



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### PROCESO 01-AN-2021

Acción de nulidad planteada por las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly – Clark Ecuador S.A. contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Magistrada sustanciadora: Sandra Catalina Charris Rebellón

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 Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly – Clark Ecuador S.A. (en adelante, el **Grupo Kimberly o las demandantes**) contra las Resoluciones 2006 del 28 de mayo de 2018<sup>2</sup> y 2236 del 19 de noviembre de 2021<sup>3</sup> (en adelante, las **resoluciones impugnadas**) de la Secretaría General de la Comunidad Andina (la **Secretaría General**).

### VISTOS:

El escrito de demanda presentado por el Grupo Kimberly el 25 de noviembre de 2021.

La contestación de la demanda presentada por la Secretaría General el 11 de marzo de 2022.

Las solicitudes de coadyuvancia presentadas por la República del Perú (en adelante, el **Perú**) y por las empresas Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Productos Familia S.A. (en lo sucesivo, el **Grupo Familia o las**

<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> Publicada en la publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, **GOAC**) 3292 del mismo día. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3292.pdf>

Publicada en la GOAC 4369 del mismo día. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204369.pdf>



empresas coadyuvantes) el 18 de marzo de 2022 y el 21 de julio de 2023, respectivamente.

El acta correspondiente a la audiencia pública celebrada el 9 de abril de 2024.

Los escritos de alegatos de conclusión presentados por las demandantes<sup>4</sup>, la Secretaría General<sup>5</sup> y los coadyuvantes de las demandantes<sup>6,7</sup>.

El escrito sobre los alegatos de conclusión de la Secretaría General presentado por el Grupo Kimberly el 28 de junio de 2024.

### **CONSIDERANDO:**

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (el **Tribunal**) 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>8</sup>, en concordancia con las normas del Capítulo I del Título Tercero de su Estatuto<sup>9</sup>, mediante los cuales se regula la acción de nulidad, entre otras, contra resoluciones de la Secretaría General.

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

#### **1. ANTECEDENTES**

##### **1.1. Proceso seguido ante el Tribunal**

- 1.1.1. El 25 de noviembre de 2021, se recibió la demanda en acción de nulidad planteada por las empresas del Grupo Kimberly, contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General por la presunta violación de las Decisiones 608— «Normas para la protección y

<sup>4</sup> Del 17 de abril de 2024.

<sup>5</sup> Del 17 de abril de 2024.

<sup>6</sup> Del 16 de abril de 2024, presentado por Perú.

<sup>7</sup> Del 17 de abril de 2024, presentado por el Grupo Familia.

<sup>8</sup> Codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 483 del 17 de septiembre de 1999.

<sup>9</sup> Aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante, el CAMRE), publicada en la GOAC 680 del 28 de junio de 2001.





promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>10</sup> (en adelante, **Decisión 608**)<sup>11</sup> y 425— «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina» del CAMRE, en reunión ampliada, con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina<sup>12</sup> (en adelante, **Decisión 425**)<sup>13</sup>. Además, solicitaron la suspensión provisional de los actos impugnados.

- 1.1.2. Mediante Auto del 8 de febrero de 2022, el Tribunal admitió a trámite la acción de nulidad, corrió traslado de la demanda a la Secretaría General para su contestación y declaró infundada la solicitud de suspensión provisional de los actos impugnados. Asimismo, ordenó a la Secretaría General que deposite el monto de la multa que impuso a las empresas demandante en una cuenta bancaria en cualquier País Miembro y que no disponga de dicho monto hasta que se dicte sentencia.
- 1.1.3. Mediante escrito del 11 de marzo de 2022, la Secretaría General contestó la demanda y se opuso a la solicitud de suspensión provisional de los actos impugnados. Al respecto, se acogió a los argumentos del Tribunal en su Auto del 8 de febrero de 2022.
- 1.1.4. El 18 de marzo de 2022 el Perú solicitó incorporarse al proceso como coadyuvante de las empresas demandantes.
- 1.1.5. Mediante Auto del 26 de julio de 2022 el Tribunal, entre otras cosas, exhortó a las empresas demandantes a honrar la garantía bancaria que ellas mismas ofrecieron a la Secretaría General, tuvo por contestada la demanda por parte de la Secretaría General y admitió la solicitud de coadyuvancia del Perú.
- 1.1.6. El 21 de julio de 2023 el Grupo Familia solicitó incorporarse al proceso como coadyuvante de las empresas demandantes. El Grupo Familia solicitó que se tenga por pruebas aportadas todas las que fueron allegadas en el proceso 03-AN-2021.

<sup>10</sup> Publicada en la GOAC 1180 del 4 de abril de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf>

<sup>11</sup> Artículos 3, 5, 7 (literal a), 10, 11 (literal f), 13, 20, 22, 34 y 43.

<sup>12</sup> Publicada en la GOAC 314 del 18 de diciembre de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace314.pdf>

<sup>13</sup> Artículos 3, 5, 8, 12, 13, 37 y 39.

- 1.1.7. Por Auto del 14 de septiembre de 2023, el Tribunal admitió la solicitud de coadyuvancia presentada por el Grupo Familia.
- 1.1.8. Mediante Auto del 6 de noviembre de 2023, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas por las partes procesales, convocó a estas a una audiencia pública y rechazó una “prueba sobreviniente” aportada por el Grupo Kimberly.
- 1.1.9. Por Auto del 26 de febrero de 2024, el Tribunal fijó fecha para la audiencia pública (en formato virtual) para el martes 9 de abril de 2024.
- 1.1.10. El 9 de abril de 2024, se realizó la audiencia pública con la asistencia del Grupo Kimberly, el Grupo Familia, la Secretaría General y el Perú.
- 1.1.11. Entre el 16 y el 17 de abril de 2024, el Perú, el Grupo Kimberly, el Grupo Familia y la Secretaría General presentaron sus alegatos de conclusión.
- 1.1.12. El 28 de junio de 2024, el Grupo Kimberly presentó un escrito relativo a los alegatos de conclusión presentados por la Secretaría General.

## 1.2. Principales argumentos de las partes procesales

A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por las partes procesales en su demanda, contestación, solicitudes de coadyuvancia, la audiencia pública, sus escritos de alegatos de conclusión y escritos adicionales:

### 1.2.1. Principales argumentos del Grupo Kimberly (demandantes)

- (i) En 2014 Kimberly-Clark Ecuador S.A. (en adelante, **Kimberly Ecuador**), se acogió al programa de clemencia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, **SCPM**)<sup>14</sup> de la República del Ecuador (en adelante, **Ecuador**), 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, para presentar su denuncia por conductas anticompetitivas transfronterizas ante la Secretaría General. Por

Ahora llamada Superintendencia de Competencia Económica (en lo sucesivo, SCE).





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.
- (iii) La Secretaría General no era competente para investigar la supuesta conducta anticompetitiva porque no tenía evidencia de que fuera transfronteriza.
- (iv) La Secretaría General no probó la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza ni sus efectos reales en el Ecuador después de 2011, por lo cual, en cualquier caso, estaría prescrita. Además, los indicadores económicos empleados en la investigación no eran idóneos para poner en evidencia una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- (v) No existiría conducta anticompetitiva transfronteriza por cuanto no existía un canal de transmisión entre la fijación de precios en la República de Colombia (en adelante, **Colombia**) y los precios en Ecuador que haya afectado a los productos objeto de la multa. En términos económicos, no existe relación entre los precios del papel *tissue* en ambos países.
- (vi) El Informe sobre los resultados de la investigación del 20 de marzo de 2018 emitido por la Secretaría General y entregado al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, el **Comité**) constituyó un prejuizgamiento y violó el principio de *in dubio pro reo* porque se sustentó en pruebas meramente indiciarias no concluyentes. La Secretaría General violó también el debido proceso al inadmitir los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas sancionadas contra dicho informe.
- (vii) La Secretaría General incurrió en desviación de poder al emitir su Informe sobre los resultados de la investigación.
- (viii) Las resoluciones impugnadas son nulas ya que la Secretaría General no se pronunció sobre las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en lo sucesivo, **SIC**) y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (en adelante, **Indecopi**) de apartarse del Informe sobre los resultados de la investigación, lo que vulneró el artículo 22 de la Decisión 608.



- (ix) La Secretaría General contravino los principios de *non bis in idem* y actos propios pues rechazó previamente una denuncia por conductas anticompetitivas similar mediante su Resolución 1855 del 1 de junio de 2016<sup>15</sup>. Además, vulnera tales principios al no tomar en cuenta que la conducta ya fue analizada por las autoridades de competencia de Colombia y Ecuador.
- (x) La estimación de daños de la Secretaría General fue errónea al no considerar factores relevantes.
- (xi) El hecho de que la multa sea destinada a la autoridad sancionadora constituye un irresistible incentivo para imponer una sanción pecuniaria que incrementaría de forma notable su presupuesto.
- (xii) Las resoluciones impugnadas ponen en riesgo los programas de clemencia que los Países Miembros tienen incorporados a sus legislaciones.

