que la última reunión o trato sostenido con respecto a precios del mercado del Ecuador fue entre marzo o abril del 2011, y se puede establecer que esa lista de precios se habría mantenido vigente hasta marzo del 2012. En consecuencia, no existe ninguna prueba de un contacto, conversación, reunión y menos acuerdo en los precios del Ecuador posterior a esa fecha, como tampoco existe evidencia de ninguna índole que lleve a concluir que las listas de precios establecidos en la última reunión del 2011 se hubieren mantenido o aplicado hasta el año 2013 por Familia Ecuador en al menos un solo producto o referencia concreta, lo que forzosamente lleva a concluir que para cuando la SCPM presentó su denuncia ante la SGCAN ya habían transcurrido mucho más de tres años.





Así pues, de acuerdo con la información que obra en el expediente, la última reunión entre Productos Familia Ecuador y Kimberly-Clark Ecuador en la que se habrían discutido precios para ciertas referencias de productos de papel suave del segmento institucional data de abril de 2011, cuando se produce una reunión en el Hotel Hilton Colón de la ciudad de Quito. No existe ningún otro elemento que establezca, aunque fueren indicios de una supuesta conducta anticompetitiva regional con posterioridad a abril de 2011.»<sup>107</sup>

En su escrito de alegatos de conclusión, el Grupo Kimberly señaló lo siguiente:

«Frente a la cesación de la conducta, se debe analizar desde la perspectiva de detener la infracción, restableciendo la legalidad, donde la cesación presupone la paralización de la conducta prohibida, evitando que la misma continúe o se repita en el futuro. Al no existir reuniones posteriores al 2011 para tratar el tema de la cartelización en el mercado ecuatoriano, se evita que la conducta continúe posterior a esa fecha o se repita en el futuro y es en ese instante donde cesa la acción infractora en el mercado ecuatoriano.

En otras palabras, como lo hemos reiterado a lo largo de este acápite la conducta anticompetitiva de mi poderdante en Ecuador cesó en diciembre de 2011 por lo que en diciembre de 2014 prescribió la competencia de la SGCA para declarar la existencia de un cartel subregional. Afirmación que también ha sido expuesta por la SIC que refirió que sólo existen pruebas para acreditar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia hasta el año 2011, sin que sea posible asegurar una conducta continuada.»<sup>108</sup>

- 4.18.10. Si fuera cierto que las últimas reuniones ocurrieron en abril de 2011, ello no significa que la ejecución (duración) del acuerdo cesó en abril de 2011, a menos que se hubieran reunido para terminar con el cártel, que no es lo que afirmaron las empresas investigadas. Si hubo reuniones en abril de 2011, indudablemente la ejecución de tales acuerdos se mantuvo semanas, meses o años después. Como se ha dicho, si la ejecución del acuerdo se extendió hasta el 20 de octubre de 2013 o más allá en el tiempo, la conducta anticompetitiva transfronteriza no había prescrito en el momento que la SCE presentó su solicitud de investigación ante la SGCA.

<sup>107</sup> Ver reverso de foja 1904 del expediente.

<sup>108</sup> Ver anverso de foja 4052 del expediente.



- 4.18.11. El Tribunal advierte que las siguientes pruebas, analizadas en conjunto, acreditan que la ejecución de la conducta anticompetitiva se extendió más allá del 20 de octubre de 2013.
- 4.18.12. A lo largo de todo el presente procedimiento, especialmente en el acápite 4.10 de la presente Sentencia, ha quedado comprobado que fueron los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia quienes dieron instrucciones a los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador a realizar un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves. También se ha evidenciado que existían incentivos para que, habiendo un acuerdo colusorio en Colombia, existiese igualmente un acuerdo en el mercado ecuatoriano. Siendo las matrices colombianas accionarias de las filiales ecuatorianas, un acuerdo en Ecuador que generase mayores ganancias, las beneficiaba.
- 4.18.13. De esta manera, es razonable afirmar que existía una suerte de paralelismo entre los dos cárteles. Tanto el acuerdo en Colombia como el acuerdo transfronterizo con efectos en Ecuador, si bien eran distintos, estaban vinculados. Muestra de ello es que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia habían participado en ambos acuerdos, lo cual ya ha quedado acreditado en este proceso.
- 4.18.14. Con ello en mente, la primera evidencia de la duración del cártel con efectos en Ecuador se encuentra en el Proceso SIC 14-151027, en el cual la autoridad de competencia colombiana determinó que el cártel de papeles suaves en Colombia duró «hasta finales de 2013».

En las páginas 10 y 11 de la Resolución 31739 del 26 de mayo de 2016 de la SIC se menciona lo siguiente:

«En lo que respecta al código de conducta aportado por **FAMILIA** y que presentó como la evidencia del fin de la participación en el acuerdo de precios en el año 2010 y de la gestión de **DARÍO REY MORA** [Gerente General de Familia Colombia] para contrarrestar la práctica anticompetitiva, encontró la Delegatura que dicho código fue intrascendente dado que la participación de FAMILIA en el acuerdo contrario a la libre competencia perduró hasta 2013, destacando que en la compañía existían incentivos para la aplicación del acuerdo de precios, al punto que los funcionarios que participaron directamente en su ejecución fueron ascendidos a través de los años.»

(Énfasis y texto entre corchetes agregado)



Asimismo, en las páginas 14 a 16 de dicha Resolución se lee que:

«[Familia] [n]o tuvo intención de limitar su responsabilidad ni tampoco realizó afirmaciones falsas. Al respecto, **[Familia] señaló que reconoció su participación en la conducta anticompetitiva hasta finales del año 2013** y que, en esa medida, **su responsabilidad no se diluye por considerar que los aspectos acordados en las reuniones no se cumplan en la práctica, toda vez que el simple hecho de haberlos acordado constituye una conducta anticompetitiva, sin que el cumplimiento o los efectos del acuerdo limite la responsabilidad de FAMILIA**. Al respecto planteó que en la imputación de cargos no se atribuyó nada en relación con el efecto de la conducta anticompetitiva en el mercado.  
(...)

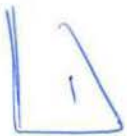
En la presente actuación administrativa solo se investiga un único acuerdo de precios en el sector de los papeles suaves, por lo que el hecho de que internamente se trabaje con dos canales de comercialización (institucional y consumo), no implica que existan dos mercados relevantes o que la conducta no sea una sola. **FAMILIA reconoció en el interrogatorio de parte, a título de confesión, la participación en el cartel hasta finales de 2013**, por lo que la situación particular del canal de consumo no tiene ningún efecto material sobre su responsabilidad.»

(Énfasis y texto entre corchetes agregado)

Por último, la SIC demostró la existencia de contactos entre Kimberly Colombia y Familia Colombia durante noviembre de 2013. En las páginas 154 y 155 de la Resolución 31739 se menciona:

«La tercera reunión se realizó el 20 de noviembre de 2013 con la presencia de **FRANCIA ELENA TANAKA RAMÓN**, Gerente KCP de **KIMBERLY** [Kimberly Colombia] y **ANDRÉS FERNANDO ÁLVAREZ LÓPEZ**, Director de Ventas Institucional de **FAMILIA** [Familia Colombia]. Esto se encuentra acreditado con las declaraciones de esos investigados...

No obstante lo anterior, en el proceso se acreditó, mediante la conversación de 19 de noviembre de 2013 (...) entre **MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZÁBAL**, para entonces Gerente de Negocio Higiene Institucional de **FAMILIA** [Familia Colombia] y **ANDRÉS FERNANDO ÁLVAREZ LÓPEZ**, para entonces Director de Ventas Institucional de **FAMILIA**, que para esa



#



oportunidad **FAMILIA** [Familia Colombia] preparó y fijó una estrategia para concertar con **KIMBERLY** asuntos relacionados con los precios que ofrecerían al público.»

(Negrita propia del texto, texto entre corchetes agregado)

- 4.18.15. Al estar vinculados los cárteles, el de Colombia y el de Ecuador —dado que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia dieron la instrucción a sus filiales ecuatorianas para coludirse y que existían incentivos para ello—, el cártel en Ecuador tuvo que durar, al menos, lo mismo que el cártel en Colombia. Si un cártel se inició por una orden o disposición de un operador con control sobre otro, necesariamente el mantenimiento del cártel va a depender de lo que el operador con control decida. Dado que el cártel en Ecuador estaba rindiendo beneficios a las matrices colombianas del Grupo Kimberly y del Grupo Familia (debido al control accionario), es razonable inferir que estas empresas tenían incentivos para mantener el acuerdo el mayor tiempo posible.
- 4.18.16. El cártel con efectos en Ecuador necesariamente iba a durar hasta que se decidiera cesarlo en Colombia. Si desde Colombia vino la orden de coludirse, desde allí vendría la directiva de terminar la colusión. Si las acciones concretas para materializar el cártel en Colombia duraron al menos «hasta finales de 2013» (con encuentros entre empresas en noviembre de 2013), como lo afirma la SIC en su Resolución 31739, se infiere que el cártel en Ecuador se mantuvo con posterioridad a octubre de 2013. ¿Cuál hubiera sido el sentido de suspender las actividades del cártel en Ecuador y mantener las del cártel en Colombia si ambos cárteles estaban vinculados y el primero generaba beneficios para los colombianos?
- 4.18.17. Ello está más claro aun si se toma en consideración el correo electrónico que Kimberly Clark Corporation envió a los directivos de la región andina el 23 de diciembre de 2013. Esta comunicación señala:

«Les escribo para informarles de una situación muy importante. La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia inició una investigación a Kimberly Clark y sus competidores por supuestos contactos inadecuados entre ellos, acuerdos para fijación de precios y otras potenciales conductas anticompetitivas. Estamos cooperando con la investigación y tomando esta situación muy en serio. De acuerdo con el Código de Conducta de Kimberly Clark, les solicitamos a todos los empleados lo siguiente:





1. Abstenerse de tener cualquier contacto con los competidores.
2. Si algún competidor intenta contactarlo, absténgase de contestar y por favor reporte esta situación inmediatamente a Ana María Gómez, Directora Legal para la Región Andina. (...)
3. Si usted conoce de cualquier situación relacionada con estos potenciales contactos en el pasado o **presente**, o tiene alguna preocupación al respecto, por favor contacte a la Sra. Gómez.
4. Por favor concéntrese en continuar ejecutando sus funciones para el negocio. Limite cualquier distracción asociada con esta situación al abstenerse de discutirla con cualquier persona adentro o fuera de la compañía. Salvo que tenga por objeto aportar información a la persona asignada en el punto anterior, discutir esta situación con cualquier persona se considerará una violación al Código de Conducta.
5. No destruya ni altere ningún documento o archivo de computador que puedan estar relacionados con la investigación.

Les agradecemos su atención a esta situación.

(...)<sup>109</sup>.

(Énfasis agregado)

El correo también fue remitido en inglés, en los siguientes términos:

«I am writing to inform you about a very important matter. The Superintendence of Industry & Commerce in Colombia opened an investigation to Kimberly Clark and its competitors for alleged price fixing activities and other potential anticompetitive behavior. We are cooperating with the investigation and take this matter very seriously. Consistent with the Kimberly Clark Code of Conduct, we ask all employees to do the following:

1. Refrain<sup>[110]</sup> from all contact with competitors.

<sup>109</sup> Esta comunicación fue aportada por el Grupo Kimberly como evidencia en el presente proceso judicial. Ver foja 3287 del expediente.

<sup>110</sup> Si bien durante todo el procedimiento judicial existió discusión entre las empresas demandantes y sus coadyuvantes con la SGCA sobre si el término “abstener”, utilizado en el correo del corporativo es sinónimo de “cesar”, este Tribunal observa que en la versión en inglés del correo electrónico en cuestión (obrante a reverso de foja 3287 del expediente), el término utilizado por el corporativo norteamericano del Grupo Kimberly es “refrain”. El TJCA revisó de oficio el significado en inglés de dicha palabra y constató que el Diccionario *English Thesaurus* de la Universidad de Cambridge contempla que “refrain” es sinónimo de “desist”, cuya traducción literal es “desistir” o “cesar”.





2. If any competitor attempts to contact you, please refrain to answer and report this immediately to Ana Maria Gomez, Andean General Counsel (...).
3. If you are aware of any information regarding these potential contacts and/or activities, both from the past or in the present, or if you have any concerns regarding this matter, please contact Mrs. Gomez.
4. Please focus on executing your role in the business. Limit any distraction associated with this matter by not discussing it with anyone inside or outside the company. The existence of, and all information relating to this investigation, is confidential. Therefore, apart from bringing concerns forward, discussing this matter with others will be considered a Code of Conduct violation.
5. Do not destroy and/or tamper with any documents or computer files that may be related to the investigation.

We thank you for your attention to this matter.  
Best Regards,  
(...)»<sup>111</sup>.

(Énfasis y texto entre corchetes agregado)

4.18.18. Le asiste razón a la SGCA al afirmar que el correo citado no puede ser entendido fuera del contexto del inicio de las investigaciones de la SIC. Se trata de una disposición del corporativo que posteriormente se remitió a los gerentes de la subregión andina en la que se dispone «Abstenerse» de cualquier contacto con la competencia, junto con comunicar cualquier contacto «en el pasado o presente»; todo ello en un contexto en el cual ya se inició un procedimiento administrativo sancionador en un País Miembro por prácticas anticompetitivas. El TJCA observa que la intención de esta disposición, del 23 de diciembre de 2013, es disponer el cese de la conducta, más aún si se considera el lenguaje de la versión en inglés de la disposición antedicha.

4.18.19. El correo electrónico en cuestión dispone a los directivos de la subregión andina que los empleados del Grupo Kimberly deben contactarse con el asesoramiento jurídico de la empresa si «conoce[n]

Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/thesaurus/refrain>  
(Consultado el 22 de febrero de 2024).

<sup>111</sup> Esta comunicación fue aportada por el Grupo Kimberly como evidencia en el presente proceso judicial. Ver foja 3287 del expediente.



de cualquier situación relacionada con estos potenciales contactos en el pasado o **presente**» (énfasis agregado). Si el corporativo del Grupo Kimberly solicita que los empleados acudan a la dirección legal para la región andina a fin de comunicar contactos con competidores en el «presente», se puede asumir que esos contactos continuaban ocurriendo a la fecha de remisión del correo electrónico; es decir, al menos hasta el 23 de diciembre de 2013. No tendría sentido exhortar a que se busque asesoramiento jurídico por contactos con la competencia en el «presente» si el grupo empresarial estaba seguro de que la conducta había cesado años antes, como lo ha alegado el Grupo Kimberly a lo largo del presente proceso. De la lectura de esta comunicación se tiene que el corporativo del Grupo Kimberly sabía, o al menos asumía, que existían contactos con la competencia en la subregión andina, lo que refuerza incluso más la tesis de la SGCA de que el motivo de esta disposición reside en disponer el cese de una conducta que continuaba, al menos, hasta al momento de remitir el correo (hasta el «presente» del correo, 23 de diciembre de 2013).

4.18.20. Por lo demás, lo constatado por la SIC (en el sentido de que el cártel en Colombia terminó a «finales de 2013», con contactos entre empresas en noviembre de ese año) permite inferir que el cártel en Ecuador (que no es el mismo que el colombiano, pero que indudablemente estaba vinculado) duró con posterioridad a octubre de 2013. La disposición de iniciar el acuerdo colusorio en Ecuador se dio en Colombia, por lo que es lógico pensar que la disposición de finalizar el cártel también se daría desde Colombia (una vez iniciados los procedimientos de investigación en Colombia, en noviembre de 2013). Esta posición es claramente corroborada con la disposición del 23 de diciembre de 2013 del corporativo del Grupo Kimberly para abstenerse de contactar con la competencia, la cual puede ser entendida como una disposición de cese de la conducta de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior.

4.18.21. Por otro lado, y en el caso del Grupo Familia, se tiene que en el párrafo 94 de la Resolución 2236, obrante en páginas 19 y 20 de esta resolución, la SGCA establece lo siguiente:

«94] En el caso del grupo Familia, los principales directivos en el Ecuador, y en especial el señor Muñoz [gerente de Familia Ecuador] quien participó en la conducta, señaló que solamente se dio cuenta de que el comportamiento era contrario a la ley una vez se enteró de las investigaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Cabe





aclarar que dicha Superintendencia realizó las primeras visitas a las compañías investigadas en el mes de noviembre de 2013, y confirmó que la última actuación en la cartelización colombiana se dio el 20 de noviembre de 2013, según consta en el expediente 14-151027.»

(Texto entre corchetes agregado)

- 4.18.22. El razonamiento plasmado en líneas anteriores toma aún más fuerza si se consideran las declaraciones de Manuel Muñoz [gerente de Familia Ecuador], quien señaló que solamente se dio cuenta de que el comportamiento era contrario a la ley una vez que se enteró de las investigaciones por parte de la SIC en Colombia<sup>112</sup>. Vale destacar que la Resolución 69518 de la SIC, por la cual se abre la investigación y se formulan cargos en el Proceso SIC 14-151027, está fechada el 24 de noviembre de 2014.
- 4.18.23. Si un gerente de un operador económico recién “se da cuenta” de que un comportamiento anticompetitivo es ilegal en un determinado momento, debe concluirse que el comportamiento de dicho operador económico continuó al menos hasta ese momento. Más aún si se considera que el acuerdo colusorio en el cual estaba inmerso se inició por disposiciones en Colombia, país en el cual existía otro cártel que continuó, de acuerdo con lo constatado por la SIC, hasta al menos noviembre de 2013.
- 4.18.24. Todo lo anteriormente expuesto se encuentra corroborado en los estudios económicos que la SGCA incorpora en la Resolución 2006. Estos estudios reflejan la existencia de paralelismos de precios del papel higiénico y toallas de papel en el canal institucional, así como en los precios de papel higiénico y pañuelos desechables en el canal consumo, de las empresas investigadas para el mercado ecuatoriano, que duraron con posterioridad a octubre de 2013.

Los cuadros de la Resolución 2006, que evidencian la evolución y paralelismo de precios de estos productos, se encuentran en el **Anexo 7** de la presente sentencia. La existencia de tales paralelismos corrobora lo señalado por las pruebas analizadas previamente, en el sentido de que el cártel transfronterizo se prolongó con posterioridad al 20 de octubre de 2013.

Resulta pertinente mencionar que esta declaración no fue controvertida en este proceso.