#### 1.2.2. Principales argumentos de la Secretaría General (demandada)

- (i) La Secretaría General era competente para realizar la investigación correspondiente porque la infracción hipotética involucraba una concertación de precios entre dos grupos empresariales con operaciones en dos Países Miembros, aprovechándose de sus estructuras corporativas para influir en el comportamiento de las filiales.
- (ii) El procedimiento de investigación no es nulo ya que la Secretaría General demostró la existencia del cártel transfronterizo con pruebas obtenidas de fuentes distintas al programa de clemencia y cuya legalidad no ha sido cuestionada. Además, el mismo poder judicial ecuatoriano declaró que las actuaciones procesales supranacionales están fuera de su competencia, por lo que sus pronunciamientos sobre la desclasificación de pruebas no son vinculantes para la Secretaría General.
- (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 Secretaría General.
- (iv) La Secretaría General probó que la conducta anticompetitiva que sancionó en las resoluciones impugnadas, consistente en un

Publicada en la GOAC 2743 del mismo día. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2743.pdf>





acuerdo de precios sobre determinados productos del rubro *papeles suaves*, se prolongó al menos hasta diciembre de 2013 y tuvo efectos hasta el año 2016. En consecuencia, no operó la prescripción de la infracción. Además, los criterios de análisis económico de la Secretaría General serían adecuados y los sugeridos por las empresas demandantes serían erróneos.

- (v) La concertación de precios de carácter transfronterizo no implica necesariamente movimientos físicos de mercancías en comercio exterior mediante operaciones de exportación e importación.
- (vi) La Secretaría General no infringió su obligación de pronunciarse sobre el informe remitido por el Comité porque no se alcanzó un consenso a la interna del Comité. En ese sentido, tampoco era obligación de la Secretaría General pronunciarse sobre las posiciones individuales de cada uno de los Países Miembros.
- (vii) El Informe sobre los resultados de la investigación de la Secretaría General sí tuvo sustento técnico y no es un acto susceptible de reconsideración porque no pone fin al proceso ni impide su continuación. Además, los miembros del Comité están llamados a realizar las recomendaciones correspondientes sobre la investigación, por lo que el Informe sobre los resultados de la investigación no genera en sí mismo efectos jurídicos. Su adopción es un mandato procedimental, por lo que no podría considerarse una desviación de poder, y no constituye prejuzgamiento.
- (viii) No se infringió el principio *non bis in idem* ni se actuó contra los actos propios de la Secretaría General. La investigación anterior mencionada por las empresas demandantes (relacionada con la Resolución 1855) no guarda triple identidad con la presente causa, por lo que la decisión de la Secretaría General no tenía por qué ser igual.
- (ix) La determinación de la multa por parte de la Secretaría General obedece a la práctica usual internacional. Además, el artículo 34 de la Decisión 608 faculta a la Secretaría General a indicar la forma, oportunidad y lugar de pago de las multas por conductas anticompetitivas transfronterizas.
- (x) La Secretaría General no vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso de las empresas sancionadas. Estas siempre tuvieron acceso a resúmenes no confidenciales de las pruebas. La Secretaría General puso a disposición de los miembros del Comité los argumentos de las empresas investigadas en contra del Informe sobre los resultados de la investigación, 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.
- (xi) Las empresas investigadas no podrían pretender beneficiarse de su colaboración en el proceso llevado ante la SCPM cuando demostró una conducta antagónica y obstructiva en el proceso comunitario. En cualquier caso, la Resolución 2236 redujo la multa del Grupo Kimberly en consideración de su cooperación en el proceso nacional.
  - (xii) La Decisión 608 prevalece sobre la Decisión 425 al ser norma especial en la materia.
  - (xiii) Las empresas sancionadas han emprendido actuaciones dilatorias a lo largo de todo el proceso y no dieron cumplimiento al ordenamiento comunitario andino al no pagar las multas impuestas.

**1.2.3. Principales argumentos del Grupo Familia (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 Secretaría General 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.
- (ii) La investigación no hubiera podido iniciarse si la Secretaría General hubiera considerado la ilegalidad de las pruebas desclasificadas. Por lo tanto, la denuncia debió ser archivada como ocurrió con la denuncia presentada por Mauricio Velandia, archivada mediante Resolución 1855.
- (iii) La sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, que declaró la nulidad de la desclasificación, no se fundamentó exclusivamente en un defecto procesal de notificación, sino que abordó la cuestión de la ilegalidad de la desclasificación en sí misma.
- (iv) El Informe sobre los resultados de la investigación fue extemporáneo y prejuzgó la conducta. Al expedir este informe y al inadmitir recursos de reconsideración interpuestos contra este, la Secretaría General incurrió en desviación de poder.
- (v) La Secretaría General vulneró el debido proceso al no permitir acceso a pruebas confidenciales, no pronunciarse sobre





argumentos importantes de las empresas sancionadas y no motivar adecuadamente las resoluciones impugnadas.

- (vi) El procedimiento de investigación no fue imparcial debido a que la SCE actuó como denunciante y miembro del Comité.
- (vii) Si bien no hubo consenso entre los miembros del Comité, sí se presentaron observaciones por parte de la SIC y el Indecopi que no fueron consideradas por la Secretaría General y tampoco se explicó por qué la Secretaría General se alejó de sus recomendaciones.
- (viii) Se continuó con la investigación de la Secretaría a pesar de que se ofreció un compromiso de cese por parte de las empresas investigadas.
- (ix) 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 en el mercado ecuatoriano, lo que desacredita la competencia territorial de la Secretaría General.
- (x) La infracción sancionada por la Secretaría General se encontraba prescrita. En el procedimiento de investigación, se probó que la conducta anticompetitiva cesó en el año 2011.
- (xi) El análisis económico realizado por la Secretaría General con relación al paralelismo de precios fue deficiente.
- (xii) La hipótesis de una práctica conscientemente paralela invocada por la Secretaría General en la audiencia pública no fue mencionada en la formulación de cargos y tampoco fue demostrada.

#### 1.2.4. Principales argumentos del Perú (País Miembro coadyuvante de las demandantes)

- (i) La desclasificación de información por parte de la SCPM fue ilegal y no debió ser considerada por la Secretaría General. La Secretaría General no motivó adecuadamente su consideración de las pruebas desclasificadas, por lo que el inicio de la investigación fue nulo.
- (ii) La Secretaría General creó una expectativa legítima en las empresas demandantes de que la resolución del poder judicial ecuatoriano afectaría su pronunciamiento definitivo cuando,



mediante Resolución 2017 del 6 de agosto de 2018<sup>16</sup>, suspendió el trámite de la reconsideración de la Resolución 2006 hasta que haya un pronunciamiento del poder judicial ecuatoriano.

- (iii) Las resoluciones impugnadas desincentivarán el acogimiento a programas de clemencia en la subregión andina.
- (iv) La Decisión 425 es plenamente aplicable al presente caso.
- (v) La sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, que declaró la nulidad de la desclasificación, no se fundamentó exclusivamente en un defecto procesal de notificación, sino que abordó la cuestión de la ilegalidad de la desclasificación en sí misma.
- (vi) Perú tenía legítimo interés para interponer recurso de reconsideración contra la Resolución 2006 y, aun así, la Secretaría General no se pronunció sobre sus argumentos al emitir la Resolución 2236.

## 2. CUESTIONES EN DEBATE

Considerando los argumentos de las empresas demandantes en el escrito de demanda, de la Secretaría General 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 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) Sobre la naturaleza y alcances de la acción de nulidad.
- (ii) Sobre la defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- (iii) Sobre la probanza de las prácticas colusorias horizontales.
- (iv) Sobre las prácticas colusorias horizontales de carácter transfronterizo.
- (v) Sobre la teoría del fruto del árbol envenenado y sus excepciones.

<sup>16</sup>

Publicada en la GOAC 3354 del mismo día. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203354.pdf>





- (vi) Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016.
- (vii) Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador que derivó en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (viii) Sobre la conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (ix) Sobre la Resolución 2236 y la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información.
- (x) Sobre la nulidad alegada en cuanto a que la Secretaría General no se habría pronunciado sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por algunas autoridades que forman parte del Comité.
- (xi) Sobre la nulidad alegada en cuanto a la participación de la SCE como denunciante, autoridad que apoyó en la investigación a la Secretaría General e integrante del Comité.
- (xii) Sobre el hecho de que la Secretaría General habría concentrado las competencias de autoridad instructora (imputación de cargos e instrucción) y decisora (sanción) en el procedimiento de investigación.
- (xiii) Sobre la naturaleza jurídica del Informe sobre los resultados de la investigación, el supuesto prejuzgamiento contenido en este y la inadmisión de los recursos de reconsideración presentados contra dicho informe.
- (xiv) Sobre el principio *non bis in idem*.
- (xv) Sobre la tramitación de compromisos en paralelo con la investigación y sobre los plazos previstos.
- (xvi) Sobre si habría operado la prescripción para la investigación de la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236.
- (xvii) Sobre el cálculo de la multa impuesta en las Resoluciones 2006 y 2236.