- 4.18.25. Si bien las empresas sancionadas cuestionaron la metodología empleada por la SGCA en su análisis económico, es importante resaltar que, en cuestiones metodológicas de alta especialización, la SGCA goza de discrecionalidad técnica administrativa. En efecto, el ordenamiento jurídico comunitario andino ha investido a su órgano ejecutivo con la competencia y la capacidad técnica para llevar a cabo determinaciones técnicas en materia de libre competencia. Este Tribunal, en consecuencia, solamente podrá cuestionar las resoluciones de la SGCA en este extremo cuando sus decisiones resulten manifiestamente arbitrarias o irracionales.
- 4.18.26. En línea con lo anterior, se tiene que la SGCA justificó razonablemente por qué no incluyó en su análisis económico un ajuste inflacionario de precios<sup>113</sup>, por qué utilizó precios promedios ponderados<sup>114</sup> y cómo valoró los *plus factors* incorporados a su expediente administrativo<sup>115</sup>. Puesto que se ha verificado que el análisis económico realizado por la SGCA es razonable, corresponde rechazar las objeciones de las empresas investigadas sobre este particular.
- 4.18.27. En conclusión, corresponde que este Tribunal declare que la infracción administrativa sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236 no se encontraba prescrita.

#### 4.19. Sobre el cálculo de la multa impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236

- 4.19.1. El Grupo Kimberly, coadyuvante de las empresas demandantes, argumenta que el tope de la multa debió basarse en la renta obtenida de la venta de los productos objeto del cártel y no del total de los ingresos de las empresas sancionadas.
- 4.19.2. El artículo 34 de la Decisión 608 establece que la multa a imponer tendrá un máximo del 10 % del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

<sup>113</sup> Ver párrafos 943 a 945 de la Resolución 2006.

<sup>114</sup> Ver párrafos 245 a 254 y 263 a 270 de la Resolución 2236.

<sup>115</sup> Ver párrafos 610, 715, 942 y 973 de la Resolución 2006; así como 223, 225, 227 y 228 de la Resolución 2236.



- 4.19.3. La norma andina no habla de renta o utilidad, sino de ingreso total bruto. En consecuencia, hizo bien la SGCA, al calcular la multa a imponer a las empresas sancionadas, en tener presente como tope el 10 % de los ingresos totales brutos —del valor de las ventas—, y no conceptos contables o tributarios como renta o utilidad.
- 4.19.4. Conforme a lo establecido en las resoluciones impugnadas, las multas impuestas a las empresas sancionadas no superan el 4,5 % y 3,5 % de los ingresos brutos de tales empresas, correspondientes al año 2017.
- 4.19.5. Sin perjuicio de declarar que, sobre este extremo, no hay invalidez alguna en las Resoluciones 2006 y 2236, el TJCA considera pertinente explicar por qué el artículo 34 de la Decisión 608 se refiere a ingresos totales brutos y no a utilidades o renta.
- 4.19.6. En la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020<sup>116</sup>, el TJCA explicó que, respecto del artículo 34 de la Decisión 608, al momento de graduar la sanción, se debe evitar que para el infractor sea rentable cometer la infracción, lo que significa que el costo de pagar la multa debe ser superior al beneficio esperado de cometer la infracción. Por tal razón, se debe entender por beneficio obtenido el «beneficio esperado», aquello que el infractor esperaba ganar, o dejar de perder, o ahorrar, al cometer la infracción.
- 4.19.7. Tratándose de un cártel de precios, el beneficio esperado es la diferencia entre los ingresos obtenidos como consecuencia del acuerdo de precios y los ingresos (hipotéticos) que se hubiesen obtenido de no haber existido el acuerdo de precios. En otras palabras, la diferencia entre los ingresos derivados de la conducta ilícita y los ingresos (hipotéticos) que se hubieran obtenido de no darse la conducta ilícita. Esta metodología es la que usó la SGCA<sup>117</sup>.

La SGCA pudo haber introducido en la fórmula para el cálculo de la multa la probabilidad de detección, que es un factor (en la forma de porcentaje) que permite tener un monto de multa más preciso en cuanto a su efecto disuasivo. Si lo hubiera utilizado, las multas impuestas hubieran sido mayores [pues el porcentaje que representa la

<sup>116</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4126 del 14 de diciembre de 2020.

<sup>117</sup> Ver fundamento 986 de la Resolución 2006 (página 256).





probabilidad de detección —salvo el de 100%— eleva el monto resultante como cuantía de la multa], por lo que no es vicio de invalidez el que no haya utilizado dicho factor.

- 4.19.8. Veamos este ejemplo sencillo. Asumamos que el precio (competitivo) de un producto vendido por tres empresas es \$ 100, y estas se coluden para elevarlo a \$ 130. En este caso, el beneficio esperado, es \$ 30 multiplicado por el número de unidades del producto que piensan vender al precio cartelizado. Si, finalmente, venden, o pensaban vender, 1000 unidades, el beneficio esperado es de \$ 30.000.
- 4.19.9. Por eso el artículo 34 de la Decisión habla de «ingresos totales brutos», y no de renta o utilidad. El siguiente ejemplo permite comprender mejor lo establecido en la ley andina:

Asumamos que las empresas “A”, “B” y “C”, competidoras en la venta del mismo producto, están enfrascadas en una guerra de precios y están teniendo pérdidas considerables. Si se coluden y elevan el precio del producto en un 25 %, en lugar de perder \$ 100 millones, solo van a perder \$ 1 millón. En este ejemplo, el beneficio esperado del cártel es \$ 99 millones, que es lo que evitarían perder gracias a la colusión. Posiblemente, en términos contables, como aún han perdido \$ 1 millón, no van a registrar utilidades, pero lo cierto es que los consumidores sí perdieron \$ 99 millones. Esta cantidad que no perdieron no cayó del cielo, sino que fue entregada por los consumidores al comprar el producto al precio cartelizado.

- 4.19.10. Adicionalmente al beneficio obtenido, la SGCA utilizó como otros factores de graduación de las sanciones, la conducta procesal de las partes y el daño causado a la libre competencia, que son elementos contemplados en el artículo 34 de la Decisión 608.

- 4.19.11. En conclusión, corresponde que este Tribunal declare que no hay vicio de invalidez alguno en el cálculo de las multas determinadas por la SGCA.

#### 4.20. Sobre la cobranza y destino de las multas

- 4.20.1. Las empresas demandantes alegan que el artículo 35 de la Decisión 608 establece que solo las autoridades de los Países Miembros tienen la potestad de ejecutar las medidas sancionatorias decretadas por la



SGCA. Al ordenar la constitución de una caución bancaria en su Resolución 2017, la SGCA se extralimitó en sus funciones al arrogarse potestades gubernamentales no previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. La SGCA habría actuado de forma indebida en la Resolución 2236 al disponer que la multa sea cancelada al órgano supranacional, cuando en la Resolución 2006 dispuso que la sanción sea abonada a la SCE, autoridad que sí cuenta con potestad de ejecución.

4.20.2. El artículo 35 de la Decisión 608 dispone que:

«**Artículo 35.-** La ejecución de las medidas cautelares o definitivas previstas en la presente Decisión, serán de responsabilidad de los gobiernos de los Países Miembros en donde tengan las empresas objeto de la medida, su principal centro de negocios en la Subregión o donde se sucedan los efectos de las prácticas denunciadas, conforme a su norma nacional.

El País Miembro ejecutor comunicará a la Secretaría General y, por su intermedio, a los demás Países Miembros y a los particulares que fuesen parte en el procedimiento, la ejecución de las medidas dispuestas en el marco de la presente Decisión.»

4.20.3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Decisión 608, los gobiernos de los Países Miembros tienen la responsabilidad de colaborar con la SGCA en la ejecución de las medidas cautelares o definitivas que esta dicte. En tal sentido, si una empresa se niega a pagar una multa impuesta por la SGCA, esta podría solicitar al gobierno respectivo que continúe con el procedimiento de cobranza coactivo correspondiente. Una vez cobrada la multa por la entidad competente que designe el gobierno, lo recaudado será entregado a la SGCA si es que esta así lo dispuso en su resolución.

4.20.4. La SGCA puede imponer multas y ordenar su cobro. Si quienes deben pagar, se resisten a hacerlo, la SGCA puede solicitar a los gobiernos de los Países Miembros que colaboren con ella en la ejecución forzada o coactiva. En caso de que los administrados hayan ofrecido garantías personales o reales, la SGCA puede exigir el cumplimiento de tales garantías, y si los administrados se oponen a dicho cumplimiento, la SGCA puede solicitar el apoyo de los gobiernos de los Países Miembros con el objeto de que estos, a través de las autoridades competentes designadas para tal efecto, utilicen sus potestades de



imperio y de carácter coercitivo para lograr el mencionado cumplimiento.

- 4.20.5. La SGCA tiene competencia administrativa no solo para imponer la multa, sino también para, precisamente en ejercicio de funciones de carácter administrativo, decidir el destino de la multa, lo que significa identificar al beneficiario de ella.
- 4.20.6. Como autoridad de competencia supranacional y por virtud de las disposiciones contenidas en la Decisión 608, la SGCA tiene el deber de velar por la defensa de la competencia en el mercado subregional andino. En tal sentido, ella cuenta con las capacidades técnicas y económicas para determinar el monto de la multa cobrada y destinarlo al financiamiento de actividades conducentes a promover la competencia en el mercado subregional andino, lo que puede implicar investigaciones de oficio, estudios de mercado, actividades de capacitación a las autoridades nacionales, abogacías de competencia, el fortalecimiento de capacidades de las instituciones y órganos que conforman el Sistema Andino de Integración, entre otros.
- 4.20.7. La SGCA podrá emplear tales criterios orientativos para encauzar el uso racional de las multas que imponga en ejercicio de sus competencias otorgadas por mandato de la Decisión 608, procurando adecuar sus decisiones a las mejores prácticas internacionales en materia de defensa de la libre competencia.
- 4.20.8. Los criterios a utilizar para determinar el destino de las multas cobradas deben ser técnicos y no políticos; es decir, deben tener por objeto la protección del bien jurídico protegido por la Decisión 608, que es la protección de la competencia en el mercado subregional andino.
- 4.20.9. Por lo expuesto, corresponde declarar que la SGCA no ha incurrido en desviación de poder con respecto al cobro de la multa e imposición de garantías en las resoluciones impugnadas.

#### 4.21. Sobre las demás vulneraciones alegadas por el Grupo Familia

- 4.21.1. El Grupo Familia ha alegado que no tuvo acceso a información que había sido declarada confidencial por la SGCA. Sobre el particular, esta ha mencionado que dicha información era confidencial al tratarse de secretos comerciales de operadores económicos. Sin embargo,



indica ella que las partes tuvieron acceso a resúmenes no confidenciales de la referida información, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 24 de la Decisión 608.

- 4.21.2. El Grupo Familia ha argumentado que la SGCA emitió el Informe de Instrucción fuera del plazo previsto en la Decisión 608. El Tribunal considera que la emisión del Informe de Instrucción fuera del plazo previsto en el artículo 20 de la Decisión 608 no es causal de invalidez de las resoluciones impugnadas.
- 4.21.3. El Grupo Familia ha sostenido que la SGCA no remitió los alegatos finales de las partes al Comité, lo cual impidió que este colegiado contraste dichos alegatos con el Informe de Instrucción. Al respecto, la SGCA ha demostrado que puso a disposición de los integrantes del Comité los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas investigadas en contra del Informe de Instrucción.
- 4.21.4. En conclusión, el Tribunal no advierte elementos relevantes que permitan sostener la invalidez de las Resoluciones 2006 y 2236.

#### 4.22. Sobre las alegaciones del Mincetur

- 4.22.1. El Mincetur ha alegado que la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información minaría la confianza en los programas de clemencia.
- 4.22.2. Al respecto, Perú mencionó que el número de solicitudes de clemencia disminuyó durante el periodo 2015 hasta el 2020 en todo el mundo. En América Latina y el Caribe, las solicitudes de clemencia fueron 68,6 % menores en 2020 que en 2015, de acuerdo con datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), por lo que las agencias nacionales e internacionales de competencia no deberían generar desincentivos a los potenciales solicitantes de clemencia<sup>118</sup>.
- 4.22.3. Lo cierto es que la defensa del Perú reconoció, en la audiencia pública del 21 de junio de 2023<sup>119</sup>, que hay varias razones por las que los miembros de un cártel pueden abstenerse de solicitar ser acogidos en

<sup>118</sup> Ver minuto 01:24:30 de la grabación de la audiencia pública del 21 de junio de 2023.

Ver minuto 01:25:00 de la grabación de la audiencia pública del 21 de junio de 2023.



un programa de clemencia, además del riesgo de que se les inicien investigaciones en otras jurisdicciones con pruebas desclasificadas. Entre esos riesgos está el inicio de procesos por daños y perjuicios, y la implementación de represalias por parte de los demás miembros del cártel. Ninguno de estos supuestos ha sido discutido en la presente causa, pero sin duda podrían tener influencia en la percepción de los agentes económicos sobre los riesgos y beneficios reales del programa de delación.

- 4.22.4. La OCDE explica que el descenso generalizado en solicitudes de clemencia puede explicarse por diversas razones, tales como la falta de incentivos suficientes, una baja percepción de riesgo de que la conducta pueda detectarse independientemente por la autoridad, el bajo nivel de multas aplicadas, la criminalización de las conductas, el planteamiento simultáneo de acciones privadas de daños y perjuicios, y el riesgo de que se apliquen normas de inhabilitación<sup>120</sup>.
- 4.22.5. Entre todas las razones por las que los agentes económicos en la Comunidad Andina podrían abstenerse de recurrir a la delación compensada, ¿es razonable sostener que las resoluciones impugnadas desempeñan un papel significativo? Tanto por su alcance como por su contenido concreto, este Tribunal concluye que no; o, al menos, que las partes procesales no han presentado evidencia alguna de que las resoluciones impugnadas hayan jugado un rol determinante en ese sentido.
- 4.22.6. No es posible imputar a la SGCA la responsabilidad de desacreditar los programas de clemencia de toda la subregión cuando el origen de la problemática fue causado por la conducta de una oficina nacional de competencia en el marco de su propio programa de delación compensada, mucho menos alegar la nulidad de sus resoluciones con ese fundamento.
- 4.22.7. La SGCA inició el procedimiento de investigación en noviembre de 2016, hace más de siete años, tiempo suficiente para ver el impacto real de dicha investigación sobre los programas de clemencia. El Mincetur no ha acreditado con datos concretos que la investigación y sanción de los Grupos Kimberly y Familia hubiese afectado

<sup>120</sup> OCDE, *Documento DAF/COMP/LACF(2022)17: Nota del Secretario de la OCDE*. 14 de septiembre de 2022.



negativamente a los programas de clemencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia.

- 4.22.8. No puede ser causal de invalidez de las resoluciones impugnadas el tener un augurio negativo o pesimista de los programas de clemencia. No es causal de nulidad de un acto comunitario el tener la sospecha de que en el futuro los agentes económicos van a actuar en un sentido u otro.
- 4.22.9. Por otro lado, en torno a la declaratoria de ilegalidad de la desclasificación de información por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, debe tomarse en cuenta que una cosa es que la autoridad judicial nacional ecuatoriana determine que la desclasificación realizada por la SCE fue ilegal y otra distinta es el hecho de que la SGCA incorpore las pruebas desclasificadas a su expediente de investigación en el estudio de una supuesta conducta anticompetitiva transfronteriza. Como puede apreciarse en el análisis desarrollado en líneas anteriores, la nulidad de la desclasificación fue declarada por un juez nacional con efectos en el derecho interno; pero la incorporación de esas pruebas desclasificadas en la investigación llevada a cabo por la SGCA, regida por el derecho comunitario andino, es otra situación distinta que, a la luz de la excepción de la buena fe a la teoría del fruto del árbol envenenado, es perfectamente válida. Por lo tanto, carece de sentido pronunciarse sobre el alegato del Mincetur sobre este extremo de su posición en la presente causa.

#### 4.23. Conclusión

Las consideraciones que anteceden permiten a este Tribunal concluir que las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA no adolecen de la nulidad alegada por vulneración de los artículos 3, 5, 8, 10, 12, 13, 37, 39 y 41 de la Decisión 425 ni de los artículos 3, 5, 7, 10, 13, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 34, 35, 40 y 43 de la Decisión 608 y, en esa medida, procede declarar infundada en todos sus extremos la demanda presentada por las empresas del Grupo Familia, coadyuvada por Perú y las empresas del Grupo Kimberly.

#### 4.24. Sobre la condena en costas

- 4.24.1. En la presente causa, tanto el Grupo Familia como la SGCA solicitaron la condena en costas de su contraparte.



4.24.2. Al respecto, el artículo 90 del Estatuto del TJCA establece lo siguiente:

«Artículo 90.- Formalidades y contenido de la sentencia  
(...)»

La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación.  
(...)»

4.24.3. Por otro lado, el artículo 2 del Reglamento Interno del TJCA sobre costas señala lo siguiente:

«Artículo 2º.- De acuerdo con el artículo 81 del reglamento interno del Tribunal, la norma general es la de que las costas correrán a cargo del demandante cuando se declare infundada su acción y a cargo del demandado cuando la acción se declare fundada y no habrá lugar a condena en costas cuando la acción sea parcialmente fundada o cuando a juicio del Tribunal se estime que existieron motivos razonables para litigar.»

(Énfasis agregado)

4.24.4. Conforme a lo establecido en los precitados artículos, la sentencia deberá incluir el pronunciamiento del TJCA en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado, y no habrá lugar a la condena en costas cuando el Tribunal considere que las partes tuvieron motivos razonables para litigar.

4.24.5. En este caso, pese a que se está declarando infundada la demanda del Grupo Familia, el TJCA estima que las demandantes tuvieron motivos razonables para litigar. Por lo tanto, no procede la condena en costas solicitada por la SGCA.

Sobre la base de lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con el artículo 17 de su Tratado de Creación, en concordancia con el artículo 101 de su Estatuto;

**DECIDE:**

**PRIMERO:** Reconocer personería para actuar al señor John Ramiro Cusipuma Frisancho como representante y apoderado



judicial de la República del Perú en la presente causa, en sustitución de la señora Sara Rosana Rosadio Colán.

**SEGUNDO:** Reconocer personería para actuar al señor José Ismael Villaroel Alarcón como representante y apoderado judicial de la Secretaría General de la Comunidad Andina en la presente causa, en sustitución del señor Ricardo Edmundo Schembri Carrasquilla.

**TERCERO:** Declarar que no corresponde valorar los medios probatorios aportados por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly – Clark Ecuador S.A. el 18 de octubre y 15 de diciembre de 2023 por haber sido presentados extemporáneamente y ser innecesarios a la luz del abundante material probatorio que obra en el expediente.

**CUARTO:** Declarar infundada en todos sus extremos la demanda en acción de nulidad planteada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. en contra de las Resoluciones 2006 del 28 de mayo de 2018 y 2236 del 19 de noviembre de 2021 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente Sentencia y, en consecuencia, confirmar la multa impuesta a las referidas empresas por un total de 16'857.278,00 USD (Dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América), a ser pagada de manera solidaria por las demandantes.

**QUINTO:** Declarar que la Secretaría General de la Comunidad Andina no ha incurrido en desviación de poder con respecto al cobro de la multa e imposición de garantías en las resoluciones impugnadas.

**SEXTO:** No condenar en costas a las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

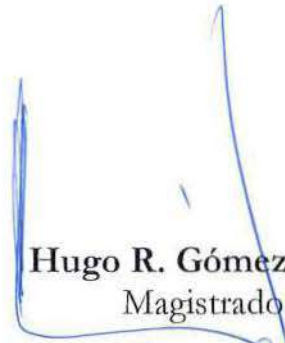
**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

De conformidad con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman la presente sentencia los señores



magistrados que participaron de su adopción en la sesión judicial del 17 de septiembre de 2024, conforme consta en el Acta 23-J-TJCA-2024.

  
 Sandra Catalina Charris Rebellón  
 Magistrada

  
 Hugo R. Gómez Apac  
 Magistrado

  
 Rogelio Mayta Mayta  
 Magistrado

  
 María de Lourdes Cuesta Orellana  
 Magistrada

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el literal k) del artículo 9 de su Reglamento Interno, firman la presente sentencia la magistrada presidenta *ad hoc*<sup>121</sup> y la secretaria general.

  
 Sandra Catalina Charris Rebellón  
 Magistrada presidenta *ad hoc*

  
 Karla Margot Rodríguez Noblejas  
 Secretaria general

<sup>121</sup> De conformidad con el Acuerdo 1-2024-TJCA – «De los casos de impedimento o recusación del magistrado presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina» del 7 de febrero de 2024:

«PRIMERO: La magistrada Sandra Charris Rebellón asume la presidencia *ad-hoc* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la convocatoria a sesión judicial, la dirección de sesiones y audiencias, y la suscripción de providencias judiciales en los procesos 01-AN-2021, 03-AN-2021 y 05-AI-2021.

(...))»





Notifíquese la presente sentencia y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 94 y 98 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

\*\*\*\*\*

11



## ANEXO 1

### Detalle de las principales actuaciones procesales del proceso 03-AN-2021

- 1.1. Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2021, el Grupo Familia planteó acción de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA. En dicho escrito solicitó, además, la suspensión provisional de los actos impugnados.
- 1.2. Por Auto del 16 de febrero de 2022<sup>122</sup>, el Tribunal, entre otros, admitió a trámite la demanda de acción de nulidad presentada por el Grupo Familia; corrió traslado de la demanda a la SGCA para su contestación; ordenó a la demandada que deposite el monto de la multa impuesta a las empresas demandantes en una cuenta bancaria en cualquier País Miembro y que no disponga de dicho monto hasta la resolución del presente proceso; declaró que ningún juez, tribunal o corte nacional, sea del rango o especialidad que fuese, tiene competencia para suspender los efectos jurídicos de un acto comunitario y que dicha competencia es exclusiva del TJCA; desestimó la solicitud de confidencialidad del Grupo Familia; y, declaró infundada la solicitud de suspensión provisional de los actos impugnados.
- 1.3. El 22 de febrero de 2022, las empresas demandantes presentaron recurso de reconsideración parcial contra dicho auto.
- 1.4. El 11 de marzo de 2022, el Grupo Familia presentó memorial de complementación de la demanda.
- 1.5. Mediante escrito del 18 de marzo de 2022, Perú solicitó su incorporación al proceso como coadyuvante de las empresas demandantes.
- 1.6. Mediante escrito del 21 de marzo de 2022, la SGCA contestó la demanda. Un día después, la demandada presentó escrito oponiéndose

<sup>122</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4419 del 17 de febrero de 2022.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204419.pdf>

al recurso de reconsideración presentado por las empresas demandantes contra el Auto del 16 de febrero de 2022.

- 1.7. Por escrito del 29 de marzo de 2022, el Grupo Kimberly solicitó su incorporación al proceso como coadyuvante del Grupo Familia.
- 1.8. Mediante Auto del 6 de abril de 2022, el Tribunal otorgó al Grupo Familia un plazo de cinco días hábiles para precisar el alcance de la reforma de su demanda presentada el 11 de marzo de 2022.
- 1.9. El 13 de abril de 2022, las empresas demandantes remitieron un escrito dando respuesta al requerimiento del Auto del 6 de abril de 2022, indicando que el memorial del 11 de marzo de 2022 constituye una complementación de la demanda.
- 1.10. Mediante Auto del 27 de abril de 2022, el Tribunal, entre otros, tuvo por contestada la demanda por parte de la SGCA, admitió las solicitudes de coadyuvancia de Perú y del Grupo Kimberly, y admitió a trámite la complementación de la demanda del Grupo Familia.
- 1.11. El 31 de mayo de 2022, la SGCA respondió a la complementación de la demanda del Grupo Familia, así como a las solicitudes de coadyuvancia.
- 1.12. Mediante Auto del 6 de junio de 2022, el Tribunal admitió a trámite la complementación de la contestación a la demanda presentada por la SGCA.
- 1.13. Por Auto del 27 de junio de 2022<sup>123</sup>, el TJCA declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Grupo Familia contra el Auto del 16 de febrero de 2022, estableció que las resoluciones impugnadas de la SGCA mantienen su plena vigencia hasta la fecha y que no pueden ser suspendidas por ninguna autoridad nacional, y exhortó a las empresas demandantes a honrar la garantía bancaria que ellas mismas ofrecieron a la SGCA.
- ✕ 1.14. Mediante Auto del 16 de febrero de 2023, el Tribunal aceptó la abstención del magistrado Íñigo Salvador Crespo para conocer el presente proceso.

Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4493 del 27 de junio de 2022.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204493.pdf>



- 1.15. A través de otro Auto de fecha 16 de febrero de 2023, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas por las partes procesales y convocó al Grupo Familia, al Grupo Kimberly, a Perú y a la SGCA a audiencia pública a celebrarse por medios telemáticos.
- 1.16. Por medio de Auto del 18 de abril de 2023, el Tribunal convocó a la abogada María de Lourdes Cuesta Orellana, primera magistrada suplente por la República del Ecuador, para que se integre al Tribunal en la tramitación del presente proceso, así como decidió la no acumulación del presente proceso con el proceso 01-AN-2021.
- 1.17. El 21 de junio de 2023 se realizó por medios telemáticos la audiencia pública en este proceso.
- 1.18. El 22 de junio de 2023, el Grupo Kimberly solicitó al TJCA decretar una prueba de oficio consistente en requerir a la SCE para que certifique (i) si al momento de la aplicación de Kimberly Ecuador al programa de clemencia se dio apertura al expediente SCPM-11APPMAPR-EXP 2014-009; (ii) si, posteriormente a la reglamentación de la SCE frente al tratamiento de información confidencial y restringida, se abrió un nuevo expediente de “investigación”; y, (iii) que se aclare las inconsistencias de ciertos oficios.
- 1.19. El 27 de junio de 2023, Perú remitió sus alegatos de conclusión.
- 1.20. El 29 de junio de 2023, el Grupo Familia y el Grupo Kimberly presentaron sus respectivos alegatos de conclusión.
- 1.21. El 30 de junio de 2023, la SGCA remitió sus alegatos de conclusión.
- 1.22. El 7 de julio de 2023, el Grupo Familia y el Grupo Kimberly dieron respuesta a los alegatos de conclusión de la SGCA, respectivamente.
- 1.23. El 10 de julio de 2023, la SGCA dio respuesta a los alegatos de conclusión de las empresas demandantes y sus coadyuvantes.
- 1.24. El 18 de octubre de 2023, el Grupo Kimberly remitió un escrito solicitando la incorporación al proceso del Oficio MPCEIP-DM-2023-022-O, suscrito por Daniel Eduardo Legarda Touma, en calidad de Ministro de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca del Ecuador a forma de prueba sobreviniente.







- 1.25. El 15 de diciembre de 2023, el Grupo Kimberly presentó un vídeo explicativo del caso del cártel de los papeles suaves.
- 1.26. El 15 de enero de 2024 Perú presentó su Oficio 001-2024-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, mediante el cual solicitó que se tenga acreditado como su representante y apoderado judicial al señor John Ramiro Cusipuma Frisancho y se deje sin efecto la designación de la señora Sara Rosana Rosadio Colán, para lo cual adjuntó los documentos habilitantes del primero y la resolución ministerial que acepta la renuncia de la segunda.
- 1.27. El 25 de enero de 2024, la SGCA presentó su Oficio SG/E/SJ/083/2024, solicitando revocar los poderes de representación otorgados al señor Ricardo Edmundo Schembri Carrasquilla para actuar en su nombre. Por otro lado, el 14 de febrero de 2024 presentó su Oficio SG/E/SJ/206/2024, consignando el nombre de los abogados que actuarán en el proceso en su representación.



## ANEXO 2

## Detalle de los principales argumentos de las partes procesales

Principales argumentos de las empresas demandantes

2.1. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por el Grupo Familia en su demanda y complementación, la audiencia pública, su escrito de alegatos de conclusión y escritos adicionales:

(i) ***Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016***

Las resoluciones impugnadas son resultado de un proceso viciado de nulidad desde su inicio debido a que la SGCA sustentó la apertura (Resolución 1883) y trámite del proceso administrativo sancionador sobre la base de pruebas e información confidencial conferidas voluntariamente por Kimberly Ecuador a la SCE en el marco de un programa de colaboración por exención de multa (programa de clemencia). Estas pruebas fueron desclasificadas por la SCE y otorgadas a la SGCA para la apertura de la investigación. Posteriormente, la desclasificación de estas pruebas fue declarada ilegal por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil.

Asimismo, la SGCA —una vez recibidos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006— decidió, en la Resolución 2017, suspender los efectos de la sanción hasta que se resuelvan las demandas contencioso administrativas planteadas por Kimberly Ecuador en jurisdicción ecuatoriana contra los actos de la SCE<sup>124</sup>. Pese a que en dicha resolución la SGCA consideró que estos procesos judiciales internos serían susceptibles de incidir en la resolución de los recursos de reconsideración formulados contra la Resolución 2006, posteriormente omitió pronunciarse (en la Resolución 2236) sobre la declaratoria de nulidad de la desclasificación por parte de los jueces ecuatorianos.

En efecto, la omisión de la SGCA de referirse a la declaratoria de ilegalidad de la resolución de desclasificación de la SCE implica un

<sup>124</sup> Kimberly Ecuador inició tres procedimientos contencioso-administrativos contra la SCE.



desconocimiento de sus actos propios y evidencia la falta de motivación en la que incurrió la SGCA.

(ii) ***Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador mediante la Resolución 1883***

Cuando la SCE denunció al Grupo Familia ante la SGCA el 20 de octubre de 2016, adjuntó pruebas que provenían del expediente cuya desclasificación fue considerada nula por la justicia ecuatoriana al haber sido entregada voluntariamente por Kimberly Ecuador en el marco de un programa de clemencia. Si se considera que dichas pruebas no podrían haber sido utilizadas al ser ilegales, la investigación que derivó en las resoluciones impugnadas no debió haberse iniciado dado que la denuncia no cumplía (sin estas pruebas) con los requisitos previstos en el artículo 13 de la Decisión 608 para su admisión a trámite.

(iii) ***Sobre la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236***

La SGCA no logró probar, sin lugar a duda razonable, que haya existido un acuerdo de fijación de precios entre el Grupo Familia y el Grupo Kimberly en Colombia que haya tenido efectos transfronterizos en Ecuador, razón por la cual la demandada carece de competencia territorial para sancionar a las empresas demandantes.

Nunca se demostró que desde Colombia se hubiesen realizado definiciones, concertaciones o consensos sobre precios específicos que debían aplicarse en Ecuador. Es más, las declaraciones rendidas por varios funcionarios de Familia Colombia y Kimberly Colombia coinciden en que las reuniones y contactos en Colombia solo se referían al mercado de ese país. Por otro lado, ni la estructura societaria de las empresas sancionadas ni el control accionario de las matrices colombianas sobre las filiales ecuatorianas son prueba suficiente para demostrar que existieron instrucciones desde Colombia para fijar precios en Ecuador. De esta forma, los acuerdos de precios en Colombia y Ecuador son independientes.

En esa misma línea, los cargos que la SGCA formuló en el inicio del proceso administrativo sancionador son incongruentes con las





razones por las cuales se sancionó al Grupo Familia. La hipótesis con la que la SGCA inició el procedimiento administrativo sancionador se sustentó en que la conducta anticompetitiva consistía en hechos decididos o dispuestos en Colombia y materializados en Ecuador; posteriormente, la SGCA cambió radicalmente la hipótesis del caso, señalando que el acuerdo colusorio se realizó en Ecuador bajo directrices de la casa matriz en Colombia. Esta última hipótesis (la cual fue definida como infracción) no recae bajo el alcance del artículo 5 de la Decisión 608, norma que fundamentó la sanción. Para que se acreditaran los efectos transnacionales que permitirían a la SGCA investigar una conducta anticompetitiva en virtud de la Decisión 608, el cártel debió producirse en Colombia para fijar precios en Ecuador.

Adicionalmente, la SGCA forzó la interpretación de la normativa andina al pretender que el efecto transfronterizo no tiene que ver con el “territorio” donde se realiza el acuerdo y donde se producen sus efectos, sino con un efecto temporal o cronológico de dónde nació la práctica anticompetitiva y luego a qué países se exportó, ya que en este último caso se aparta de la redacción del artículo 5 de la Decisión 608, pues los hechos sancionados no constituyen un mismo cártel regional sino dos que corren en paralelo. Ahora bien, incluso si esto no fuese suficiente, no existe prueba alguna en el expediente de que las filiales en Ecuador de las empresas sancionadas hubieran realizado reuniones como consecuencia de una orden de Colombia, ni que Familia Ecuador rindiera cuentas a Familia Colombia.

Por último, las resoluciones impugnadas se sustentaron en un análisis incompleto, desprovisto de indicios razonables que descartan la existencia de un mero paralelismo consciente, sin tomar en consideración aspectos sustanciales del mercado relevante de papel suave en Ecuador.

El análisis de la SGCA no tomó en cuenta situaciones propias del mercado ecuatoriano tales como la inflación, la dependencia de una materia prima común (pulpa para la fabricación de papel suave), la distribución oligopolista de la oferta que genera interdependencia en la consideración de precios y el comportamiento otros agentes económicos competidores que impedirían un alza injustificada de precios.



(iv) *Sobre la opinión del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia*

La SGCA no se pronunció en las resoluciones impugnadas sobre las observaciones que la SIC y el Indecopi le habrían realizado en calidad de miembros del Comité, lo que constituye una vulneración al debido proceso. Esta omisión atentó contra el mandato expreso del artículo 22 de la Decisión 608, el cual establece que la SGCA debe motivar en su resolución las discrepancias que esta posea respecto de las recomendaciones del Comité.

(v) *Sobre la participación de la SCE como denunciante, autoridad investigadora e integrante del Comité*

El proceso de investigación no se tramitó con imparcialidad debido a que la SCE actuó como denunciante, como autoridad nacional de defensa de la libre competencia (que asiste a la SGCA en la investigación del procedimiento administrativo sancionador andino) y miembro del Comité. La SCE debió abstenerse de conocer el expediente de conformidad con lo establecido en los literales a) y g) del artículo 40 de la Decisión 608<sup>125</sup>.

(vi) *Sobre la naturaleza del Informe Técnico de Investigación*

La SGCA violó los derechos al debido proceso y a la defensa del Grupo Familia al inadmitir, sin fundamento jurídico, los recursos de reconsideración presentados contra el Informe Técnico de Resultados de la Investigación, el cual constituía un prejuzgamiento (pronunciamiento de fondo), pues había sugerido, de manera anticipada, la existencia de responsabilidad administrativa y la imposición de una sanción. Adicionalmente,

<sup>125</sup> Esta norma establece que:

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

- a) Actuar con independencia de criterio;  
 (...)  
 g) Abstenerse de conocer el expediente en caso de incurrir en causal de inhibición o recusación conforme a sus leyes nacionales; y,  
 (...).»

De acuerdo al Grupo Familia, la SCE debió inhibirse de conocer el proceso dado que, de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, son causas de excusa o recusación el ser parte en el proceso y haber manifestado opinión o consejo sobre el mismo.





quien coordinó y remitió a los investigados y al Comité Andino el Informe de Instrucción fue la entonces directora general de la SGCA, Luz Marina Monroy, que luego se desempeñó como Secretaria General a.i.; lo que demuestra una actuación anticipada.

(vii) ***Sobre la presunta vulneración del principio non bis in idem***

La SGCA vulneró el principio *non bis in idem* porque sancionó como conducta anticompetitiva un hecho que previamente: (a) fue investigado por la SCE; y, (b) fue sancionado por la SIC.

(viii) ***Sobre la tramitación paralela de los compromisos y del proceso de investigación***

La SGCA vulneró el derecho a la defensa y contradicción del Grupo Familia al tramitar de modo paralelo la investigación de la conducta anticompetitiva (el procedimiento administrativo sancionador) y el ofrecimiento de compromisos, vulnerando lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Decisión 608.

Primero debió tramitarse y concluirse el procedimiento de ofrecimiento de compromisos, para luego seguir con la investigación. La actuación de la SGCA impidió que el Grupo Familia tuviese la oportunidad de controvertir pruebas y continuar con su estrategia de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, al estar, las ahora empresas demandantes, inmersas en una doble condición; esto es, de investigadas en el procedimiento administrativo sancionador y de oferentes de compromisos.

(ix) ***Sobre la presunta prescripción de la conducta anticompetitiva transfronteriza***

La SGCA no logró probar fehacientemente la existencia de acuerdos transfronterizos de fijación de precios entre el Grupo Familia y el Grupo Kimberly que se hayan prolongado hasta el 20 de octubre de 2013 (tres años antes de la solicitud de la SCE que dio origen a la investigación de la SGCA), razón por la cual la infracción estaba prescrita conforme al artículo 43 de la Decisión 608.