(xviii) Sobre los alegados riesgos para los programas de delación que se presentarían por la investigación de la Secretaría General.

(xix) Sobre la cobranza y destino de las multas.

(xx) Sobre las demás vulneraciones alegadas por los Grupos Kimberly y Familia.

(xxi) Sobre la negativa del Grupo Kimberly a pagar la multa impuesta.

(xxii) Sobre la condena en costas.

### 3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

#### 3.1. Sobre la naturaleza y alcances de la acción de nulidad<sup>17</sup>

3.1.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal, corresponde a este órgano jurisdiccional declarar la nulidad de las Decisiones del CAMRE, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el CAMRE, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas cuando afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. En la jurisprudencia de este Tribunal se ha determinado el marco teórico de la acción de nulidad<sup>18</sup>. En esa medida, para los efectos de esta

<sup>17</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 GOAC 4352 del 4 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204352.pdf>

<sup>18</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 GOAC 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 GOAC 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 GOAC 3413 del 31 de octubre de 2018. Disponible en:





sentencia no se abundará más en los criterios ya emitidos por el Tribunal a ese respecto.

- 3.1.2. En el presente proceso, la demandante y sus coadyuvantes consideran que las Resoluciones objeto de esta acción de nulidad han vulnerado los artículos 3, 5, 8, 10, 12, 13 y 37 de la Decisión 425 que contiene el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los artículos 3, 5, 7 (literal a), 10, 11 (literal f), 13, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 34, 40 y 43 de la Decisión 608.
- 3.1.3. La Decisión 425 contiene el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General que, conforme a su artículo 1, rige para los procedimientos relativos a la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General. Ese mismo artículo señala que dicha decisión se aplicará, entre otros, a los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia. El artículo además señala que las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal y en Decisiones sobre temas especiales, se aplicarán con preferencia a las contenidas en ese reglamento, como es el caso de la Decisión 608.

<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 GOAC 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 GOAC 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 GOAC 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 GOAC 5202 del 16 de junio de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205202.pdf>



### 3.2. Sobre la defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina

- 3.2.1. El Tribunal ha explicado en su jurisprudencia<sup>19</sup> que el Acuerdo de Cartagena promueve el libre intercambio de bienes y servicios entre los Países Miembros de la Comunidad Andina a través del programa de liberación de bienes regulado en sus artículos 72 a 78 y el marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios regulado en sus artículos 79 y 80.
- 3.2.2. 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.
- 3.2.3. 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.
- 3.2.4. Dados los beneficios de la libre competencia para el proceso de integración andina, el artículo 93 sobre «Competencia Comercial» del Acuerdo de Cartagena, dispuso el plazo dentro del cual la Comisión de la Comunidad Andina debía adoptar, a propuesta de la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy la Secretaría General), 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.
- 3.2.5. La norma vigente en la materia es la Decisión 608 que contiene las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», adoptada por la Comisión de la Comunidad

<sup>19</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 GOAC 3961 del 8 de mayo de 2020 y 4126 del 14 de diciembre de 2020, respectivamente. Disponibles en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetar/Gaceta%203961.pdf>

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetar/Gaceta%204126.pdf>





Andina, el 29 de marzo de 2005, publicada en la GOAC 1180 del 4 de abril de 2005<sup>20</sup>. El artículo 2 de la Decisión 608 señala que ella tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores.

### 3.3. Sobre la probanza de las prácticas colusorias horizontales

- 3.3.1. 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. Los acuerdos pueden probarse tanto con pruebas directas como con pruebas indirectas.

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

- 3.3.2. 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,

<sup>20</sup> 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». 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 GOAC 80 del 4 de abril de 1991. Esta última fue sustituida por la Decisión 608.



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.

3.3.3. Sobre los ejemplos mencionados en el párrafo 3.3.2. 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.

3.3.4. 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***

3.3.5. 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.

3.3.6. 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 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.

3.3.7. 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.

3.3.8. 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. En un mundo en que los infractores tratarán de borrar todas las pruebas posibles que acrediten su colusión, es posible que, sobre la base de indicios y presunciones, la autoridad de defensa de la libre competencia pueda concluir que ha existido un acuerdo de precios pese a la inexistencia de una prueba directa que diga «acuerdo de precios».

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



- 3.3.9. Es importante diferenciar la probanza del acuerdo de la probanza de la duración misma del acuerdo. Hay acuerdos que son instantáneos y hay acuerdos que se ejecutan en el tiempo.
- 3.3.10. Un acuerdo de precios busca durar en el tiempo. Si dos o tres empresas se ponen de acuerdo en subir el precio de un producto, 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 distintos factores como el porcentaje del incremento, el nivel inflacionario, entre otros factores.
- 3.3.11. 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, correos electrónicos o la confesión de dos gerentes pueden ser suficientes para probar la existencia de un acuerdo de precios. Para probar la duración del acuerdo de precios, se requieren medios probatorios ya sean directos o indirectos, 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.
- 3.3.12. Y es que debe diferenciarse el acuerdo como concierto de voluntades de la ejecución misma del acuerdo, la cual expresa el tiempo de duración del mantenimiento del acuerdo. Por ello, 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 dure lo más posible. No debe perderse de vista, además, que la ejecución del acuerdo es tan o más importante que el acuerdo mismo. Incluso podría darse el caso de que una empresa se adhiera con posterioridad y lo ejecute hasta el final. El hecho de que esta última no haya participado en la adopción inicial del acuerdo no la exime de responsabilidad.



#### 3.4. Sobre las prácticas colusorias horizontales de carácter transfronterizo

- ✕ 3.4.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Decisión 608<sup>21</sup> y

Decisión 608.-

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





en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018<sup>22</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>23</sup>. La propia Decisión 608 define en el artículo 1 el concepto de “conducta” como: «todo acto o acuerdo» y a su turno indica que “acto” es «todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma» y “acuerdo”, «todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupan».

- 3.4.2. La Secretaría General ha sancionado a Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en lo sucesivo, **Kimberly Colombia**), Productos Familia S.A (en adelante, **Familia Colombia**), Kimberly Ecuador y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Familia Ecuador**) debido a que, conforme a la investigación adelantada, las dos primeras, como empresas matrices ubicadas en República de Colombia (en adelante, **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).
- 3.4.3. 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.
- 3.4.4. En el artículo 5 de la Decisión 608 se establece su ámbito de aplicación en el cual se encuentran las “conductas” (esto es, los “actos” o 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

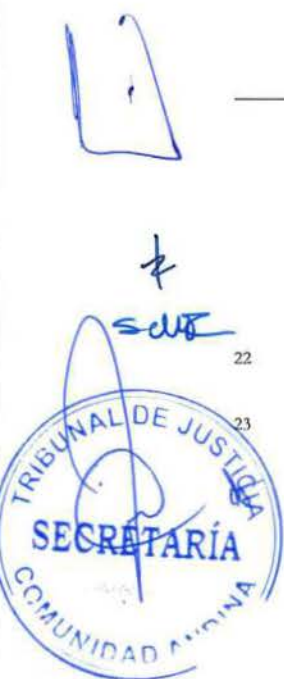
- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países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

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

De fecha 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC 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.



la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018<sup>24</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.

- 3.4.5. 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.
- 3.4.6. La adopción de un acuerdo puede llevarse a cabo en distintas 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.
- 3.4.7. Así, una conducta anticompetitiva transfronteriza en la modalidad de acuerdo de precios podría 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. Pero pueden darse otras modalidades, y una de ellas podría 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.
- 3.4.8. Es un error pensar que una conducta anticompetitiva transfronteriza exige, necesariamente, que se afecte el mercado de dos o más Países Miembros. Es transfronteriza cualquiera de las siguientes modalidades:
  - a) La instigación, recomendación o planeamiento del acuerdo se da por parte de un agente domiciliado o residente en un País Miembro, y la adopción y ejecución del acuerdo y los efectos perniciosos de este se dan en otro País Miembro.

<sup>24</sup> Interpretación Prejudicial 484-IP-2018 del 8 de mayo de 2020, publicada en la GOAC 3961 del mismo día, p. 8.





- 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.