De acuerdo con la información que obra en el expediente, la última reunión entre Familia Ecuador y Kimberly Ecuador en la que se habrían discutido precios para ciertas referencias de productos de papel suave data de abril de 2011, cuando se produce una reunión en el Hotel Colón de la ciudad de Quito en la cual habría intercambios de información sobre precios que se habrían mantenido vigentes hasta 2012. No existe ningún otro elemento que establezca, aunque fueren indicios, una supuesta conducta anticompetitiva regional con posterioridad a abril de 2011. No obstante, según las resoluciones impugnadas, la extensión de la supuesta práctica transfronteriza hasta el año 2014 estaría soportada en las siguientes pruebas:

- a) En primer lugar, la declaración del funcionario de Familia Ecuador, Manuel Muñoz Merizalde. Sobre este elemento, el Grupo Familia alegó que, si bien el señor Muñoz declaró en un inicio que existieron reuniones para concertar precios en 2013, rectificó posteriormente que la última reunión fue en 2011. Alegó que esta rectificación fue ignorada por la demandada.
- b) En segundo lugar, un correo electrónico interno del corporativo del Grupo Kimberly, enviado en diciembre de 2013, en el cual se informa a los ejecutivos de la región sobre el inicio de investigaciones por prácticas anticompetitivas iniciadas por la SIC y dispone abstenerse de cualquier contacto con la competencia. Sobre este elemento, el Grupo Familia cuestionó que nunca tuvo acceso a este correo (al no constar en el expediente administrativo). Asimismo, señaló que este correo no puede probar nada por sí mismo, en cuanto el término “abstenerse” no implica “cesar”.
- c) Finalmente, el análisis de paralelismo de precios. Sobre este elemento, el Grupo Familia argumenta que la SGCA trató de extender la duración del supuesto acuerdo de fijación de precios utilizando un análisis económico que presenta las siguientes falencias: c.1) no tuvo en cuenta el carácter oligopólico y dependiente de una materia prima común del mercado ecuatoriano de papel tisú, lo cual implica que las similitudes de precios son reflejos naturales del mercado (al punto de que Protisa, empresa no investigada, presenta niveles próximos de precios a los del presunto cártel); c.2) la utilización de precios promedios ponderados, expresados en índices, lo cual impide observar oscilaciones en el mercado



✍

✍



que desvirtúan la existencia de un supuesto acuerdo; c.3) el análisis no tomó en cuenta la inflación; c.4) se omitió considerar que la existencia de otras empresas no cartelizadas hubiese vuelto imposible subir precios por encima de lo que se considerase competitivo en el mercado; c.5) no se acreditó la existencia de *plus factors* que se extiendan más allá del año 2011; entre otros.

(x) ***Sobre la concentración de facultades de investigación, acusación y sanción por parte de la SGCA***

El procedimiento administrativo sancionador previsto en la Decisión 608 no garantiza el derecho de igualdad de trato de las partes ni el respeto al principio de transparencia, debido a que la norma andina otorga a la SGCA las potestades de acusación, investigación y sanción. Así, una vez llegado el momento procesal oportuno para decidir si imponer una sanción o no, la SGCA ya se habría formado una idea preconcebida sobre la responsabilidad de los operadores investigados. En este sentido, no se puede garantizar que el órgano supranacional actúe con imparcialidad, situación que vulnera derechos humanos fundamentales.

(xi) ***Sobre el proceso de ejecución de la sanción impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236***

El artículo 35 de la Decisión 608 establece que solo las autoridades de los Países Miembros tienen la potestad de ejecutar las medidas sancionatorias decretadas por la SGCA. Al ordenar que la multa sea cancelada al órgano supranacional en la Resolución 2236, la SGCA se extralimitó en sus funciones al arrogarse potestades gubernamentales no previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. Asimismo, la demandada actuó de forma contradictoria en cuanto en la Resolución 2006 dispuso que la sanción sea abonada a la SCE, autoridad que sí cuenta con potestad de ejecución.

(xii) ***Sobre otras alegaciones de carácter procedimental***

La SGCA vulneró el derecho al debido proceso de las empresas demandantes debido a que:

U

4





- a) No se les permitió el acceso a pruebas determinantes que sustentaron el Informe Técnico de Resultados de la Investigación y la Resolución 2006<sup>126</sup>. Ello evitó que el Grupo Familia ejerza el derecho de contradicción. La declaratoria de confidencialidad de cierta información sensible no puede justificar vulneraciones al derecho de defensa.
- b) Durante el trámite del procedimiento administrativo sancionador, la SGCA emitió el Informe de Instrucción por fuera del plazo previsto y decidió ampliar el término de investigación, excediéndose de los límites al ejercicio de las facultades administrativas.
- c) La SGCA no remitió los alegatos finales de las partes al Comité para su pronunciamiento, lo cual impidió que este órgano colegiado contraste su opinión con el Informe de Instrucción.
- d) La SGCA omitió pronunciarse sobre aspectos relevantes puestos a su consideración por parte del Grupo Familia relativos a: la inobservancia del trámite previsto en la Decisión 608, la anticipación de criterio en el Informe de Instrucción, la omisión de envío de los alegatos finales al Comité y la resolución extemporánea del ofrecimiento de compromisos.

### Principales argumentos de la demandada (SGCA)

2.2. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por la SGCA en su contestación a la demanda y su complemento, la audiencia pública, su escrito de alegatos de conclusión y escritos adicionales:

(i) ***Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016***

Si bien la SCE proveyó en su solicitud pruebas cuya desclasificación se declaró ilegal posteriormente por parte de autoridades judiciales ecuatorianas, la SGCA ha demostrado la existencia del cártel transfronterizo mediante el análisis de otros elementos de convicción, obtenidos a lo largo de la investigación,

<sup>126</sup> El Grupo Familia mencionó que: 1) las pruebas desclasificadas ilegalmente por la SCE fueron actuadas sin contar con su participación; 2) las pruebas obtenidas de expedientes de investigación de la SIC no eran conocidas por Familia Ecuador ya que este proceso interno se tramitó exclusivamente en Colombia; 3) el Grupo Familia no tuvo participación en la visita a las instalaciones de Kimberly Ecuador llevada a cabo por la SGCA; y, 4) el Grupo Familia no tuvo acceso a los datos de los precios del Grupo Kimberly y de la empresa Protisa, los cuales sirvieron de base para el análisis económico de la SGCA.



cuya legalidad no es cuestionada, como por ejemplo, la utilización de *plus factors* obtenidos de la investigación que tramitó la SIC y demás pruebas obtenidas durante el procedimiento de investigación andino.

Por otro lado, las decisiones comunitarias no pueden ser subordinadas a decisiones de jueces nacionales, sino únicamente a las disposiciones del TJCA; sin embargo, ante la declaratoria de ilegalidad de la desclasificación de ciertas pruebas provistas por la SCE, y frente a jurisprudencia del Tribunal que reconoce la importancia de los programas de clemencia o delación compensada, la SGCA decidió en la Resolución 2236 —la cual reconsideró la Resolución 2006— disminuir el monto de la multa impuesta al Grupo Kimberly.

De todas formas, siguiendo la jurisprudencia emitida por el TJCA en el marco del proceso 04-AN-2018, la SGCA evaluó que sí era posible usar pruebas sensibles y auto incriminatorias para sancionar a los agentes económicos involucrados.

Los programas de clemencia tienen por objeto que los operadores económicos cumplan y ayuden a cumplir con las normas de libre competencia, con lo cual la existencia de estos programas no resta autoridad sancionadora al organismo competente si, durante su tramitación, se advirtiesen motivos para reencauzar el proceso y sancionar directamente.

(ii) ***Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador mediante la Resolución 1883***

En la Resolución 1883, la SGCA determinó, sobre la base de la información que tenía disponible<sup>127</sup>, que la solicitud de la investigación realizada por la SCE acompañaba indicios razonables sobre la existencia de un acuerdo ilícito de fijación de precios con efectos transfronterizos mantenido entre el Grupo Familia y el Grupo Kimberly. De esta forma, decidió iniciar el proceso administrativo sancionador.

<sup>127</sup> La demandada señaló que la SCE le había manifestado que la información que adjuntó a la solicitud para iniciar el proceso administrativo sancionador fue obtenida de un expediente investigativo.





(iii) *Sobre la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236*

Las empresas demandantes están realizando una interpretación restringida, indebida y sesgada del alcance de las disposiciones de la Decisión 608 relativas a los acuerdos anticompetitivos para la fijación de precios con efectos transfronterizos.

Al respecto, para configurar los efectos transfronterizos, basta que exista una conducta anticompetitiva realizada en un País Miembro que incida o influya de cualquier forma en el mercado de otro País Miembro. La investigación de la SGCA concluyó que las conductas anticompetitivas de las empresas filiales del Grupo Familia y del Grupo Kimberly en Ecuador fueron orquestadas por las matrices de los respectivos grupos en Colombia<sup>128</sup>, lo que resulta suficiente para acreditar los efectos transfronterizos del cártel. Esta hipótesis, contrario a lo mencionado por las demandantes, se mantuvo desde el inicio de la investigación<sup>129</sup>.

Además, las resoluciones impugnadas no sancionaron al Grupo Familia y al Grupo Kimberly sobre la base exclusiva de la existencia de un paralelismo de precios de productos de papel suave en el mercado ecuatoriano, sino que la investigación contó con elementos probatorios adicionales tales como: (a) reuniones mantenidas entre altos cargos gerenciales del Grupo Familia y del Grupo Kimberly en las cuales se producían intercambios de listas de precios; (b) las declaraciones de varios funcionarios del Grupo Familia y el Grupo Kimberly (brindadas ante la SIC y en la

  
<sup>128</sup> La SGCA argumentó que la afectación al mercado internacional no es la única forma en la que se pueden expresar los efectos transfronterizos. En este caso, debido a que los altos cargos gerenciales de las matrices del Grupo Kimberly y del Grupo Familia en Colombia tenían poder de decisión en las operaciones de sus filiales ecuatorianas, los cargos gerenciales ecuatorianos rendían cuentas ante los cargos gerenciales colombianos, la concurrencia de sujetos involucrados, la existencia de un control accionario y ante la realización de las conductas con *modus operandi* similares, así como del accionar en grupo, es evidente la existencia de directrices por parte de las matrices colombianas para que el cártel en Colombia se expanda al mercado ecuatoriano; lo que configura el efecto transfronterizo del cártel en Ecuador. De esta forma, no se juzgó únicamente la estructura societaria de las empresas sancionadas para concluir la existencia de efectos transfronterizos.

  
<sup>129</sup> La demandada reflexionó que en el procedimiento administrativo sancionador nunca se buscó demostrar que las matrices colombianas del Grupo Familia y del Grupo Kimberly fijaban precios en el mercado ecuatoriano, sino que estas direccionaban a sus filiales ecuatorianas a coludirse.

investigación andina) que acreditan la existencia de concertaciones de precios; (c) el accionar de terceros competidores<sup>130</sup>; (d) el comportamiento del precio de la pulpa de madera (principal insumo de productos de papel suave); (e) las instrucciones de la matriz del Grupo Kimberly a los gerentes regionales de abstenerse de contactar con la competencia; y, (f) un análisis de volatilidad que permitió descartar la existencia de factores comunes. El análisis de estos *plus factors* permitió inferir la existencia de un acuerdo ilícito de fijación de precios entre el Grupo Familia y el Grupo Kimberly que generaba efectos en Ecuador, efectos que no responden a comportamientos normales del mercado<sup>131</sup>.

(iv) ***Sobre la opinión del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia***

Las resoluciones impugnadas no se refirieron a las observaciones particulares del Comité por cuanto no hubo un consenso entre sus miembros sobre el cual la SGCA pudiese pronunciarse.

(v) ***Sobre la participación de la SCE como denunciante, autoridad investigadora e integrante del Comité***

La presencia de la SCE en el Comité no vulnera ningún derecho al debido proceso ya que los pronunciamientos del Comité no son vinculantes y, en cualquier caso, este órgano no ha emitido informe alguno, dada la falta de consenso entre sus miembros, que permita establecer que esta entidad actuó de forma parcializada.

<sup>130</sup> La demandada justificó el análisis exclusivo de los precios de la empresa Protisa (tercera competidora), por cuanto esta empresa es el tercer operador económico con mayor cuota del mercado relevante después de las empresas sancionadas en el Ecuador, al poseer un promedio del 8% del mercado de papeles suaves. Por lo demás, la demandada planteó que el Grupo Familia y el Grupo Kimberly poseen una posición de dominio en el mercado de papel suave o papel *tissue*, lo que les permite actuar con independencia de sus competidores, sumando entre ambas una cuota de mercado relevante ecuatoriano superior al 70%.

<sup>131</sup> La SGCA manifestó que no tomó en cuenta la inflación por dos motivos: i) no analizó el incremento de precios sino las similitudes en la variabilidad del incremento de precios de los productos de papel *tissue* entre ambos grupos; y, ii) según pruebas evaluadas en la investigación, se determinó que el acuerdo anticompetitivo contemplaba que el incremento de precios se daba conforme a la inflación con el fin de que el cártel pase desapercibido. Por lo demás, el análisis de promedios respondió a la insuficiencia en el detalle de la información proporcionada por las empresas sancionadas.

(vi) ***Sobre la naturaleza del Informe Técnico de Investigación***

El Informe Técnico de Resultados de Investigación es únicamente un documento que muestra los resultados de la investigación y contiene recomendaciones no vinculantes a la SGCA, las cuales no generan efectos jurídicos, ni constituyen un prejuzgamiento. En efecto, de acuerdo a los artículos 37 y 39 de la Decisión 425 y a la jurisprudencia del TJCA, un acto que no tiene carácter decisorio no es impugnabile, motivo por el cual no se vulneró derecho alguno al inadmitir a trámite recursos de reconsideración contra el informe antes referido.

De todas formas, el Informe Técnico de Resultados de Investigación (Informe de Instrucción) fue remitido a las partes, quienes tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre este en sus alegatos finales. Los argumentos de las partes sí fueron considerados en la Resolución 2006. Así, la SGCA sí permitió el ejercicio del derecho a la defensa de las demandantes.

(vii) ***Sobre la presunta vulneración del principio non bis in idem***

Las resoluciones impugnadas no vulneran el principio *non bis in idem* dado que las conductas anticompetitivas investigadas por autoridades administrativas nacionales son distintas del acuerdo colusorio con efectos transfronterizos sancionado por las resoluciones impugnadas.

(viii) ***Sobre la tramitación paralela de los compromisos y del proceso de investigación***

No existe norma alguna en el ordenamiento jurídico comunitario andino que obligue a la SGCA a suspender la investigación en el marco de un proceso administrativo sancionador por conductas anticompetitivas mientras tramita los compromisos realizados por los operadores investigados.

En el presente caso, no se aceptaron los compromisos del Grupo Familia por cuanto estos no cumplían con el requisito de reconocer la conducta de forma coherente con el objeto de la investigación.



Además, el argumento del Grupo Familia sobre la resolución extemporánea de sus compromisos debe ser desestimado pues los plazos previstos en la norma andina para resolver el ofrecimiento de estos no son perentorios.

(ix) ***Sobre la presunta prescripción de la conducta anticompetitiva transfronteriza***

La SGCA sí ha logrado probar, sobre la base de indicios razonables, que la conducta ilícita que sancionó en las resoluciones impugnadas se trató de una infracción continuada, por lo menos hasta diciembre de 2013, cuyos efectos se prolongaron al menos hasta el año 2016<sup>132</sup>. La SGCA concluyó que la duración del cártel en estos periodos se deduce de los siguientes elementos probatorios:

- a) Una comunicación del 23 de diciembre de 2013, remitida por Kimberly Clark Corporation (de Estados Unidos de América) a los directivos de la subregión andina (del Grupo Kimberly), en la cual se les informaba sobre el inicio de las investigaciones por prácticas anticompetitivas en Colombia y se les instruyó a abstenerse de realizar cualquier contacto con los competidores e informar al área legal sobre cualquier situación de la que tuvieran conocimiento. Dicha comunicación no puede ser entendida por fuera de su contexto (inicio de investigaciones por prácticas anticompetitivas en Colombia) y demuestra un ánimo de cesar los contactos con la competencia ante el inicio de las investigaciones. La prueba fue obtenida del expediente 14-151027 de la SIC, el cual fue incorporado al procedimiento administrativo sancionador andino.
- b) Las declaraciones del señor Manuel Muñoz Merizalde, funcionario de Familia Ecuador, rendidas ante la SCE en el marco del programa de investigación andino. En este testimonio, el señor Muñoz admitió que solo conoció de la ilegalidad de los acuerdos de fijación de precios cuando la SIC inició procesos de investigación (en octubre de 2013) y mencionó que hubo reuniones realizadas en el mismo año. La SGCA reconoce que el señor Muñoz rectificó que el último acuerdo fue alcanzado en 2011. Además, el órgano comunitario enfatiza que el declarante posteriormente señaló

<sup>132</sup> De acuerdo con los resultados de su análisis económico.

- que el intercambio de listas de precios no constituye un acuerdo. Ahora bien, esto último permite inferir que a lo que se refería el señor Muñoz en su rectificación de fechas versaba solamente sobre acuerdos de fijación de precios explícitos, mas no al intercambio de listas de precios (lo cual refleja un acuerdo implícito). Así, no es incompatible su declaración rectificada con la tesis de que la conducta cesó realmente en el año 2013.
- c) El paralelismo de precios, el cual sí fue acompañado de demás *plus factors* para acreditar la existencia del cártel y los efectos prolongados hasta el 2016.

En consecuencia, no operó la prescripción de la infracción.

(x) ***Sobre el proceso de ejecución de la sanción impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236***

De conformidad con el artículo 34 de la Decisión 608, la SGCA está facultada para indicar la forma, oportunidad y lugar de pago de las sanciones que esta imponga en el marco de un proceso administrativo sancionador por conductas anticompetitivas transfronterizas. En este sentido, el papel que juegan los gobiernos de los Países Miembros en esta clase de procesos radica en apoyar en la ejecución material de las sanciones cuando exista una falta de voluntad de pago del operador sancionado. Desconocer esto implica facultar a las empresas sancionadas a evadir sus obligaciones conforme al ordenamiento jurídico comunitario andino. Por lo demás, el Grupo Familia está actuando de mala fe en el presente proceso, por cuanto pretenden repudiar las garantías que las mismas demandantes ofrecieron en su recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución 2006.

Por último, si bien la Resolución 2006 dispuso en un inicio que la multa sea cancelada a la SCE —dada la cercanía geográfica con las empresas sancionadas y por motivos de eficiencia administrativa—, la SGCA dejó claramente consignado que estos recursos no eran parte del Tesoro Nacional ecuatoriano. La SGCA reconoce que, aunque esta ejerce labores de recaudo y administración de dichos fondos, no se ha arrogado funciones para elegir el destino de la multa. La Decisión 608 no contiene disposición alguna sobre el destino de la multa; en ese sentido, en respeto al ordenamiento jurídico comunitario andino, la SGCA



dispuso en la Resolución 2236 que sea la Comisión de la Comunidad Andina quien autorice el gasto de los recursos.

(xi) *Sobre otras alegaciones de carácter procedimental*

La SGCA no ha atentado contra el derecho del Grupo Familia al debido proceso y a la defensa ya que:

- a) Si bien las empresas demandantes no tuvieron acceso a ciertas pruebas, ello está justificado por cuanto estas contenían secretos empresariales e información confidencial de otros operadores económicos cuya divulgación hubiese repercutido negativamente en sus operaciones. De todas formas, las partes siempre han tenido acceso a un resumen no confidencial del contenido de las mismas.
- b) La SGCA puso a disposición de los miembros del Comité los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas investigadas en contra del Informe de Instrucción. Contrario a lo que señalan las empresas demandantes, el Comité sí tuvo conocimiento de los alegatos presentados por las partes en lo referente al informe antedicho.
- c) De acuerdo con la jurisprudencia del TJCA, la motivación de los actos no exige recoger toda y cada una de las condiciones o circunstancias de los hechos que sirvieron de base o fundamento para su expedición, sino que basta que el acto contenga la esencia del razonamiento.
- d) Asimismo, las empresas demandantes siempre han poseído la capacidad de presentar escritos, alegar sus posiciones, recurrir actos y defenderse.

Principales argumentos de las empresas coadyuvantes de las empresas demandantes (Grupo Kimberly)

2.3. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por el Grupo Kimberly en su solicitud de coadyuvancia, la audiencia pública, su escrito de alegatos de conclusión y escritos adicionales:

(i) *Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016*

Las resoluciones impugnadas son nulas por cuanto en el proceso administrativo sancionador sustanciado por la SGCA se han





considerado pruebas aportadas en el marco de un proceso de clemencia seguido por Kimberly Ecuador<sup>133</sup> cuya desclasificación fue declarada ilegal por las autoridades jurisdiccionales competentes de Ecuador y que no pueden ser usadas en otros procesos judiciales o administrativos, según el criterio reflejado en el Auto del 7 de noviembre de 2018 adoptado en el Proceso 05-AN-2018.

A pesar de que la SGCA tuvo conocimiento de que el Grupo Kimberly se había acogido al programa de clemencia de la SCE y que la información que le había sido entregada obraba en el expediente de dicho programa, empleó las pruebas de dicho expediente para sancionar al Grupo Kimberly en el procedimiento andino.

Dado que estas pruebas fueron otorgadas voluntariamente por Kimberly Ecuador a la SCE en el marco de un programa de colaboración por exención de multa (programa de clemencia), su contenido debía utilizarse exclusivamente en el proceso para el cual fueron conferidas (un programa de clemencia). La valoración de dichas pruebas en el procedimiento administrativo sancionador andino viola, por tanto, los derechos a la confidencialidad, a la no auto incriminación, entre otros.

De todas formas, la SGCA está desconociendo sus actos propios debido a que, en la Resolución 2017, suspendió los efectos de la Resolución 2006 por considerar que las acciones interpuestas por Kimberly Ecuador en jurisdicción interna (que cuestionaban, entre otras, la desclasificación de pruebas realizada por la SCE) eran susceptibles de influir en la decisión de reconsideración; pero luego, en la Resolución 2236, la demandada omitió pronunciarse sobre la declaratoria de ilegalidad de la desclasificación de estos elementos de prueba. Así, la SGCA desconoció decisiones de la autoridad ecuatoriana, validando una flagrante violación al debido proceso.

Por lo demás, por medio de las resoluciones impugnadas, la SGCA está atentando contra el correcto desempeño de los

<sup>133</sup> El Grupo Kimberly argumenta además que, por la naturaleza confidencial de la información otorgada voluntariamente en el marco de un proceso de clemencia, dichas pruebas no debieron usarse en ningún otro proceso.



programas de clemencia o delación compensada a nivel subregional, al disminuir la confianza que los agentes económicos puedan poseer en dichos programas y desincentivando su acogimiento.

(ii) ***Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador en la Resolución 1883***

Al haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador con pruebas cuya desclasificación fue declarada ilegal, el proceso no debió haberse tramitado. El uso de pruebas ilegales implica, según la teoría doctrinaria del fruto del árbol envenado —por la cual, si una prueba es nula por ser ilegal, todas las pruebas vinculadas directa o indirectamente a esta deben ser declaradas nulas igualmente—<sup>134</sup>, que no existe sustento probatorio alguno para haber iniciado la investigación y concluir la existencia de prácticas anticompetitivas sancionables.

Si bien la SCE manifestó que estos elementos provenían de un procedimiento de investigación, la SGCA tenía el deber de analizar la legalidad de las pruebas que utilizó para iniciar el procedimiento administrativo sancionador. Al no hacerlo, incurrió en una indebida valoración de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Asimismo, la SCE presentó su denuncia ante la SGCA pese a que, en los procesos internos contra el Grupo Kimberly, se evidenció que su conducta no tuvo efectos transfronterizos. En consecuencia, la SGCA no era competente para pronunciarse al respecto.

(iii) ***Sobre la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236***

La SGCA no ha probado fehacientemente que las conductas anticompetitivas realizadas en Colombia hayan tenido efectos en

<sup>134</sup> El Grupo Kimberly mencionó que «[u]na posición garantista de los derechos fundamentales de los investigados, como es lo que se espera de las autoridades de la CAN, debería concluir que la totalidad de las pruebas recaudadas por la SGCA, aunque no fueran parte de aquellas cuya desclasificación fue declarada nula e ilegal por parte de la justicia ecuatoriana, han debido ser excluidas de valoración quedando sin soporte probatorio ante una eventual investigación.» (ver reverso de foja 4032 del expediente).



Ecuador. La estructura societaria del Grupo Familia y del Grupo Kimberly no puede ser considerada como prueba concluyente para demostrar que las conductas realizadas en ambos mercados nacionales hayan estado interconectadas.

Por otro lado, el derecho administrativo sancionatorio exige que las conductas sean individualizadas, no pudiendo presumirse una vinculación automática entre operadores económicos únicamente por su relación societaria. De todas formas, de conformidad con los artículos 1 y 4 de la Decisión 608, la SGCA solo está facultada para sancionar a los operadores económicos, mas no a las personas vinculadas a dichos operadores económicos.

Durante el proceso, las empresas demandantes y coadyuvantes probaron la ausencia de conductas anticompetitivas con efectos transfronterizos. La participación de altos ejecutivos de las empresas investigadas, algunos con “posiciones andinas”, no es evidencia suficiente de que hayan estado coordinando un cártel con efectos subregionales. Además, muchos de los destinatarios de las comunicaciones del 23 de diciembre de 2013, con supuestas instrucciones para cesar la conducta investigada, no hacían parte del organigrama corporativo del Grupo Kimberly. Los acuerdos horizontales de fijación de precios fueron alcanzados aisladamente en Colombia y Ecuador y solo tuvieron efectos locales, hecho que desacredita la competencia de la SGCA para sancionar al Grupo Kimberly.<sup>135</sup>

Asimismo, la demandada realizó un análisis económico inadecuado<sup>136</sup>, ampliando los efectos que las investigaciones de la

135 Las empresas coadyuvantes manifiestan que durante el proceso quedó probada la existencia de grupos comerciales diferenciados y autónomos, lo cual descarta la tesis de supuestas disposiciones de las casas matrices colombianas a las filiales ecuatorianas para coludirse. La SGCA desconoció toda prueba en este sentido.

136 El Grupo Kimberly alegó, entre otros, que el nivel de agregación en el estudio de la SGCA no permite evaluar los precios efectivos vigentes en un período y su fluctuación diaria; que esta forma de agregación tampoco permitiría desagregar los precios por producto; que se habrían considerado productos inexistentes en el mercado; que el índice de precios utilizado por la SGCA induce a obtener resultados de paralelismo, eliminando las oscilaciones de precios, así como que el análisis de Pearson puede ser interpretado como que las empresas sancionadas estaban compitiendo. De igual manera, sostiene que no existe un canal de transmisión entre la fijación de precios de venta del papel *tissue* en Colombia y los precios de venta del papel *tissue* en Ecuador que haya afectado a los productos objeto de la multa.



SIC —las cuales fueron usadas por la SGCA en su análisis— le han asignado al acuerdo colusorio en Colombia y desconociendo que el cártel no pudo haber tenido efectos en el comercio internacional, por cuanto los acuerdos se dieron sobre productos finales, mientras que las importaciones y exportaciones mantenidas entre Colombia y Ecuador se centraron en insumos y al interior de los grupos económicos.

Por lo último, la SGCA ha desconocido el principio jurídico fundamental de *in dubio pro administrado*, al disponer sanciones contra las empresas investigadas aun cuando existen dudas sobre la configuración de los efectos transfronterizos de la conducta anticompetitiva sancionada.

(iv) ***Sobre la opinión del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia***

El proceso está viciado por cuanto la SGCA no fundamentó las razones específicas por las cuales se apartó de las recomendaciones efectuadas por la SIC y el Indecopi frente a los resultados del Informe Técnico de Resultados de la Investigación.

Estas autoridades advirtieron serias violaciones al debido proceso, derecho de defensa y contradicción de las empresas sancionadas. Por ejemplo, la SIC puso de presente que la sola existencia de control societario entre las empresas investigadas no permitía concluir que los efectos de un cártel empresarial se extiendan a todos los mercados en los que participen las partes involucradas.

De igual manera, tanto la SIC como el Indecopi habrían denunciado vicios de motivación (al no haber elementos probatorios de una incidencia subregional de las conductas investigadas), sujeto (por no ser competente la SGCA para actuar de la manera como lo hizo) y forma (al haberse presentado irregularidades en el proceso).

(v) ***Sobre la participación de la SCE como denunciante, autoridad investigadora e integrante del Comité***

El procedimiento administrativo sancionador no fue sustanciado con garantías de imparcialidad debido a que la SGCA no actuó frente al evidente conflicto de intereses de la SCE, al desempeñar



4

5



esta última un papel de denunciante, autoridad para práctica de pruebas, miembro del Comité y beneficiario de la multa<sup>137</sup>.

(vi) ***Sobre la naturaleza del Informe Técnico de Investigación***

La SGCA vulneró el derecho del Grupo Kimberly a la defensa al no aceptar a trámite recursos de reconsideración sobre el Informe Técnico de Investigación, a pesar de que este no se trataba de un documento de simple trámite. Ello por cuanto el informe antedicho es fundamental para el proceso, dado que muestra el panorama probatorio al Comité. Con su accionar, la SGCA inobservó el artículo 37 de la Decisión 425, norma que dispone que sí cabe un recurso de reconsideración sobre un acto que constituía prejuzgamiento<sup>138</sup>.

Asimismo, al expedir este informe, la SGCA incurrió en desviación de poder dado que puso a las empresas investigadas en situación de indefensión, invadió la órbita funcional del Comité y resolvió el fondo del asunto (incurriendo en prejuzgamiento).

(vii) ***Sobre la presunta vulneración del principio non bis in idem***

La SGCA vulneró el principio *non bis in idem* al sancionar conductas cuya investigación fue previamente inadmitida a trámite por la SGCA. En la Resolución 1855, la SGCA decidió «[d]eclarar inadmisibles las solicitudes del ciudadano Mauricio Velandia para iniciar investigación contra las empresas Kimberly Clark, Familia Sancela y CMPC, por supuestas prácticas anticompetitivas contempladas en los literales a), b) y d) del artículo 7 de la Decisión 608...»

(viii) ***Sobre la presunta prescripción de la conducta anticompetitiva transfronteriza***

La conducta sancionada por la SGCA se encontraba prescrita; la demandada realizó un análisis forzado de las pruebas, sin analizarlas en su integralidad y ajustándolas erróneamente a su

<sup>137</sup> El Grupo Kimberly argumenta que la SCE es beneficiaria de la multa en la Resolución 2006.

<sup>138</sup> El Grupo Kimberly sostiene que el Reporte Técnico de la SGCA incurrió en prejuzgamiento pues endilgó conductas anticompetitivas, atribuyó responsabilidades e impuso sanciones sin conocer antes la opinión del Comité y los alegatos de las partes investigadas.



tesis de que el acuerdo anticompetitivo se extendió al menos hasta fines del 2013. En el proceso, se ha probado que la conducta anticompetitiva tuvo lugar por última vez en diciembre de 2011, estando prescrita la facultad investigativa de la SGCA. No existen pruebas de la existencia de un acuerdo de precios con posterioridad al 2011.

El plazo de prescripción debe detenerse desde la cesación de la conducta prohibida pues, desde ese momento, se evita que la infracción continúe o se repita. Al no existir reuniones de los operadores económicos ecuatorianos posteriores al 2011, se evita que la conducta prosiga; motivo por el cual el plazo de prescripción empezó a correr desde el año 2011, finalizando en 2014 (dos años antes de la denuncia de la SCE). En cuanto a los efectos de la conducta, los estudios económicos de correlación de precios demuestran que no existieron efectos después del año 2011.

(ix) ***Sobre la concentración de facultades de investigación, acusación y sanción por parte de la SGCA***

La actuación de la SGCA durante el procedimiento administrativo sancionador fue carente de toda independencia e imparcialidad al concentrar funciones de apertura del proceso, investigación y sanción.

(x) ***Sobre el cálculo de la multa impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236***

La SGCA realizó un cálculo erróneo del tope de la multa<sup>139</sup>, al obtener este dato del total de ingresos de las empresas sancionadas cuando este se debió basar en la renta obtenida de los productos objeto del cártel sancionado. De esta forma, la sanción impuesta a las empresas en las resoluciones impugnadas excedió el 10 % de las ventas de los productos sancionados y exclusivamente en el mercado afectado. Incluso, a pesar de la reducción de la sanción

<sup>139</sup> El último párrafo del artículo 34 de la Decisión 608 dispone que cuando la SGCA ha establecido multas en su resolución, el monto máximo de la infracción será del 10 % del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.



impuesta al Grupo Kimberly provista en la Resolución 2236, el cálculo es antitécnico.

(xi) ***Otras alegaciones de carácter procedimental***

La SGCA vulneró el derecho del Grupo Kimberly al debido proceso y a la defensa:

- a) Al no permitir el acceso y contradicción de ciertas pruebas que sustentaron el Informe Técnico de Resultados de la Investigación.<sup>140</sup>
- b) Al no pronunciarse sobre aspectos relevantes para el proceso que beneficiarían la posición de las empresas sancionadas (*v.g.* los estudios económicos presentados por las partes). Así, la fundamentación de hecho y derecho es inadecuada.
- c) Al no haber tomado en cuenta la colaboración que le permitió obtener información para adelantar el proceso en contra de las empresas sancionadas.
- d) Las resoluciones impugnadas están viciadas por falta de motivación ya que no están acompañadas de un discurso justificativo sobre las razones de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta para ser emitidas; o, en su defecto, tal justificación es vaga, genérica, incompleta e insuficiente.
- e) Al no suspender la ejecución de la sanción hasta tanto no se conocieran las decisiones de los jueces ecuatorianos sobre la legalidad de la desclasificación de información de la SCE y, posteriormente, desestimar estas decisiones judiciales como no vinculantes.

Principales argumentos del coadyuvante de las empresas demandantes (Perú)

2.4. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por Perú en su solicitud de coadyuvancia, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:

<sup>140</sup> El Grupo Kimberly argumentó que esto se debió a que:

- a) Se le negó el acceso a la información económica utilizada en el proceso administrativo sancionador por ser calificada como confidencial.
- b) Algunas declaraciones fueron practicadas sin la presencia del Grupo Kimberly.
- c) Se le impidió participar en la visita que la SGCA realizó a las instalaciones del Grupo Familia.



(i) ***Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016***

La SGCA ha omitido pronunciarse sobre los argumentos del Perú en torno a las afectaciones que las resoluciones impugnadas generarían sobre los programas de clemencia a nivel regional, viciando así la motivación. El utilizar pruebas otorgadas voluntariamente por un operador económico en una solicitud de clemencia en su contra, compartir dicha información con otras autoridades sin su autorización, así como no guardar confidencialidad sobre la identidad del delator, minará la confianza en la tramitación de programas de clemencia a nivel regional y desincentivará la confesión voluntaria de existencia de cárteles, lo cual dificultará su identificación y sanción.

Por lo demás, la SGCA ha desconocido la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil que decidió declarar ilegal la desclasificación de pruebas aportadas por el Kimberly Ecuador a la SCE; ello, a pesar de reconocer en la Resolución 2017 que esta decisión jurisdiccional era susceptible de incidir en el proceso.