3.4.9. 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 «[l]a complejidad de los escenarios descritos puede ser aprovechada por los agentes económicos involucrados para lograr impunidad, especialmente al tratar de cuestionar la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia»<sup>25</sup>. 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>26</sup> y desarrolló una suerte de teoría de la doble barrera andina<sup>27</sup>, de modo que las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia y la Secretaría General 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). Las autoridades nacionales de defensa de la competencia, conforme a sus competencias nacionales, deben limitar su investigación a los hechos que carecen de efecto transfronterizo. El ejercicio de esta potestad no perjudica ni condiciona la competencia de la Secretaría General para conocer los hechos que tienen relevancia transfronteriza<sup>28</sup>.

### 3.5. Sobre la teoría del fruto del árbol envenenado y sus excepciones

3.5.1. Las partes en el presente proceso han hecho constante referencia a la teoría del fruto del árbol envenenado (teoría que viene del sistema anglosajón utilizada principalmente en procesos penales) y por ello

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 10-13.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 15-19.

<sup>28</sup> 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.

procede que este Tribunal analice su alcance<sup>29</sup>. 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. El propósito de este principio es desincentivar el ejercicio abusivo de la autoridad pública 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.

- 3.5.2. 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>30</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>31</sup>.

- 3.5.3. 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:

«...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**

<sup>29</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>30</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>31</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 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>32</sup>.

(Énfasis agregado)

Teniendo en cuenta lo anterior, para este Tribunal la nulidad de una o más pruebas no necesariamente acarrea la nulidad del proceso. Es posible adoptar válidamente la determinación correspondiente con base en otras pruebas válidas, incluso si en el mismo proceso han sido objetadas y excluidas otras pruebas. 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.

- 3.5.4. 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 citada anteriormente, 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>33</sup>.

- 3.5.5. Otros tribunales en la Comunidad Andina han reconocido excepciones similares. En Ecuador, la Corte Nacional de Justicia distingue dos categorías: (i) excepción de buena fe; y, (ii) excepciones procedentes de

<sup>32</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.  
<sup>33</sup> *Ibidem*.



la eficacia (incluyendo la prueba independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado)<sup>34</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>35</sup>.

- 3.5.6. 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>36</sup>.

- 3.5.7. 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>37</sup>. De manera similar, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana ha establecido que: «en aplicación de 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>38</sup>.

- 3.5.8. En virtud de lo expuesto, para este Tribunal es 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 e, incluso si hubiera un vínculo aparente entre ellas, la exclusión

<sup>34</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, en el proceso instaurado por la Fiscalía General del Estado c. Risken Grazydas*, Expediente 1409-2014 VR, pp. 25 y 26.

<sup>35</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>36</sup> Medina Rico, *Op. Cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia del Perú, *Op. Cit.*, pie de página 24.

<sup>38</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Op. Cit.*, p. 26.





probatoria derivada solo tendrá lugar cuando pueda establecerse una relación causal incuestionable entre ellas<sup>39</sup>.

- 3.5.9. Por otro lado, se tiene la excepción de la buena fe del infractor. Esta excepción tiene también 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>40</sup>.
- 3.5.10. El sentido mismo de la regla de exclusión probatoria es disuadir a la autoridad de obtener evidencias en contravención de los derechos fundamentales de las personas. Pero si las pruebas 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>41</sup>.

(Texto entre corchetes agregado)

- 3.5.11. Si bien esta teoría ha sido aplicada a las personas naturales, en general víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales, es posible que sea considerada, guardando las debidas diferencias, en el presente proceso en el cual las demandantes son personas jurídicas. Por lo anterior, en el presente proceso es admisible la valoración y análisis de la teoría del árbol envenenado o teoría de la exclusión de pruebas y sus excepciones.
- 3.5.12. Procede entonces este Tribunal a analizar, de una parte, si en la investigación que concluyó con las resoluciones objeto de este proceso hubo pruebas usadas en violación de derechos fundamentales, si esas

<sup>39</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>40</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).  
<sup>41</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.



pruebas conllevan la ilegalidad del procedimiento y si hubo excepciones a la exclusión de la prueba, por la buena fe o por la existencia de pruebas independientes.

### 3.6. Sobre la desclasificación de «información» realizada por la SCE mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016

3.6.1. En el Auto del 19 de octubre de 2018, recaído en el proceso 04-AN-2018<sup>42</sup>, y en el Auto del 7 de noviembre de 2018, emitido en el proceso 05-AN-2018<sup>43</sup>, el Tribunal 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 información (auto inculminatoria) aportada por el agente o agentes económicos que se acogen a dicho programa.

3.6.2. 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.

3.6.3. 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.

3.6.4. 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»;

<sup>42</sup> Publicado en la GOAC 3412 del 25 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203412.pdf>

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





- 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>44</sup>

3.6.5. Mediante Sentencia del 20 de septiembre de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación de información.

3.6.6. En la denuncia que presentó la SCE ante la Secretaría General 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>45</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.

<sup>44</sup> Ver foja 807 del expediente.  
<sup>45</sup> Ver foja 308 (reverso) del expediente.



- 3.6.7. Mediante Resolución 2017<sup>46</sup>, la Secretaría General resolvió la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución 2006 en consideración de los procesos que se adelantaban en sede nacional ecuatoriana, interpuestos por Kimberly Clark Ecuador S.A. ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil. En dicha Resolución la Secretaría General recordó que la información que desclasificó la SCPM fue remitida con carácter público con la solicitud de investigación y señaló que determinar la validez del acto administrativo mediante el cual la autoridad ecuatoriana dispuso la mencionada desclasificación era un asunto que correspondía a las autoridades nacionales del Ecuador.
- 3.6.8. La Secretaría General consideró que procedía la suspensión del trámite del recurso de reconsideración, pero dejó en claro que cualquier decisión de la autoridad judicial de ese País Miembro sería considerada en el momento oportuno para realizar sus propias determinaciones sobre los asuntos puestos a su consideración<sup>47</sup>.
- 3.6.9. A la luz de lo señalado por el Tribunal en el Auto del 19 de octubre de 2018, adoptado dentro del proceso 04-AN-2018, y en el Auto del 7 de noviembre de 2018, emitido en el proceso 05-AN-2018, la Secretaría General, señaló en la Resolución 2236:

«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>48</sup>.

De ese modo, este Tribunal concluye que la Secretaría General 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.

<sup>46</sup> Publicada en la GOAC 3354 del 6 de agosto de 2018.  
<sup>47</sup> Ver párrafo 62 de la Resolución 2017.  
<sup>48</sup> Párrafo 462 de la Resolución 2236.





- 3.6.10. ¿Ello anula el procedimiento tramitado por la Secretaría General? La respuesta debe darse a la luz del análisis de la teoría del fruto del árbol envenenado y sus excepciones, concretamente las relativas a la *prueba independiente* y la *prueba obtenida de buena fe*.

De las pruebas independientes aportadas por la SCE

- 3.6.11. Si bien hay excepciones a la teoría del árbol envenenado, las cuales 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>49</sup>

Si la existencia de una prueba ilícita (el fruto del árbol envenenado) no vicia pruebas independientes (los frutos de otros árboles), la existencia de abundantes pruebas independientes impide asumir la invalidez del proceso judicial entero (un bosque donde hay muchos frutos de árboles no envenenados).

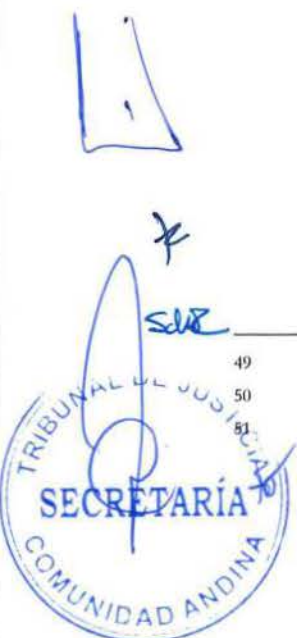
- 3.6.12. Se mencionan a continuación diversas pruebas que la Secretaría General utilizó en el procedimiento de investigación distintas (provenientes de árboles distintos al supuestamente envenenado) a las que fueron aportadas por Kimberly Ecuador en el programa de clemencia:

- a) Información pública de la página de la Superintendencia de Compañías del Ecuador<sup>50</sup>.
- b) Organigrama presentado por el Grupo Familia a la Secretaría General con comunicación de fecha 25 de julio de 2017<sup>51</sup>.
- c) El expediente público y confidencial del Proceso SIC 14-151027, llevado en Colombia, del cual cabe destacar los siguientes elementos probatorios: (i) certificado de constitución y

<sup>49</sup> Medina Rico, *Op. Cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>50</sup> Ver párrafo 443 (pp. 74 y 75) de la Resolución 2006.