## ANEXO 3

De la naturaleza y alcances de la acción de nulidad<sup>141</sup>

- 3.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA, este órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de las normas de derecho derivado o secundario que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.
- 3.2. En reiterada jurisprudencia<sup>142</sup>, este Tribunal ha sostenido que, tratándose de actos comunitarios que tienen la naturaleza de actos administrativos, el control de legalidad es similar al realizado a través de un proceso contencioso administrativo, por lo que dicho control de

<sup>141</sup> Ver párrafos 3.1.1. a 3.1.11. de la Sentencia del 23 de septiembre de 2021 (proceso 01-AN-2019), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4352 del 4 de octubre de 2021. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204352.pdf>

<sup>142</sup> Ver:

- Párrafos 1.26. a 1.34. de la sección de análisis de los puntos controvertidos de la Sentencia del 9 de marzo de 2017 (proceso 05-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3012 del 2 de mayo de 2017. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3012.pdf>
- Párrafos 3.1.21. a 3.1.29. de la Sentencia del 23 de agosto de 2018 (proceso 01-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3369 del 13 de septiembre de 2018. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203369.pdf>
- Párrafos 84 a 112 de la Sentencia del 25 de septiembre de 2018 (proceso 04-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3413 del 31 de octubre de 2018. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203413.pdf>
- Párrafos 76 a 104 de la Sentencia del 7 de noviembre de 2018 (proceso 03-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3470 del 4 de diciembre de 2018. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203470.pdf>
- Párrafos 66 a 86 de la Sentencia del 30 de abril de 2019 (proceso 04-AN-2017), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3654 del 4 de junio de 2019. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203654.pdf>
- Párrafos 4.1.1. a 4.1.8. de la Sentencia del 23 de mayo de 2023 (proceso 05-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5193 del 5 de junio de 2023. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205193.pdf>
- Párrafos 4.1.1. a 4.1.8. de la Sentencia del 14 de junio de 2023 (proceso 01-AN-2017), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5202 del 16 de junio de 2023. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205202.pdf>





legalidad tiene por objeto analizar los siguientes elementos de validez del acto administrativo comunitario:

- a) Si el acto fue emitido por autoridad competente.
- b) Si el objeto del acto es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa).
- c) Si el objeto del acto es determinado y físicamente posible.
- d) Si el acto se encuentra debidamente motivado; esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho.
- e) Si el acto se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento.
- f) Si el acto fue dictado en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no haya desviación de poder.

3.3. Respecto del control de legalidad de actos comunitarios de efectos jurídicos particulares, la jurisprudencia del TJCA ha precisado que el papel de esta corte internacional no se restringe a ser solo un agente «nulificador» de actos, sino que —en ejercicio de la competencia de ejercer el control de legalidad del ordenamiento jurídico comunitario andino prevista en el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA— se encuentra facultada para efectuar una revisión profunda de cada uno de los requisitos de validez del acto comunitario de efectos jurídicos particulares impugnado y pronunciarse conforme a Derecho sobre el fondo del asunto controvertido, cuando así corresponda.<sup>143</sup>

<sup>143</sup> Ver:

- Párrafos 1.7. a 1.13. de la sección de análisis de las cuestiones en debate del Auto del 27 de septiembre de 2017 (proceso 02-AN-2017) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra unas resoluciones de la SGCA.
- Párrafos 1.5. a 1.17. del Auto del 12 de abril de 2018 (proceso 04-AN-2017) que declaró infundada una excepción previa.
- Párrafo 4.3.4. del Auto del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3412 del 25 de octubre de 2018.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203412.pdf>

Los autos no publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena pueden ser solicitados al Tribunal de conformidad con el cuarto párrafo del artículo 2 del Reglamento Interno del TJCA, actualizado y editado mediante Acuerdo 01/2020, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4011 del 30 de junio de 2020.





- 3.4. De esta manera, el Tribunal ha precisado que 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 Tribunal consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, al amparo de la cual se encuentra autorizado para realizar una revisión autónoma de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e, incluso, facultado para emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda.<sup>144</sup>
- 3.5. Dado que el control de legalidad de una resolución de la SGCA (que califica de acto administrativo) puede implicar la emisión de un pronunciamiento de fondo, es evidente que se encuentra dentro del marco de competencias del Tribunal el verificar si dicha resolución cumple o no con lo establecido en una determinada Decisión, lo que podría involucrar, eventualmente, la determinación de si la SGCA efectuó o no un correcto análisis en el asunto de fondo.<sup>145</sup>
- 3.6. En reciente jurisprudencia, el TJCA ha afirmado que la tutela jurisdiccional de la que se beneficia la parte demandante en este tipo de procesos puede incluir el restablecimiento de un derecho vulnerado a través del reconocimiento o declaración de una situación jurídica, de la imposición de obligaciones de hacer o no hacer o el dictado de medidas de precaución o de prevención, entre otras, y según corresponda en cada caso, cuando así ha sido solicitado en la demanda o este Tribunal lo considere de oficio, en atención a la naturaleza jurídica del acto impugnado y a las circunstancias particulares del caso concreto, lo que se traduce en el reconocimiento de una modalidad de acción de nulidad con las características propias de un proceso contencioso administrativo

<sup>144</sup> Ver:

- Auto del 27 de septiembre de 2017 (proceso 02-AN-2017) *Op. Cit.*
- Auto del 12 de abril de 2018 (proceso 04-AN-2017) *Op. Cit.*
- Párrafos 16 a 22 del Auto del 25 de septiembre de 2018 (proceso 03-AN-2018) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una resolución de la SGCA.
- Párrafos 3.1. a 3.13. del Auto del 28 de junio de 2018 (proceso 01-AN-2018) que declaró infundada una excepción previa.
- Auto del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) *Op. Cit.*


Los autos no publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena pueden ser solicitados al Tribunal de conformidad con el cuarto párrafo del artículo 2 del Reglamento Interno del TJCA.

<sup>145</sup> Ver párrafo 3.10. del Auto del 28 de junio de 2018 (proceso 01-AN-2018) *Op. Cit.*



de restablecimiento o de «plena jurisdicción», que no incluye en la legislación y jurisprudencia comunitaria condenas indemnizatorias ni el pago de daños y perjuicios por vía de restablecimiento de derechos.<sup>146</sup>

- 3.7. También en su jurisprudencia<sup>147</sup>, el Tribunal ha señalado que en la tramitación de las acciones de nulidad es procedente la aplicación del principio de justicia material, por virtud del cual el órgano jurisdiccional está llamado a encontrar la verdad real más allá de lo alegado por las partes procesales.
- 3.8. Si tenemos presente la naturaleza de la acción de nulidad como un proceso contencioso administrativo (en caso de que el acto comunitario impugnado sea un acto administrativo) con rasgos de plena jurisdicción que, cuando corresponda, podría justificar un pronunciamiento de fondo del asunto controvertido, así como la aplicación de los principios de justicia material (que implica buscar la verdad real) y *iura novit curia* («el juez conoce el Derecho»), queda claro que el análisis que haga el Tribunal sobre los elementos de validez del acto administrativo (comunitario) impugnado trasciende lo alegado por las partes demandante y demandada, máxime si tenemos presente que es misión subyacente del Tribunal, en ejercicio de la competencia para conocer y resolver una acción de nulidad, la protección de fines públicos de carácter comunitario (interés público, orden público), lo que se traduce en la más amplia salvaguarda de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

  
<sup>146</sup> Ver párrafo 3.1.11. de Sentencia del 6 de septiembre de 2022 (proceso 02-AN-2019), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5036 del 7 de septiembre de 2022.

Disponibile en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205036.pdf>

<sup>147</sup> Ver párrafos 3.1.14. a 3.1.16. del Auto del 31 de julio de 2020 (proceso 02-AN-2019).

Disponibile en:

<https://www.tribunalandino.org.ec/sistjca/actuaciones/ac-8472.pdf>





### ANEXO 4

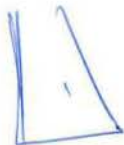
#### Sobre el acceso a la apostilla A2OIV15459442

4.1. Este Tribunal constató que, en efecto, el documento titulado «**DECLARACIÓN DE LUIS FERNANDO PALACIO**» otorgado «[e]n la ciudad de Medellín, República de Colombia, el día trece (13) de julio de 2.014...», presentado a la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín el 13 de agosto de 2014, firmado por Luis F. Palacio, fue apostillado bajo el código A2OIV15459442 el 21 de agosto de 2014 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia y es de acceso público al poder ser consultado sin restricción en la página web de dicha entidad.

4.2. La verificación se realizó en la página oficial de «Verificación de Apostilla o Legalización» del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, disponible en el siguiente enlace:

<https://tramites.cancilleria.gov.co/ciudadano/consulta/documento.aspx>

4.3. Registrando el código A2OIV15459442 y estableciendo la fecha 08/21/2014 (con formato mes/día/año), se accede libremente a la apostilla en cuestión con el documento de soporte (declaración de Luis Fernando Palacio del 13 de julio de 2014). Se adjunta captura de pantalla del resultado, consultado el 22 de febrero de 2024:



## ANEXO 5

## Declaración apostillada del señor Palacio

- 5.1. A continuación, se presenta la declaración del señor Luis Fernando Palacio realizada el 13 de julio de 2014, apostillada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia bajo el código A2OIV15459442 el día 21 de agosto de 2014:

## «DECLARACIÓN

## DE LUIS FERNANDO PALACIO

En la ciudad de Medellín, República de Colombia, el día trece (13) de julio de 2014, yo, Luis Fernando Palacio, identificado con el Pasaporte No.: AN 350296, y con domicilio en la ciudad de Medellín, Colombia, de manera libre y espontánea otorgo la siguiente declaración juramentada de acuerdo con la verdad.

He sido informado por parte de Kimberly-Clark de que ha presentado una solicitud para la exoneración de sanciones a cambio de su completa cooperación en relación con cualquier acuerdo anticompetitivo que hubiere afectado la oferta de los productos de Kimberly-Clark en Ecuador. Con el propósito de colaborar y de adherirme a la solicitud presentada por Kimberly-Clark, presento ante la SCPM esta declaración juramentada sobre hechos, reuniones y contactos que conozco y entre Kimberly-Clark y Familia en relación con acuerdos anticompetitivos.

1. Descripción de mi historial de empleo con Kimberly-Clark

Ingresé a Kimberly-Clark en 1999 como Gerente Comercial del negocio de cuadernos y papeles finos en Colombia. En el 2000, fui transferido al negocio de productos institucionales, conocido como Kimberly-Clark Professional o "KCP", el cual incluye productos como jabón, toallas, papel de baño, servilletas y productos generales institucionales. Desde finales de 2001 y hasta marzo de 2003 trabajé en el negocio de Productos para el Hogar a nivel Andino como Gerente de Mercadeo. Posteriormente, en marzo de 2003, regresé al negocio de KCP primero en el cargo de Gerente de Negocio de la línea de B2B en Colombia, y luego como Gerente de Negocio Andino para el negocio de KCP desde enero de 2006 hasta abril de 2012. En abril de 2012, asumí el cargo de Gerente comercial de Negocio en Colombia para la línea de negocio de productos de



consumo en KC-Colombia hasta noviembre de 2012. Sin embargo, en noviembre de 2012 regresé a mi cargo anterior como Gerente de Negocio Andino en KCP, el cual ocupé hasta mi jubilación de Kimberly-Clark el 28 de febrero de 2014.

2. Contactos con Familia en relación con el negocio de KCP en Ecuador

Familia es el mayor competidor de Kimberly-Clark en Ecuador en productos institucionales. En el año 2000, comencé a tener contacto con Carolina Arenas - quien era la persona responsable de los productos institucionales de Familia para el mercado colombiano y otros mercados - en relación con los precios de los productos institucionales ofrecidos en Colombia.

En el año 2003, fui contactado por Carolina Arenas, quien estaba interesada en la coordinación de precios de productos de KCP ofrecidos en Ecuador. A diferencia de Carolina Arenas, yo no era responsable del mercado ecuatoriano en 2003. Por ese motivo, la remití a Adrián Velasco. Mi entendimiento fue que ella tenía la intención de contactar a Adrián Velasco, y creo que Carolina Arenas y Adrián Velasco sí tuvieron una discusión sobre los precios en Ecuador, pero no poseo información adicional acerca del tipo de coordinación que se llevó a cabo.

A partir de enero de 2006, mientras ocupaba el cargo de Gerente de Negocio Andino de KCP, era mi responsabilidad supervisar el negocio de KCP de Kimberly-Clark en Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela. Durante este tiempo, Carolina Arenas era mi contraparte en Familia, con responsabilidad sobre la región Andina.

Como Gerente Andino del negocio de B2B/KCP yo era supervisor directo de los directores del negocio de KCP en Ecuador, desde enero de 2006 y hasta mi jubilación en febrero de 2014 (excepto durante los siete meses del año 2012 en que fui trasladado a otra área). Durante este periodo, el cargo de director del negocio de KCP de Kimberly-Clark en Ecuador fue ocupado primero por Adrián Velasco, luego por Narda Sánchez y finalmente por Rafael Hincapié.

Después de que asumí el cargo de Director Andino del negocio de KCP/B2B, Carolina Arenas ocasionalmente me contactaba para elevar quejas acerca de los precios de los productos de Kimberly-Clark en Ecuador. Yo usualmente le respondía a Carolina Arenas diciéndole que la mejor manera de encauzar estas preocupaciones era a través de los líderes de los negocios de KCP de Kimberly-Clark y de





Familia en Ecuador, y generalmente le transmitía las quejas de Carolina Arenas a los entonces directores de KCP exhortándolos a que se reunieran con sus contrapartes de Familia para resolver los conflictos en el mercado.

He revisado el documento número CR01455076 del 29 de marzo de 2011, que es una invitación de calendario de Outlook que le envié yo a Rafael Hincapié. El asunto de la invitación es: "Teleconferencia con Pitufos". "Pitufos" era un nombre clave que utilizábamos para referirnos a Familia. Este nombre fue ideado por Carolina Arenas para darle un nombre a nuestros contactos. El propósito de esta teleconferencia era el que Carolina Arenas y yo sostuviéramos una llamada con nuestros subordinados directos en Ecuador para discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano e invitarlos a que se reunieran para resolver cualquier diferencia. Este fue el último contacto con Familia en Ecuador que recuerdo. Esta teleconferencia se originó por una conversación con Carolina Arenas acerca de los precios de los productos institucionales ofrecidos en Ecuador, y ello me llevó a solicitar a Rafael Hincapié que se reuniera con su contraparte en Familia para discutir el tema. No tengo certeza de que hubiera habido coordinación sobre precios entre Rafael Hincapié y su contraparte en Familia durante este periodo, puesto que era raro para mí el estar directamente involucrado en contactos con Familia en relación con el mercado ecuatoriano, dado que prefería transmitir el asunto al gerente de KCP en Ecuador para que éste lo manejara directamente.

Juro y afirmo que todo lo que aquí he declarado es verdadero y correcto de conformidad con mi leal saber y entender, y con mi percepción y recuerdo de los hechos a los que me he referido.

Si fuere necesario, estoy dispuesto a ratificar mis afirmaciones ante la SCPM, así como a contestar cualquier pregunta que la SCPM tenga respecto a dichas afirmaciones.

[Firma]

Luis F. Palacio  
AN 350296»

(Énfasis agregado, ver fojas 315 a 319 del expediente administrativo).





## ANEXO 6

## Declaración de Papeles Nacionales S.A. en el Proceso de la SIC

- 6.1. En su escrito del 4 de mayo de 2016, la sociedad Papeles Nacionales S.A., investigada por la SIC en el proceso 14-151027 —escrito que consta en la carpeta 47 de dicho expediente, incorporado al expediente andino por solicitud de la SCE—, solicitó a la autoridad colombiana de defensa de la libre competencia que «[d]eclare la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para continuar adelantando el presente proceso y, conforme a la regulación contenida en el régimen supranacional de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante “CAN”), remita el proceso a la Secretaría General de la CAN, a fin de que sea dicho Organismo quien avoque conocimiento de la presente investigación.»
- 6.2. En dicho documento, esta sociedad argumentó:

«En el presente caso la conducta que se investiga afecta a más de un país miembro de la CAN, por lo que la SIC carece de competencia para conocerla y, en su lugar, le corresponde poner en conocimiento de la Secretaría General de la CAN el proceso, para que sea dicha entidad quien conozca de esta investigación.

En efecto, en el presente caso se tiene que:

- Entre Kimberly y CMPC existieron contactos en Perú para fijar el precio de los papeles suaves en Colombia.
- La Autoridad Nacional de Competencia del Perú (Indecopi) abrió proceso en dicho país para investigar el supuesto cartel que se presentaba entre Kimberly y CMPC, como consecuencia de la delación que presentaron dichas compañías.
- Entre Familia y Kimberly se presentaron conversaciones en el Ecuador para fijar el precio de los papeles suaves en Colombia, al punto que el Informe Motivado da por probada la participación de altos directivos de empresas involucradas en Ecuador como determinantes de los presuntos acuerdos en Colombia.
- En Ecuador la Autoridad Nacional de Competencia investiga el supuesto cartel de los papeles suaves.
- La investigación que en este proceso se adelanta (Colombia), recae sobre papeles suaves y en ella se investiga a Kimberly, CMPC (Drypers) y Familia.





Como se observa, el proceso que adelanta la SIC tiene actores comunes con el que se adelanta en Perú (Kimberly y CMPC) y quienes participaron en conversaciones en Ecuador (Kimberly y Familia). Igualmente, en todos los casos el productos (sic) sobre el que se discutía era papeles suaves, lo que coincide con el caso colombiano.

Prueba de lo anterior son las audiencias de José Rodrigo Pons, quien en su declaración manifestó que recibió instrucciones de sus superiores andinos o chilenos, para invitar a CMPC a las reuniones que sostenía con la competencia.

En efecto, en su ratificación del 24 de septiembre de 2015, José Pons expresó que la estrategia de precios de Kimberly se alineaba con su jefe a nivel regional (Andino) y con la categoría a nivel Latinoamérica. Posteriormente esta estrategia se alineaba a nivel de jefes de ventas, a quienes les impactaba en sus números. Así, la definición de las políticas venían (sic) de recomendaciones de los Brand Manager, pero la decisión era de él. Se realizaban revisiones de precios dos o tres veces al año (feb- mayo- agosto), donde se tenía visión de costos y tenían que tomar acciones para dar los resultados financieros esperados.

Por su parte, la señora María Carolina Arenas expresó durante la ratificación de su declaración realizada el 29 de octubre de 2015, que durante la época en que comenzaron las reuniones, ella también manejaba Ecuador e indicó que sostuvo reuniones con Adrián Velasco de Kimbely (sic) para tratar temas de Ecuador en el 2000.

La señora Arenas narró que atendió una invitación a las instalaciones de la planta de Kimberly en Guayaquil y en esa ocasión se habló de *dispensadores*, pues en Ecuador dicho (sic) elementos se venden a las empresas, mientras que en Colombia se entregan en comodato. De acuerdo con la señora Arenas, el (sic) Adrian Velasco le habría dicho que el precio del papel higiénico blanco estaba con un precio muy bajo.

La declarante narró que posteriormente se volvió a reunir con Adrian en el hotel JW Marriot y en oficinas de ellos en Ecuador para discutir temas de ese país. En esta reunión también estuvo Ander Garmendia, que para la época era el Gerente Andino de B2B de Kimberly, quien además de dar directrices sobre los criterios de fijación de precios, monitoreaba el cumplimiento de los acuerdos. En otras reuniones actuó Luis Fernando Palacio, cuyas declaraciones fueron tenidas en cuenta por el Informe como determinantes para establecer la existencia de los acuerdos, y que fue quien reemplazó a Ander Garmendia e (sic) su posición como Gerente Andino B2B de Kimberly.



Adicionalmente, la señora Arenas, en interrogatorio rendido el 3 de diciembre de 2015, al responder una de las preguntas formuladas por el apoderado de C.yP. de R., afirmó no recordar hasta que año fueron las reuniones comerciales entre Familia y C.yP. de R., pero que la proveeduría de ellos fue para Venezuela, país en el que cerraron operación en el 2007 o 2008. De acuerdo con lo anterior, para la época en que C.yP. de R. mantenía relaciones con Familia que tuvieran efecto en Venezuela, ese país todavía era miembro de la CAN, pues se retiró en el 2006.

Por último, en la página 221 del Informe Motivado se afirma:

“Aunque es cierto que en la certificación laboral que elaboró Familia se afirmó que entre los años 2000 y 2003 Darío Rey Mora (U. C. D. Gerente General de FAMILIA) fue trasladado a Chile (...) para prestar sus servicios como Gerente en la empresa Sancela Chile, no puede perderse de vista que ese documento también da cuenta de que en el mismo periodo DARIO REY MORA tenía el cargo de Gerente División Institucional de Mercadeo en Colombia, que evidentemente tenía relación con los productos del mercado de los papeles suaves. En efecto ninguna duda existe acerca de que el investigado tuvo relación con ese mercado entre 1998 y 2000, no solo por las pruebas ya relacionadas en este capítulo si no además porque el mismo DARÍO REY MORA no lo negó (...).

Adicionalmente, en este capítulo ya fueron referidas pruebas que acreditan que durante el período en que supuestamente estaba en Chile, DARÍO REY MORA (U.C.D. gerente general de FAMILIA) tuvo participación activa en el acuerdo de precios”

Sobre el particular, no puede perderse de vista que Chile es uno de los países asociados de la CAN, con lo que se configuraría uno de los supuestos previstos para que sea la Secretaría General asuma (sic) competencia para conocer este proceso.

En consecuencia, los presupuestos previstos por el artículo 5 de la Decisión 608 se cumplen, toda vez que las prácticas supuestamente anticompetitivas se generan y originan en tres países miembros de la CAN en las que supuestamente tuvieron efecto (Kimberly-CMPC en Colombia y Perú; y Kimberly y Familia en Ecuador, Colombia y Perú), lo que hace que la autoridad competente para investigar el supuesto acuerdo sea la Secretaría General de la CAN y no la SIC.

Así las cosas, dado que es a la Secretaría General de la CAN a quien le corresponde investigar si se presentó un acuerdo restrictivo en el mercado de los papeles suaves, la SIC carece de competencia para conocer del presente proceso, pues como lo establece la regulación





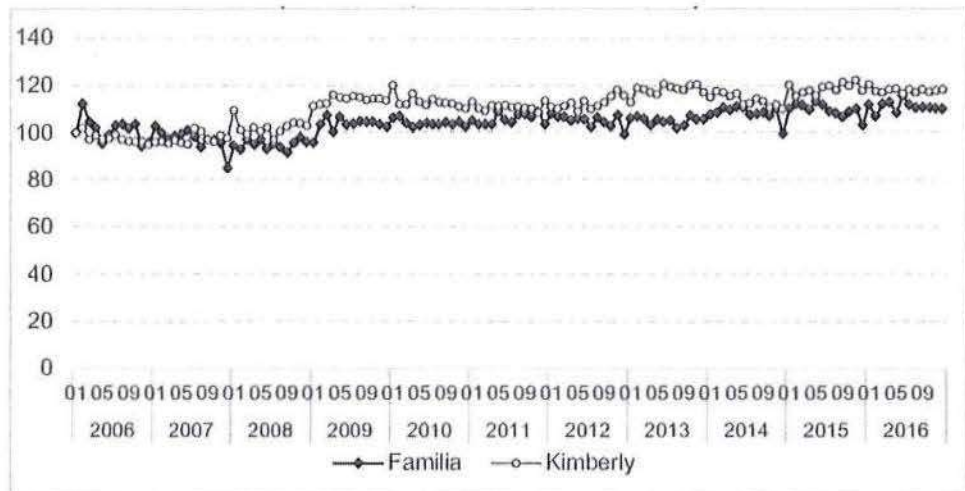
andina, dado que hay dos o más países miembros en los que el supuesto cartel tuvo efectos, la Secretaría General de la CAN tiene competencia prevalente frente a las autoridades nacionales.»



## ANEXO 7

### Evidencia del paralelismo de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves

- 7.1. A continuación, se presentan los gráficos de la Resolución 2006 que evidencian la existencia de paralelismo en los precios de varios productos de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador. Entre comillas está el título de los gráficos en cuestión según la Resolución 2006 de la SGCA y, entre paréntesis, la página de la resolución en la cual estos se encuentran:
- 7.2. «Gráfico 7. Precio de venta efectivo de papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros (En índice, enero de 2006 = 100)»



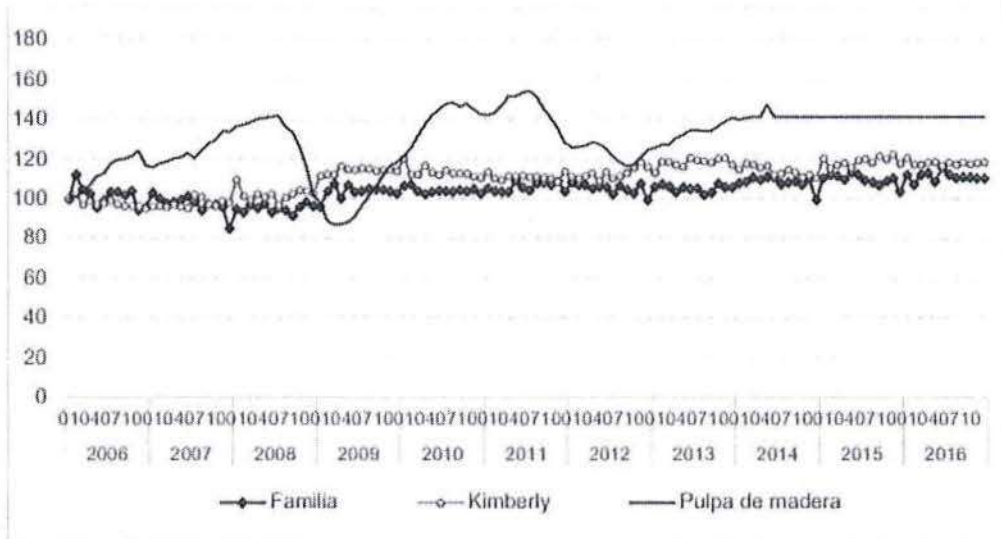
Fuente: KCE, PFSE  
Elaboración: SGCAN

(Obtenido de las páginas 167 y 168 de la Resolución 2006 de la SGCA)





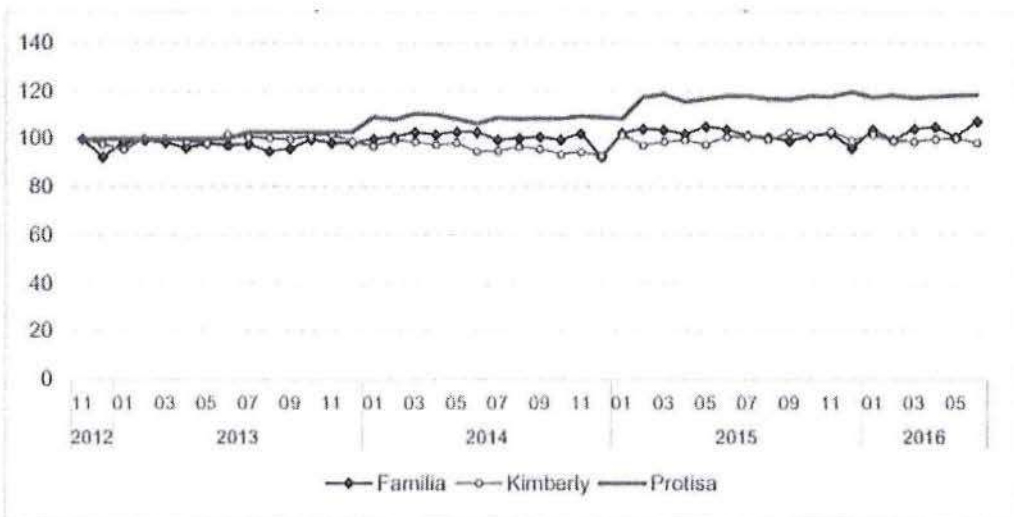
7.3. «Gráfico 8. Precio de venta efectivo de papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros y precio internacional de pulpa de madera (En índice, enero de 2006 = 100)»



Fuente: KCE, PFSE, Banco Mundial  
Elaboración: SGCAN

(Obtenido de las páginas 171 y 172 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.4. «Gráfico 9. Precio de venta efectivo de papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros (En índice, noviembre de 2012 = 100)»



Fuente: KCE, PFSE, Protisa (disponibles en anexos 1 y anexo 3 del presente documento)  
Elaboración: SGCAN

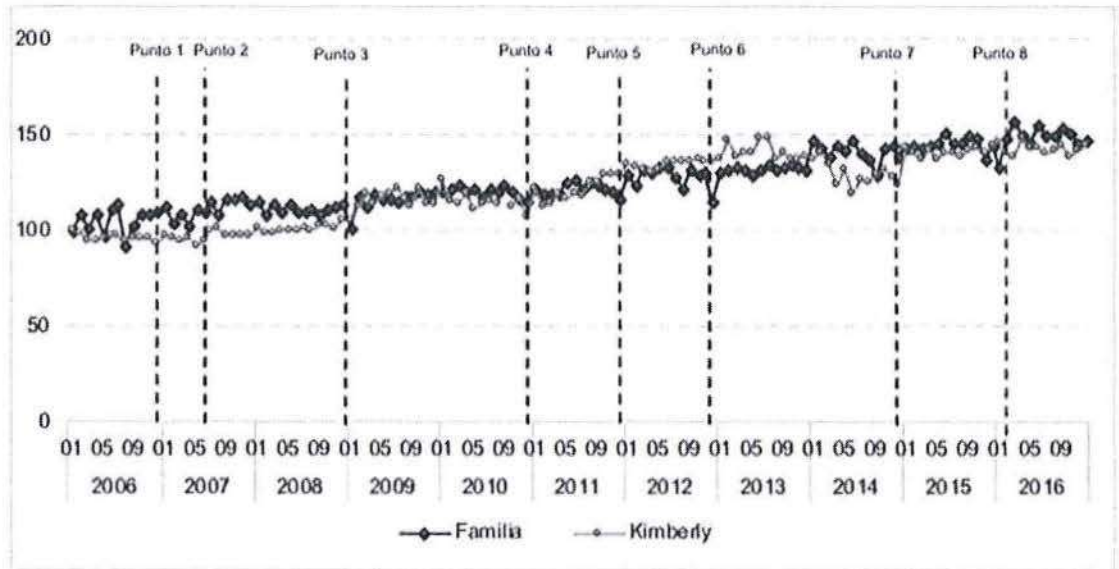
(Obtenido de la página 174 de la Resolución 2006 de la SGCA)

Handwritten blue ink marks, including a large 'r' and several checkmarks.



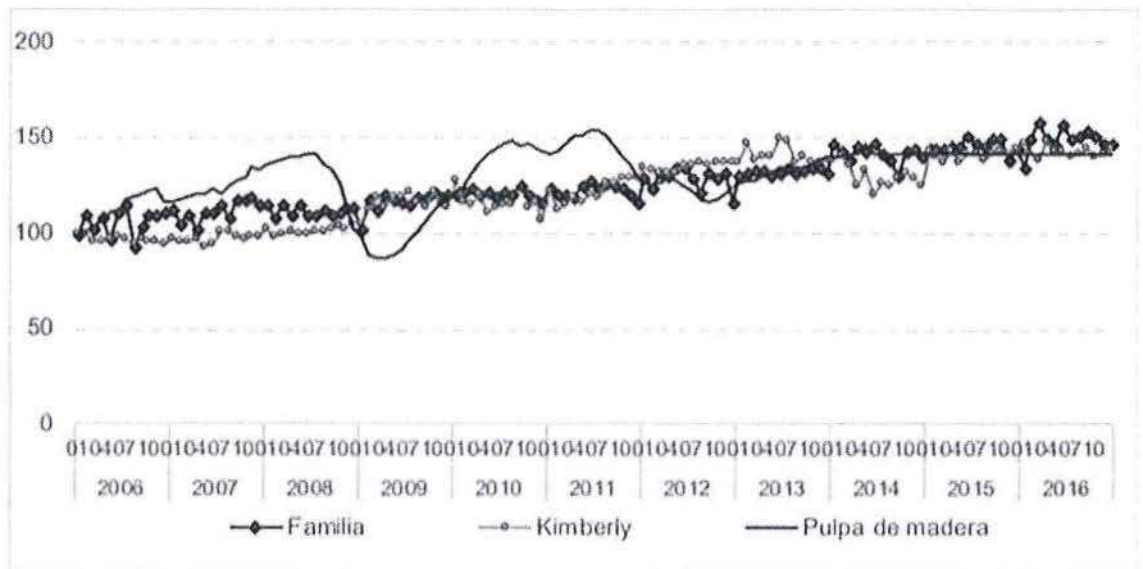


7.5. «Gráfico 12. Precio de venta efectivo de toallas de papel en rollos, de color “blanco”, de 100 metros (En índice, enero de 2006 = 100)»



(Obtenido de las páginas 181 y 122 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.6. «Gráfico 13. Precio de venta efectivo de KCE y PFSE de toallas de papel en rollos, de color “blanco”, de 100 metros y el precio internacional de pulpa de madera (En índice, enero de 2006 = 100)»

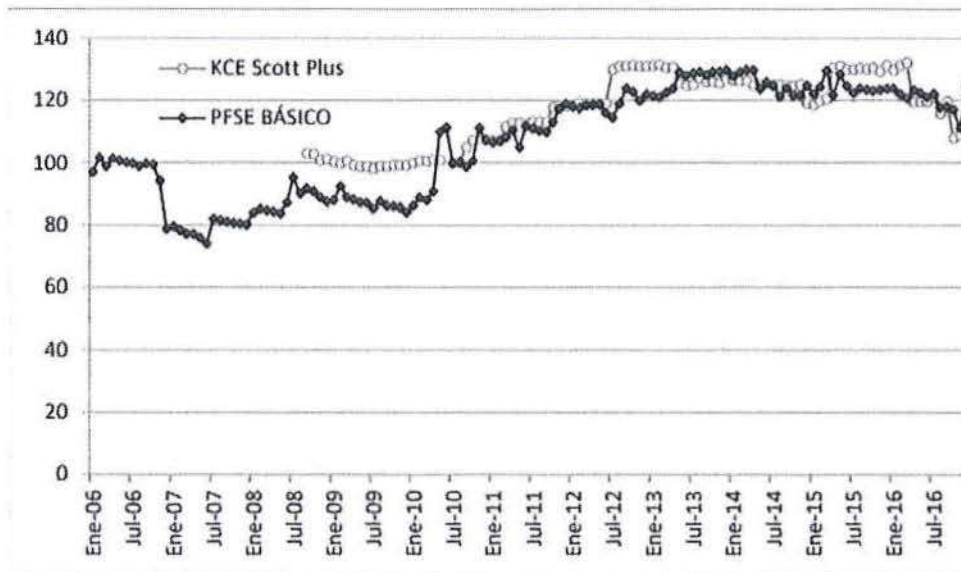


(Obtenido de la página 185 de la Resolución 2006 de la SGCA)

Handwritten signature and blue circular stamp of the 'SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA' (Secretariat of the Andean Community).



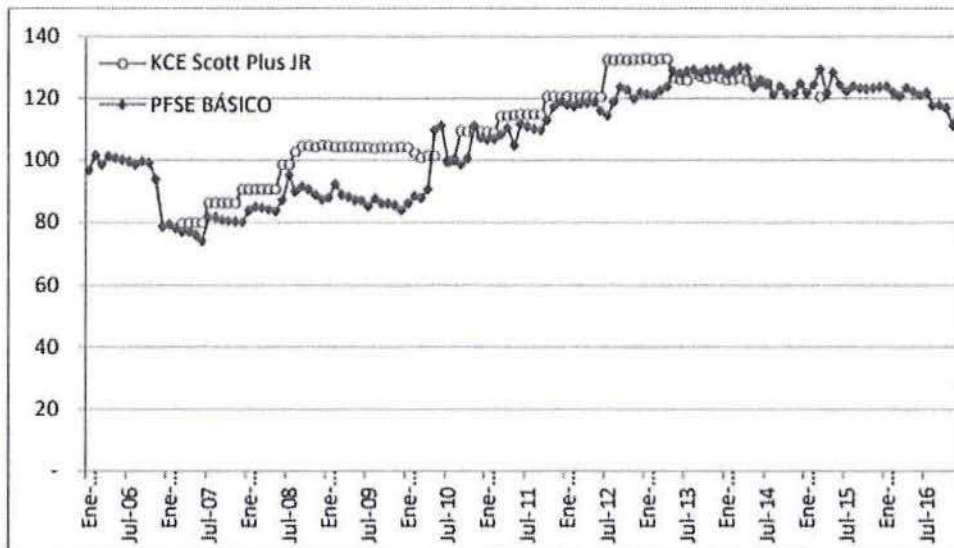
7.7. «Gráfico 20: Índice de precios de papel KCE Scott Plus vs PFSE Básico (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017. Elaboración: SGCAN

(Obtenido de la página 204 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.8. «Gráfico 21: Índice de precios de papel KCE Scott Plus JR vs PFSE Básico (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017.