<sup>51</sup> Ver párrafo 718 (p. 161) de la Resolución 2006.



representación legal de Kimberly Colombia<sup>52</sup>; (ii) contratos de licencias de marcas entre Kimberly Clark Corporation y Kimberly Colombia<sup>53</sup>; (iii) certificado de existencia y representación legal de Familia Colombia<sup>54</sup>; (iv) pruebas de reuniones contenidas en la Resolución 31739<sup>55</sup>; (v) correos electrónicos incorporados en la Resolución 69518<sup>56</sup>; (vi) declaraciones de María Carolina Arenas, gerente de Familia Colombia<sup>57</sup>; (vii) correos electrónicos entre funcionarios de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador<sup>58</sup>; (viii) declaraciones de Felipe José Alvira Escobar, entonces presidente de Kimberly Colombia, y Vladimir Humberto Ruiz Quintana, gerente de Kimberly Colombia<sup>59</sup>; (ix) correo de Kimberly Clark Corporation al directorio andino del Grupo Kimberly<sup>60</sup>; (x) correos desde 2001 de la presidencia de Kimberly Colombia a Luis Fernando Palacio, director andino del Grupo Kimberly<sup>61</sup>; (xi) testimonio de un exfuncionario del canal consumo de Kimberly Colombia<sup>62</sup>; y, (xii) testimonio de Felipe Alvira, gerente de Kimberly Colombia<sup>63</sup>.

- d) La Resolución 47965 de la SIC, que cita diversos correos electrónicos<sup>64</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 Secretaría General<sup>65</sup>. Especialmente: (i) el testimonio rendido ante la SCE por parte de Manuel Muñoz Merizalde, gerente institucional de Familia

<sup>52</sup> Ver párrafos 705 y 706 (p. 158) de la Resolución 2006.

<sup>53</sup> Ver párrafo 444 (p. 75) de la Resolución 2006.

<sup>54</sup> Ver párrafo 565 (p. 105) de la Resolución 2006.

<sup>55</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>56</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>57</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.

<sup>58</sup> Ver párrafo 630 (p. 127) de la Resolución 2006.

<sup>59</sup> Ver párrafos 631 y 632 (p. 127) de la Resolución 2006.

<sup>60</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. 94) de la Resolución 2236.

<sup>61</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>62</sup> Ver párrafo 714 (p. 160) de la Resolución 2006.

<sup>63</sup> Ver párrafo 715 (pp. 160 y 161) de la Resolución 2006.

<sup>64</sup> Ver párrafos 628 (pp. 124 a 126), 633 (pp. 127 a 128) y 649 (p. 131) de la Resolución 2006.

<sup>65</sup> Por ejemplo, párrafos 692 (pp. 153 y 154) y 695 (p. 155) de la Resolución 2006.





Ecuador<sup>66</sup>; y, (ii) la entrevista con el gerente general de Familia Ecuador del 2 de agosto de 2017<sup>67</sup>.

- f) El documento ID 2017-42219 remitido por la SCPM a la Secretaría General el 9 de junio de 2017<sup>68</sup>.
- g) El análisis de la estructura organizacional de las empresas investigadas en Colombia y Ecuador (el control societario en los mencionados grupos)<sup>69</sup>.
- h) El análisis económico referido al mercado relevante, la evolución de los precios y las participaciones en las ventas<sup>70</sup>.
- i) Las visitas administrativas realizadas por la Secretaría General 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>71</sup>.
- j) Información económica y comercial presentada por las empresas sancionadas y terceros competidores en el marco del procedimiento de investigación andino<sup>72</sup>.

3.6.13. Adicional a lo anterior, la «Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha de 13 de julio de 2014» merece un tratamiento aparte.

3.6.14. El documento que contiene la declaración del señor Luis Fernando Palacio González (en adelante, 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.

3.6.15. 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

<sup>66</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>67</sup> Ver párrafo 639 (p. 129) de la Resolución 2006 y párrafo 150 (p. 32) de la Resolución 2236.

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

<sup>69</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>70</sup> Párrafos 729 a 918 (pp. 163 a 226) de la Resolución 2006; y, párrafo 379 (p. 96) de la Resolución 2236.

<sup>71</sup> Párrafos 92 y 93 (p. 13) de la Resolución 2006.

<sup>72</sup> Ver párrafos 577 a 598 (pp. 108 a 114) de la Resolución 2006.



2014 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Así consta en los registros de esta entidad pública.

- 3.6.16. La declaración del señor Palacio consta en un registro de carácter público, al cual se puede acceder por medio de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en la sección de verificación de la apostilla o legalización<sup>73</sup>.
- 3.6.17. Como lo señaló la Secretaría General 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<sup>74</sup>.
- 3.6.18. 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

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Los artículos 1 y 7 de la Convención de La Haya sobre la Apostilla señalan que:  
**«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.

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

- 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.
- Los documentos administrativos.
- Los documentos notariales.
- 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:

- El número de orden y fecha de la apostilla.
- 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».

[Énfasis agregado]

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





procedimiento de investigación (ante la Secretaría General)<sup>75</sup>, se lee, literalmente, «El presente documento público».

- 3.6.19. 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<sup>76</sup>.
- 3.6.20. El Tribunal considera que no está viciado de nulidad o ilegalidad el hecho de que la SCE haya proporcionado a la Secretaría General 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<sup>77</sup>. 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.

<sup>75</sup> Que consta en el soporte físico adjunto al oficio SG/E/188/2022 presentado por la Secretaría General el 9 de febrero de 2022.

<sup>76</sup> 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.

La Secretaría General 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.

<sup>77</sup> Aunque 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.



- 3.6.21. Siendo así, la utilización de la «Copia certificada de la declaración del señor 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 Secretaría General, en el marco del derecho comunitario andino.
- 3.6.22. En consecuencia, la utilización que hizo la Secretaría General de las pruebas independientes que se detallan en los puntos 3.6.12 y 3.6.13 de esta sentencia, no merece ningún reproche sobre su validez y valoración en el marco de la investigación que concluyó con la adopción de la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018.

De la excepción de buena fe

- 3.6.23. La segunda excepción a la teoría del fruto del árbol envenenado que resulta de especial interés en la presente causa es la excepción de buena fe. Como se explicó en la sección anterior, no es razonable excluir aquella prueba obtenida de buena fe por la autoridad investigadora.
- 3.6.24. En el presente proceso, la Secretaría General 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 Secretaría General 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>78</sup>.

Como se indicó antes, en la Resolución 2017 que concedió la suspensión del trámite del procedimiento se señaló que: «...cabe señalar que la información que desclasificó la SCPM fue remitida con carácter público a la Secretaría General con la solicitud de

78

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.





investigación...»<sup>79</sup>.

Esta información fue considerada por la Secretaría General 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>80</sup>.

- 3.6.25. Con lo anterior en mente, este Tribunal aprecia que la Secretaría General 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.
- 3.6.26. 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 la autoridad judicial ecuatoriana declaró la ilegalidad y nulidad de la desclasificación el 20 de septiembre de 2018, esto es, casi dos años después de que la Secretaría General había conocido las pruebas desclasificadas. Además, para la fecha de la decisión de la autoridad judicial de la República del Ecuador, la Secretaría General había adelantado toda la investigación y se había pronunciado mediante la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018, es decir cinco meses antes de la decisión judicial.
- 3.6.27. En ese sentido, basta que la Secretaría General 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 Secretaría General consideró en primera instancia las pruebas desclasificadas, eso no vicia de nulidad su investigación.

<sup>79</sup> Literal i) del párrafo 59 de la Resolución 2017 Resolución 2017 que «Resuelve la solicitud de medidas cautelares referida a la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 y del procedimiento de recurso de reconsideración», publicada en la GOAC 3354 del 6 de agosto de 2018.

Párrafo 311 de la Resolución 2006.



- 3.6.28. Si bien la desclasificación de la información fue un acto nacional anulado por la judicatura ecuatoriana, la denuncia que presentó la SCE ante la Secretaría General fue un acto regido por el derecho comunitario andino, conforme lo señala la Sentencia del 27 de mayo de 2019, emitida en el proceso 09802-2017-00767, del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil al señalar que la solicitud (denuncia) de la SCE dirigida a la Secretaría General era un acto procesal en la esfera del derecho supranacional andino.
- 3.6.29. Esta decisión plantea un asunto importante que es el de determinar cuál es el efecto de dos decisiones judiciales nacionales: una que determina que, bajo el ordenamiento interno de un País Miembro, un acto administrativo nacional resultó nulo; y otra, que señala que dicho acto que gozaba de presunción de legalidad y se usó para interponer una queja a nivel andino y que culminó antes del pronunciamiento de la autoridad judicial nacional, es un acto procesal en la esfera del derecho supranacional andino.
- 3.6.30. Para este Tribunal, el debido proceso es un principio del derecho procesal que está amparado no solo en las constituciones y legislaciones internas de los Países Miembros, sino en los procedimientos ante la Secretaría General y ante este Tribunal. Por ello, es explicable, que la Secretaría hubiera adelantado los esfuerzos a su alcance para alcanzar la convicción de que, al recibir una denuncia de una autoridad competente, no estaba infringiendo derechos fundamentales de ninguna de las investigadas. El efecto de la nulidad posteriormente decretada no podría *per se*, a la luz de la doctrina del árbol envenenado invocado por las demandantes, generar la nulidad de la actuación, porque la acción de la Secretaría se amparó en la buena fe con la que está demostrado actuó.
- 3.6.31. En efecto, en la medida en que la Secretaría General 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.
- 3.6.32. 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 Secretaría General, cuya actuación se rige por el derecho andino, sino por la SCE, cuyo proceder se rige por la legislación ecuatoriana. La Secretaría General 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, que la desclasificación no es un acto atribuible ni directa ni indirectamente a la Secretaría General. 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 Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil declaró la ilegalidad y anuló el referido acto administrativo, esta declaración ocurrió mediante sentencia de septiembre de 2018; esto es, después de que la Secretaría General iniciara el procedimiento de investigación (Resolución 1883 de noviembre de 2016) y sancionara a los Grupos Kimberly y Familia (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.