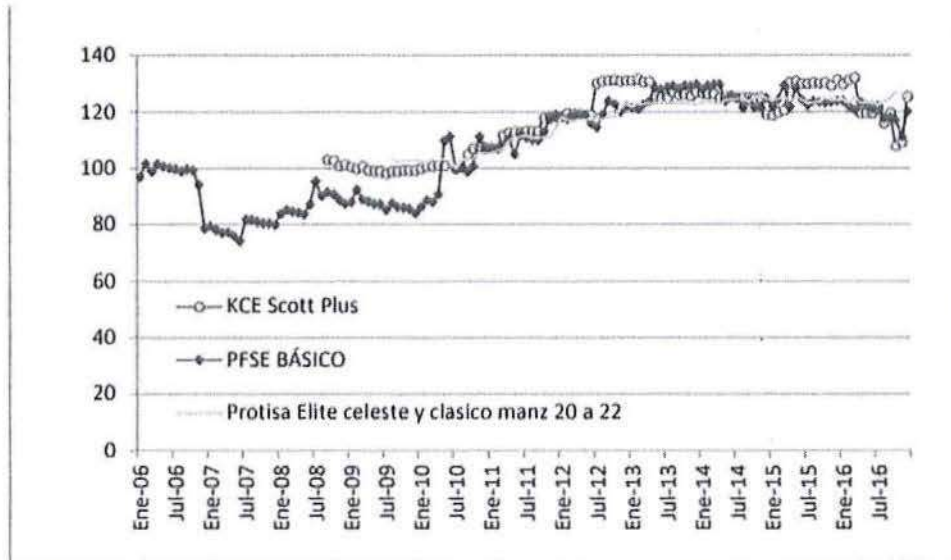
(Obtenido de las páginas 204 y 205 de la Resolución 2006 de la SGCA)







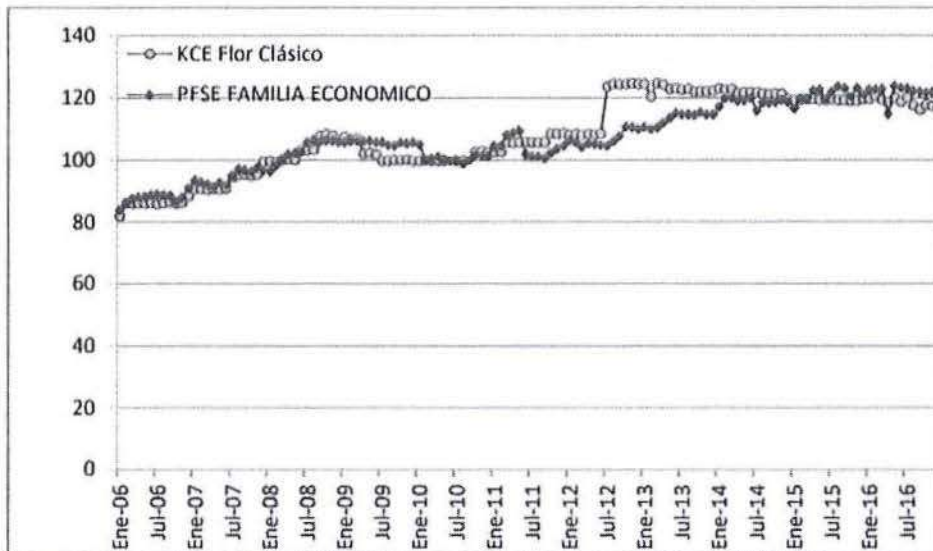
7.9. «Gráfico 22: Índice de precios de papel KCE Scott Plus y PFSE Básico vs Protisa Elite Celeste y Clásico Manzanilla entre 20 y 22 metros por rollo (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE, KCE y Prolisa de Ecuador. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017, por KCE el 4 de septiembre de 2017, e información de Protisa Ecuador remitida por la SCPM mediante oficio SCPM-IAPMAPR-DNIAPR-333-2017 del 23 de mayo de 2017.

(Obtenido de las páginas 208 y 209 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.10. «Gráfico 23: Índice de precios de papel higiénico KCE Flor Clásico vs PFSE Económico (Jul 2010=100)»



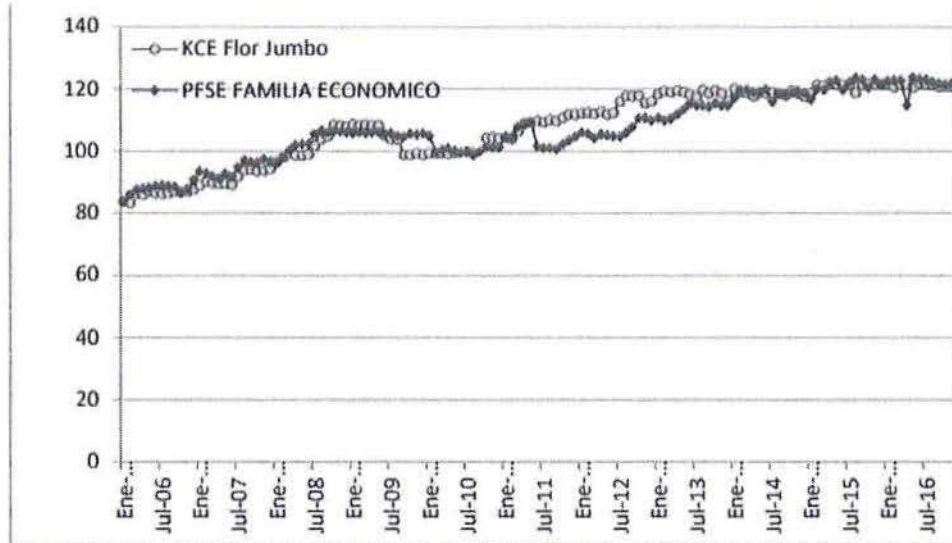
Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017. Nota: El incremento registrado en julio de 2012 para KCE Flor Clásico corresponde al cambio de doble hoja a triple hoja. La reducción de jun-2011 en PFSE Económico corresponde a una reducción en el metraje por rollo de 32 a 23 metros.

(Obtenido de las páginas 210 y 211 de la Resolución 2006 de la SGCA)





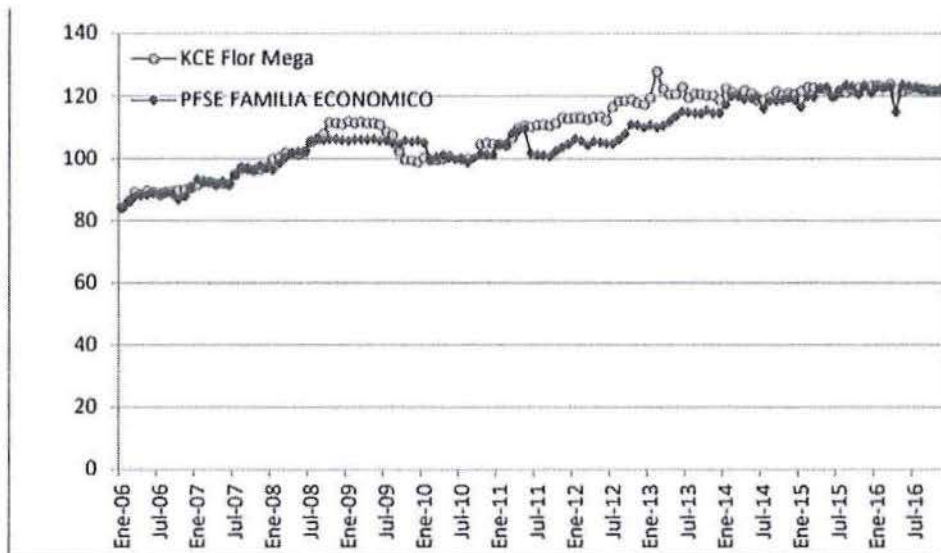
7.11. «Gráfico 24: Índice de precios de papel higiénico KCE Flor Jumbo vs PFSE Económico (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017. Nota: en febrero de 2012 cambia la presentación de Flor Jumbo de doble hoja a triple hoja. La reducción de jun-2011 en PFSE corresponde a una reducción en el metraje por rollo de 32 a 23.

(Obtenido de la página 211 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.12. «Gráfico 25: Índice de precios de papel higiénico KCE Flor Mega vs PFSE Económico (Jul 2010=100)»



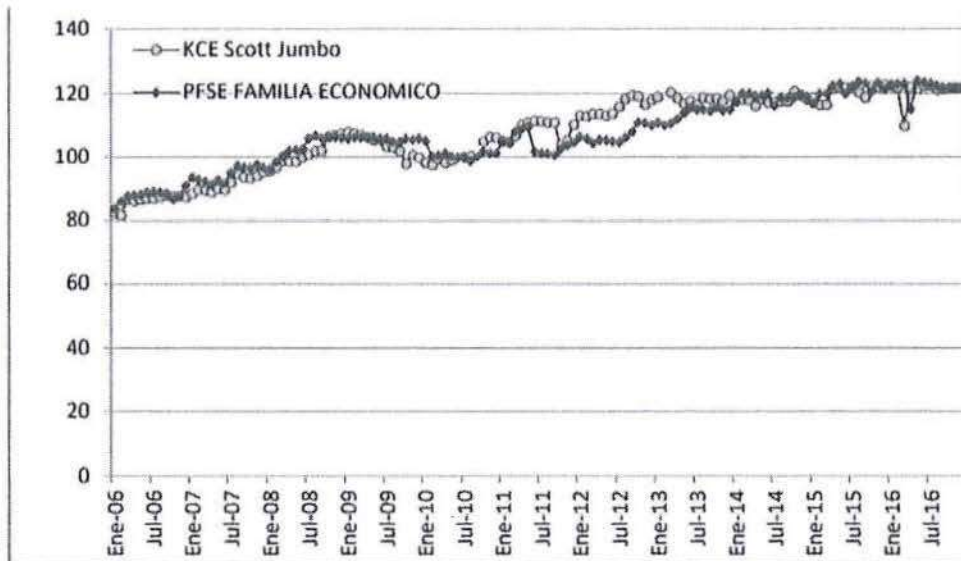
Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017. Nota: en febrero de 2012 cambia la presentación de Flor mega de doble hoja a triple hoja. La reducción de jun-2011 en PFSE Económico corresponde a una reducción en el metraje por rollo de 32 a 23.

(Obtenido de las páginas 211 y 212 de la Resolución 2006 de la SGCA)





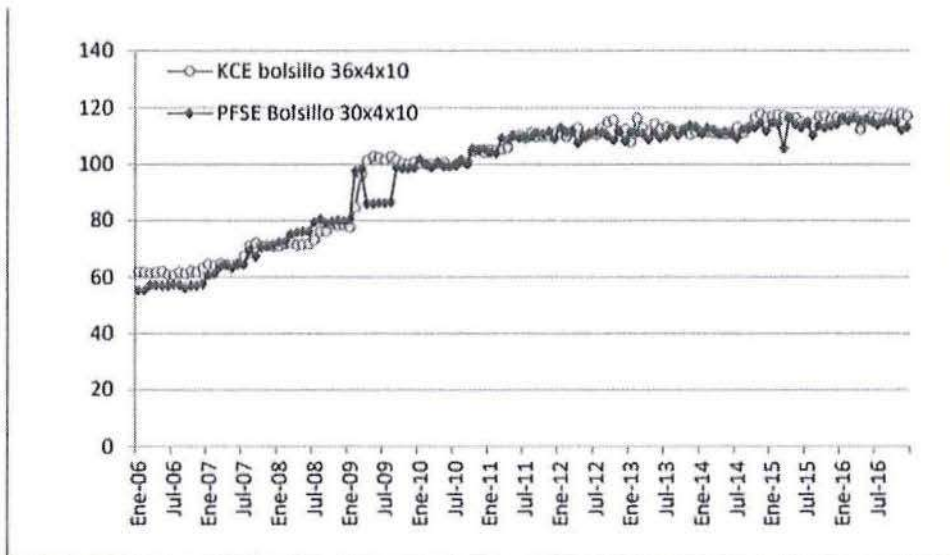
7.13. «Gráfico 26: Índice de precios de papel higiénico KCE Scott Jumbo vs PFSE Económico (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017. Nota: En noviembre de 2010 cambia la presentación del Scott Jumbo de 2 hojas a 3 hojas. La reducción de jun-2011 en PFSE Económico corresponde a una reducción en el metraje por rollo de 32 a 23.

(Obtenido de la página 212 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.14. «Gráfico 31: Índice de precios de pañuelos de bolsillo KCE y PFSE (Jul 2010=100)»



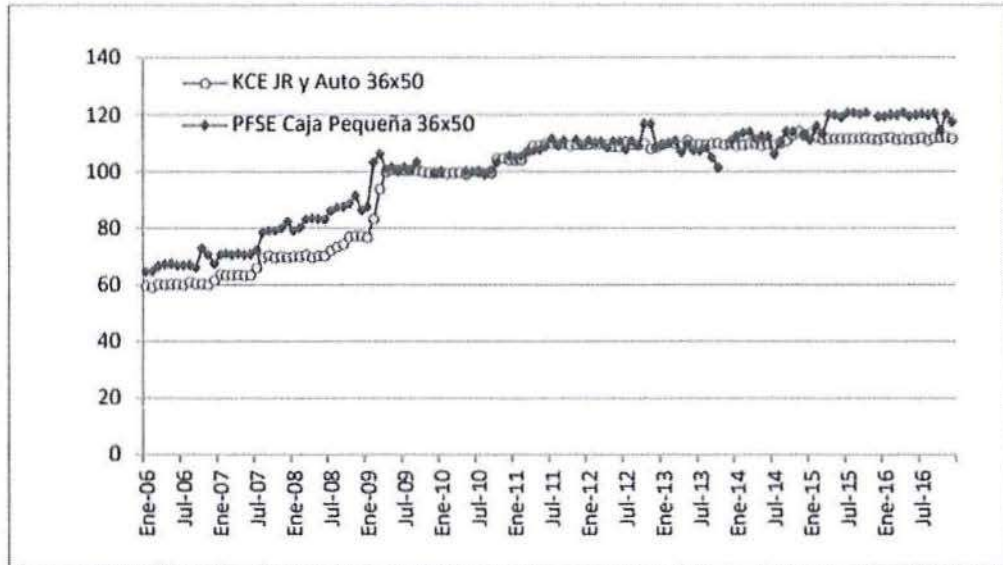
Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017.

(Obtenido de las páginas 219 y 220 de la Resolución 2006 de la SGCA)





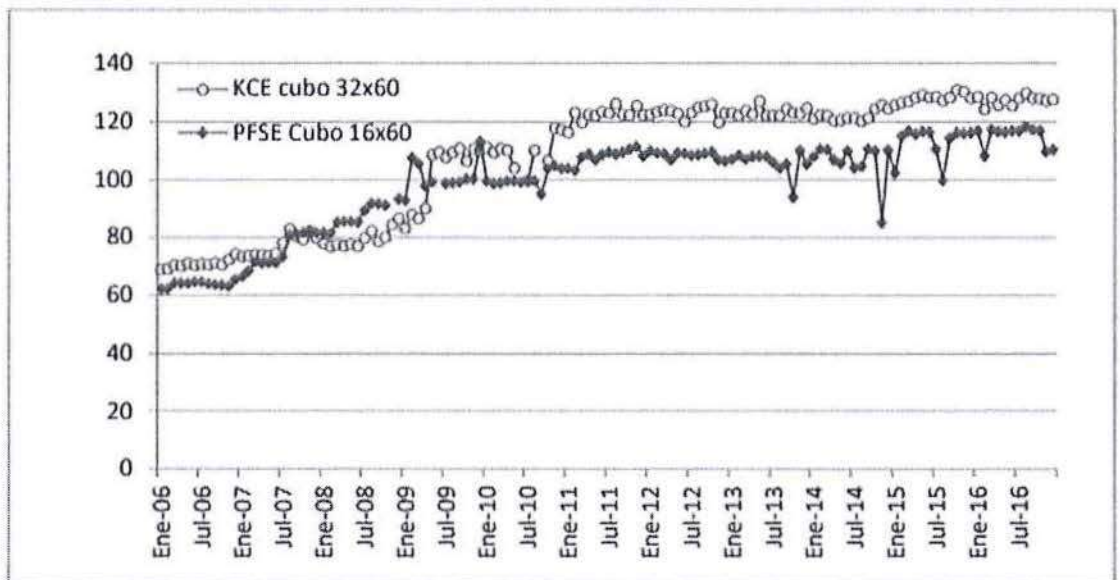
7.15. «Gráfico 32: Índice de precios de pañuelos en caja pequeña PFSE y JR o Auto KCE (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017.

(Obtenido de la página 221 de la Resolución 2006 de la SGCA)

7.16. «Gráfico 33: Índice de precios de pañuelos en cubo PFSE y KCE (Jul 2010=100)»



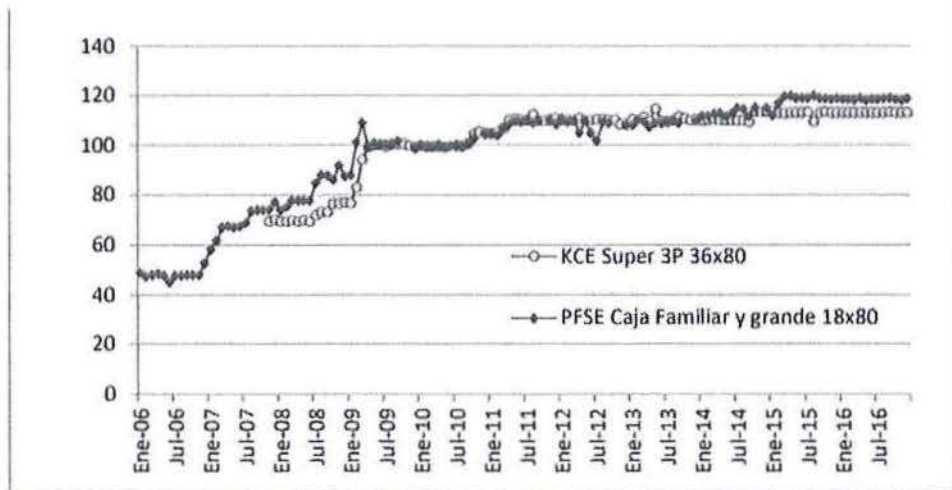
Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017.

(Obtenido de la página 222 de la Resolución 2006 de la SGCA)





7.17. «Gráfico 34: Índice de precios de pañuelos en caja grande PFSE y KCE (Jul 2010=100)»



Fuente: PFSE y KCE. Ventas remitidas por PFSE el 10 de agosto de 2017 y por KCE el 4 de septiembre de 2017.

(Obtenido de la página 223 de la Resolución 2006 de la SGCA)

\*\*\*\*\*

Handwritten mark resembling a stylized 'K' or '7'.

Handwritten mark resembling a stylized 'A'.

Handwritten mark resembling a stylized 'U'.