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

- 3.7.1. De conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Decisión 608<sup>81</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

81

#### 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.»



Secretaría General solo necesita «indicios» de la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza.

- 3.7.2. El Tribunal señaló lo siguiente en el Auto del 1 de diciembre de 2017, emitido en el marco del proceso 02-AN-2017: «...Basta la existencia de indicios para que los ciudadanos comunitarios (personas naturales o jurídicas) puedan ser investigados por la presunta realización de conductas anticompetitivas...»<sup>82</sup>.
- 3.7.3. Es obvio que para iniciar un procedimiento de investigación solo se necesitan meros indicios. Resulta inadmisibile exigir que, desde el inicio, la Secretaría General tenga pruebas que acrediten con certeza la realización de la conducta anticompetitiva transfronteriza. ¿Cuál sería el sentido de la «investigación» si no hay nada que investigar? El Tribunal 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.
- 3.7.4. 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

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



✱





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 envenenado. Se les aplica la teoría de la prueba independiente.

- 3.7.5. En la Resolución 1883 del 11 de noviembre de 2016<sup>83</sup>, a través de la cual la Secretaría General 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.
- 3.7.6. ¿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.
- 3.7.7. Ya se ha señalado que bajo la teoría del *fruto del árbol envenenado* o de *exclusión de la prueba derivada*, existen excepciones como la buena fe con la que haya actuado la autoridad y la prueba independiente. Pero la doctrina no implica *per se* que todo el proceso o procedimiento quede automáticamente viciado de nulidad pues, en la medida en que había pruebas no envenenadas que aportaban indicios para iniciar una investigación, no hay razón para anular las resoluciones impugnadas por una supuesta falta de competencia al haber adoptado la Resolución de inicio de la investigación. Este Tribunal considera importante destacar las siguientes pruebas que obran en el expediente y no están ligadas a las pruebas que se alega están afectadas por la ilicitud de la desclasificación de las pruebas aportadas por la sociedad Kimberly a la autoridad ecuatoriana:

Publicada en la GOAC 2871 del 14 del mismo mes. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2871.pdf>



- 3.7.8. Por un lado, la declaración apostillada del señor Palacio, cuya legalidad como medio probatorio ha sido confirmada en la sección precedente, da luces sobre una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 3.7.9. 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] 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].
- 3.7.10. De otra parte, está la declaración de la empresa Papeles Nacionales S.A. en su escrito del 4 de mayo de 2016, dirigido a la SIC<sup>84</sup>, que consta en el ARCHIVADOR\_03 del soporte físico aportado por la Secretaría General el 9 de febrero de 2022 y que obra a foja 3526 del expediente.
- 3.7.11. 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 Secretaría General. 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.
- 3.7.12. 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.




<sup>84</sup>

El escrito consta en la carpeta 47 del expediente de la SIC en el proceso 14-151027.





- 3.7.13. Papeles Nacionales S.A. indicó que en una reunión (ocurrida 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 de 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].
- 3.7.14. Otra prueba es la Resolución 69518 (versión pública) del 24 de noviembre de 2014, emitida en el Proceso SIC 14-151027 (pp. 133 y 135) mediante el cual la SIC abrió la investigación y formuló el pliego de cargos, que coincide con lo expuesto por la Secretaría General en el párrafo 636 (p. 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.
- 3.7.15. De 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 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>85</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.
- 3.7.16. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que la Secretaría General 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.

<sup>85</sup> Ver p. 134 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 3526 del expediente.



### 3.8. Sobre la conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236

3.8.1. La Secretaría General, 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>86</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, tratándose de las servilletas, en el periodo comprendido entre enero de 2006 y junio de 2013.

3.8.2. Según los resultados de la investigación de la Secretaría General, 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 concreticen 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>87</sup>. En otros términos, según la Secretaría General, 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>88</sup>.

86

#### 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; (...))»

Resolución 2006, párrafo 640, p. 129.

Resolución 2236, párrafo 155, p. 33.





3.8.3. El Tribunal ha analizado las resoluciones impugnadas de la Secretaría General y constata que hay pruebas (distintas a aquellas que fueron desclasificadas por la SCE) que acreditan lo siguiente:

- a) 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.
- b) Que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia participaron en los dos cárteles antes mencionados.
- c) Que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) tuvieron conocimiento del cártel que habrían realizado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).
- d) Que un gerente de Kimberly Ecuador reportó a su superior colombiano sobre los acuerdos que se habían estado implementando en Ecuador.
- e) Que las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) eran accionistas (y tenían el control) de las filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

3.8.4. 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 Secretaría General 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 cártel 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 cártel 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 cártel 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.

- 3.8.5. 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 9 de abril de 2024, la defensa del Grupo Kimberly reprodujo un video de resumen ejecutivo de los hechos en el cual se indicó textualmente lo siguiente:

«En la misma época [2003], los funcionarios Rafael Hincapié, de Kimberly-Clark Ecuador, y Manuel Muñoz, de Productos Familia Ecuador, negociaron otro cártel de precios para Ecuador que estuvo vigente hasta 2011. En 2014, Kimberly-Clark Ecuador delató la conducta ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) y esta cierra la investigación en 2014 por considerar que no hubo un cártel»<sup>89</sup>.

- 3.8.6. Sobre este tema, vale la pena destacar que el Grupo Kimberly expresamente reconoció la existencia de ambos cárteles. A foja 19 del expediente, en la demanda de Kimberly, se afirma lo siguiente:

«Las pruebas analizadas no son suficientes para demostrar la existencia de un cártel transfronterizo. Por el contrario, estas demuestran la existencia de dos casos independientes, uno en Colombia y otro en Ecuador, dado que los precios eran fijados de forma aislada en ambos países, como bien se prueba con las declaraciones de las personas que rindieron las mismas...»

Por lo tanto, este extremo del análisis de la Secretaría General ha sido verificado procesalmente.

- 3.8.7. 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 Secretaría General se menciona, respecto del recurso reconsideración que había presentado la SIC, esto:

«<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:  
(...)»

Ver minutos 00:14:23 a 00:14:46 de la grabación de la audiencia pública del 9 de abril de 2024.



*“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 si (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)

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 cártel 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>90</sup>.

- 3.8.8. Sobre este punto, el Grupo Kimberly reconoce que existieron contactos entre los gerentes colombianos de ambos Grupos con los gerentes de las filiales ecuatorianas en el marco de la conducta investigada.

A foja 26 (reverso) del expediente, en la demanda de Kimberly, se afirma lo siguiente sobre la participación de Luis Fernando Palacio en la conducta anticompetitiva en Ecuador:

«En relación con el mercado ecuatoriano, se puede destacar la declaración de Luis Fernando Palacio [gerente de Kimberly Colombia] para el procedimiento de exención de la multa en Ecuador, el día 13 de julio de 2014, donde afirma que el 2011 fue el último año de contacto con Familia de Ecuador».

(Subrayado en el texto original)

A foja 63 del expediente, en la demanda de Kimberly, se afirma lo siguiente sobre la participación de María Carolina Arenas en la conducta anticompetitiva en Ecuador:

«La declaración del señor Palacio indica que el primer contacto que tuvo con la señora Arenas [gerente] de la Compañía Familia [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 entre abril de 1997 y septiembre de 1997— con el fin de acordar cualquier coordinación de precios en el mercado ecuatoriano, de tal forma que los efectos se dieran dentro de tal mercado».

(Énfasis en el texto original)

Así, este extremo del análisis de la Secretaría General queda también corroborado procesalmente.

Ver página 94 de la Resolución 2236.



- 3.8.9. 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:

“(…)”

*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.

- 3.8.10. Este punto no fue controvertido por el Grupo Kimberly. De hecho, el grupo demandante confirmó la existencia de conferencias entre los gerentes colombianos y ecuatorianos de ambos Grupos empresariales con el propósito de hablar sobre el mercado ecuatoriano.

A foja 64 del expediente, en la demanda de Kimberly, se afirma lo siguiente:

«Como ejemplo de esta relación, la SCPM buscó retratar la existencia de una teleconferencia como una “...llamada para efectos de colusión” dada desde Colombia. La teleconferencia se dio entre el señor Palacio —que está ubicado en Colombia—, el señor Hincapié —que estaba en Ecuador en nombre de Kimberly-Clark Ecuador—, la señora Arenas —quien estaba ubicada en Colombia— y el Sr. Manuel Muñoz —quien estaba ubicado en Ecuador en nombre de Familia Ecuador—...

...los asuntos discutidos en la teleconferencia únicamente se relacionaban al mercado ecuatoriano y no estaban de ninguna forma relacionados con el mercado colombiano».





En consecuencia, este punto del análisis de la Secretaría General tampoco presenta vicio alguno.

- 3.8.11. 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 Secretaría General analiza correos electrónicos que incorporó la SIC en sus Resoluciones 69518 del 24 de noviembre de 2014 y 47965 de 2014, y menciona que:

«<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.

- 3.8.12. Sobre este particular, el Grupo Kimberly, si bien menciona que no existen pruebas de reportes, sí reconoce la facultad de supervisión de los gerentes colombianos Fernando Palacio y Carolina Arenas sobre los equipos comerciales de cada país:

«Contrario a lo que sugiere la SGCA, el señor Palacio y la señora Arenas tenían posiciones, cada uno en su compañía, en las cuales supervisaban los equipos comerciales de cada país. Los empleados locales y en especial el Gerente de País — Country Manager — eran



responsables de todas las decisiones comerciales, incluyendo las de precios en sus respectivos países. Como se demostró en el curso de la investigación ante la SGCA, la posición del señor Palacio no comprendía funciones relacionadas con tomar decisiones comerciales en Colombia o en Ecuador en relación con los precios de los productos, ya que la naturaleza de su trabajo consistía en supervisar los equipos locales, tal y como se demuestra en la certificación de la descripción de su trabajo...»<sup>91</sup>

- 3.8.13. 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 Secretaría General señala que:

«<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 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 [Familia Ecuador] 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 Secretaría General 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 Secretaría General 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 Secretaría General 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) habrían sido accionistas (y habrían tenido el control) de las filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

3.8.14. La existencia de control accionario por parte de las matrices colombianas sobre las filiales ecuatorianas fue corroborada tanto por el Grupo Kimberly como por el Grupo Familia, confirmando el análisis de la Secretaría General en este punto<sup>92</sup>. A foja 77 (reverso) del expediente, en la demanda del Grupo Kimberly, se afirma lo siguiente:

A foja 77 (reverso) del expediente, en la demanda del Grupo Kimberly, se afirma lo siguiente:



«Por otra parte, no resulta de recibo el argumento que emplea la SGCA para afirmar la existencia de la conducta practicada en Colombia con efectos reales en Ecuador, cuando concluye que la empresa CKC [Kimberly Colombia] como matriz de la empresa filial KCE [Kimberly Ecuador], al realizar la primera, conductas cartelizadoras en Colombia y buscar reuniones con empresas competidoras, por se esos acuerdos incidieron en la cártelización (sic) cometida en Ecuador como parte de la ejecución de lo pactado en Colombia, por el solo hecho que KCE sea subordinada accionaria de CKC.

Este argumento es una completa falacia en tanto que, si bien existe una situación de control accionario entre ambas sociedades, ello no configura por sí mismo una conducta anticompetitiva practicada en Colombia con efectos reales en Ecuador...»

(Lo que está entre corchetes ha sido agregado)

Por su parte, a foja 4939 (reverso) del expediente, en los alegatos de conclusión del Grupo Familia, se establece lo siguiente:

«Pero en todo caso, aún si fuere cierta la tesis en torno a la supuesta realización de una práctica conscientemente paralela en Ecuador -que no lo es-, **la misma es totalmente contraria y excluyente a la existencia de una práctica transfronteriza**, pues lo que demostraría, entonces, es que no hubo órdenes provenientes desde Colombia para que las filiales en Ecuador se coludieran, sino que se trató en exclusiva de una modalidad colaborativa que se gestó y desarrolló exclusivamente desde el mercado del Ecuador y sobre las referencias de ese y para ese país, en lo cual las controlantes en Colombia no tenían ningún intervención».

(Negrita en el texto original)

- 3.8.15. 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 habrían estado





implementando en Ecuador; y, que las empresas matrices eran accionistas (y habían tenido el control) de las filiales.

- 3.8.16. En el presente caso, se aprecia, por el contenido de las resoluciones impugnadas y las distintas pruebas que obran en el expediente a que se ha hecho mención antes, que los acuerdos han involucrado a empresas del mismo grupo económico (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 controlan a las filiales ecuatorianas.
- 3.8.17. Para este Tribunal la Secretaría General no incurrió en indebida motivación, pues demostró en su Resolución 2006 la relación que existía entre Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador, lo cual, dada la altísima participación accionaria de la primera respecto de la segunda (más del 99,9 %) permitió a la Secretaría General considerarlas como personas vinculadas<sup>93</sup>. Es claro que existían indicios que sirvieron de base para dar inicio a la investigación pues: 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, la única explicación plausible es que existía un acuerdo transfronterizo.
- 3.8.18. 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.

\_\_\_\_\_  
Párrafo 443 de la Resolución 2006 de la Secretaría General.



- 3.8.19. 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 Secretaría General sobre la existencia de un cártel transfronterizo.
- 3.8.20. Por otro lado, es pertinente resaltar que la existencia de una conducta realizada en forma regional fue también detectada por otras autoridades de competencia conforme lo señala la Secretaría General 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 Secretaría General trae el testimonio de una de las personas que señaló que había un conocimiento sobre los niveles en los que se tomaban las decisiones y los niveles en que se ejecutaban y el conocimiento general que existía sobre esos acuerdos en toda la regional latinoamérica de Kimberly Colombia:

«[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)

3.8.21. Además de lo anterior, el Tribunal observa la existencia en el presente proceso de **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.

3.8.22. **En primer lugar**, en la página 162 de la Resolución 2006, la Secretaría General menciona lo siguiente:

«[720] Las pruebas y testimonios muestran cómo 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)

- 3.8.23. **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)

- 3.8.24. 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.
- 3.8.25. 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 del 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».
- 3.8.26. Dicho elemento probatorio, que es un documento público tras su apostilla, acredita los motivos por los cuales la Secretaría General sancionó al Grupo Familia y al Grupo Kimberly: el cartel se materializó en cuanto los gerentes de las casas matrices colombianas del Grupo Familia y 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».
- 3.8.27. **En tercer lugar**, la declaración de la empresa Papeles Nacionales S.A. en el procedimiento tramitado por la SIC en el proceso SIC 14-





151027, que fue incorporada al proceso, según lo dispuesto a foja 2649 del expediente.

- 3.8.28. 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 cártel 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>94</sup>

(Lo que está entre corchetes ha sido agregado)

3.8.29. 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.

3.8.30. 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.

3.8.31. 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

Ver fojas a 12445 a 12447 del expediente administrativo de la SIC, que constan en la carpeta 47 de dicho expediente.





a realizar un acuerdo de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.

- 3.8.32. 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, que coincide con lo expuesto por la Secretaría General en el párrafo 636 (p. 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 pequeñitos 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 archivito 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

1.

4



*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>95</sup>

#### Resolución 2006 de la Secretaría General.-

«<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 archivito 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.

- 3.8.33. **En quinto lugar**, la página 129 de la Resolución 2006 de la Secretaría General, 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):

Resolución 69518 de la SIC, pp. 133 a 135.



*“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.”*

[638] 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)

3.8.34. Asimismo, en el escrito de fecha 4 de mayo de 2018, en el cual la SIC emitió sus recomendaciones a la Secretaría General frente al Informe sobre los resultados de la investigación, 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>96</sup>.

(Lo que está entre corchetes se ha agregado, énfasis propio del texto)

- 3.8.35. 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.
- 3.8.36. La declaración del señor Muñoz confirma que 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.
- 3.8.37. Es importante mencionar que la hipótesis de la Secretaría General 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 Secretaría General bajo una consideración distinta, que fue que los gerentes colombianos ordenaron a los gerentes ecuatorianos coludirse para el mercado ecuatoriano, lo que, como se ha señalado en la sección 3.4. de la presente sentencia, sí configura una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 3.8.38. Todas las pruebas mencionadas en esta sección, las cuales no han sido desvirtuadas por las demandantes, ni sus coadyuvantes, 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.

<sup>96</sup> Ver foja 6534 del expediente administrativo.



3.8.39. Por tanto, las Resoluciones 2006 y 2236 no han vulnerado el derecho al debido proceso o falta de motivación y se evidencia que el análisis probatorio de la Secretaría General fue adecuado y no vulneró de ninguna manera lo establecido en los artículos 7, 10 y 34 de la Decisión 608.

### 3.9. Sobre la Resolución 2236 y la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información

3.9.1. Dada la aplicación de la excepción de la buena fe, queda claro que la Secretaría General, 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, estaba amparada en dicha excepción.

3.9.2. Al momento de resolver el recurso de reconsideración, la Secretaría General tomó en cuenta las pruebas que fueron aportadas en relación con los procedimientos internos que se adelantaron en el Ecuador ante distintas instancias judiciales, cada uno de ellos con propósitos y determinaciones diferentes<sup>97</sup>.

En este sentido, se constata que, si bien el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil declaró la nulidad de la resolución de desclasificación de información por parte de la SCE, esta determinación judicial no fue la única situación que la Secretaría General analizó al momento de formar su criterio en la decisión sobre el recurso de reconsideración plasmada en la Resolución 2236.

3.9.3. En el juicio 09802-2017-00767<sup>98</sup>, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil concluyó que:

«...la solicitud [de inicio de investigación] dirigida a la Secretaría General de la Comunidad Andina, es una actuación procesal en la esfera del derecho supranacional materia de un expediente de investigación en el ámbito de competencia de dicho organismo (...) por tanto tal solicitud no es susceptible de revocatoria»<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> La Secretaría General fue informada mediante Oficio SCPM-2021-138 del 30 de septiembre de 2021, obrante a fojas 2313 a 2315 del expediente, sobre la conclusión de los juicios 09802-2017-00196, 09802-2017-00197 y 09802-2017-00767 llevados a cabo en el Ecuador.

<sup>98</sup> Ver Sentencia del 27 de mayo de 2019 en el juicio 09802-2017-00767, obrante a fojas 834 a 852 del expediente.

<sup>99</sup> Ver foja 851 del expediente.





- 3.9.4. Dentro del mismo proceso, en recurso extraordinario de casación, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador hizo la siguiente precisión:

«De los hechos probados referidos en la sentencia impugnada se desprende que el acto administrativo impugnado en el recurso de reposición fue la decisión de presentar una denuncia ante los órganos de la Comunidad Andina de Naciones. Ni la solicitud o denuncia (...) ni la decisión de presentarla pueden reputarse como acto administrativo, por no originarse de ella efectos directos e inmediatos con respecto al accionante...»<sup>100</sup>.

Vale destacar que, con esta y demás consideraciones, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador rechazó el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de Kimberly Ecuador.

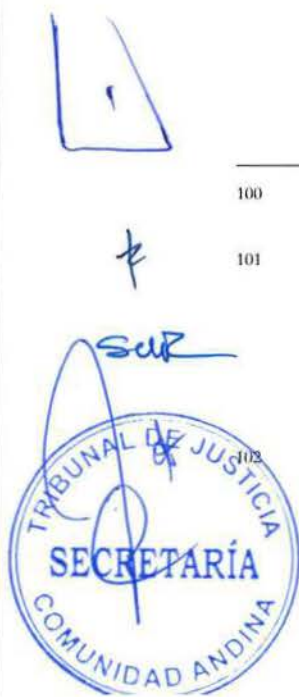
- 3.9.5. En el juicio 09802-2017-00197, por su parte, la autoridad judicial concluyó que la Resolución SCPM-IG-DES-001-2016 del 14 de octubre de 2016, mediante la cual ordenó la desclasificación de información, fue inválida por no cumplir con los requisitos mínimos de validez<sup>101</sup>.
- 3.9.6. Como puede observarse, la primera decisión considera que la denuncia de la SCE a la Secretaría General está dentro de la esfera del derecho comunitario andino y que no es susceptible de revocatoria en el marco del derecho nacional ecuatoriano, mientras que la otra señala que el acto de desclasificación no se motivó debidamente de acuerdo con lo prescrito por la legislación interna ecuatoriana. La Secretaría General tuvo conocimiento de ambos pronunciamientos.
- 3.9.7. Por otro lado, se debe destacar que el proceso 09802-2017-00196 fue archivado por las autoridades judiciales del Ecuador ante el desistimiento del Grupo Kimberly<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Ver Sentencia del 10 de septiembre de 2021 en el juicio 09802-2017-00767, foja 856 (reverso) del expediente.

<sup>101</sup> La Sentencia del 20 de septiembre de 2018 en el juicio 09802-2017-00197, obrante de fojas 817 a 823 del expediente, manifiesta en su parte pertinente que:

«...la resolución No. SCPM-IG-DES-001-2016, de 14 de octubre de 2016 (...) con la que se desclasifica información del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2014-009, contraviene disposiciones legales, no se encuentra debidamente motivada, no cumple el debido proceso ni garantizado el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica...»

Resolución 2236, párrafo 35 y foja 860 del expediente.



- 3.9.8. Además, la Secretaría General analizó, de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, que en el Ecuador se adelantaron investigaciones que no llevaron a formulación de cargos en relación con el pedido de reserva y confidencialidad<sup>103</sup> de la información suministrada voluntariamente por Kimberly Ecuador para ser amparada por el programa de exención de multa previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador.

Asimismo, consideró la expresión de la autoridad de competencia ecuatoriana de que las pruebas aportadas provenientes de la desclasificación de información son declaraciones que fueron revisadas en los procesos de investigación nacionales:

*«...los resultados de la investigación se ha determinado la existencia de una presunta infracción a la LORCPM; sin embargo, revisados los recaudos procesales que sirvieron para la motivación de los referidos informes se evidencia que únicamente obedecen a declaraciones.»<sup>104</sup>.*

En el escrito del 16 de noviembre de 2021 de la SCE, al hacer referencia a la Resolución 1903, mediante la cual se desestima la solicitud de suspensión temporal de la Resolución 1883, concluye que «los documentos entregados por la SCPM aportaron indicios para iniciar una investigación, pero estos no son los elementos probatorios propios de cuestiones sustantivas que llevaron a la sanción de las empresas»<sup>105</sup>.

- 3.9.9. La Secretaría consideró todas estas pruebas desde la perspectiva del procedimiento comunitario andino y concluyó que aquellas que fueron utilizadas para la apertura del proceso de investigación constituyeron pruebas iniciales indiciarias que se limitaron a la apertura del proceso, las cuales, como todo indicio, fueron objeto de verificación por distintos medios a lo largo del procedimiento<sup>106</sup>.

- 3.9.10. La Secretaría General coligió, además, que, a pesar de la declaración de nulidad de la desclasificación de información en instancias nacionales, las pruebas (indiciarias) utilizadas para el inicio de la investigación fueron manejadas en el marco del derecho comunitario

<sup>103</sup> Radicado SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2014, citado en la Resolución 2236, párrafo 109.

<sup>104</sup> Boleta de notificación SCPM-IIAPMAPR-2014-009, citada en la Resolución 2236, párrafo 111.

<sup>105</sup> Resolución 2236, párrafo 113.

<sup>106</sup> En el párrafo 115 de la Resolución 2236, la Secretaría General señaló que las pruebas recibidas el 20 de octubre de 2016, para la apertura del proceso de investigación, «constituyen pruebas iniciales indiciarias que se limitan a la apertura del proceso».





supranacional andino<sup>107</sup>, lo cual fue reconocido asimismo por las autoridades judiciales ecuatorianas en el proceso 09802-2017-00767.

- 3.9.11. Por otro lado, la Secretaría General realizó un análisis amplio sobre los programas de clemencia de los Países Miembros y concluyó que ellos deben servir para que los operadores económicos cumplan y ayuden a cumplir sus obligaciones en esta materia<sup>108</sup>. En dichos programas, el objetivo de colaboración con las autoridades competentes para poner fin a las prácticas contrarias guarda relación con la expectativa de que se les otorguen beneficios como la exoneración de la totalidad o de un porcentaje de la multa por los actos cometidos<sup>109</sup>. Con base en ese análisis, tomó en consideración de una parte, la intención de colaborar con las autoridades ecuatorianas (conducta que no fue la misma que mantuvo en el procedimiento andino) y, de otra, el uso que en su momento hizo de buena fe de las piezas recibidas en calidad de documentos desclasificados. Con esos elementos declaró parcialmente fundados los recursos de reconsideración de las empresas sancionadas y resolvió 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.»

- 3.9.12. Ese órgano de la integración andina, al momento de resolver el recurso de reconsideración (con la Resolución 2236), bien pudo haber mencionado explícitamente que, de una parte, el uso que se hizo de las

<sup>107</sup>

Resolución 2236, párrafo 114.

<sup>108</sup>

Resolución 2236, párrafo 121.

<sup>109</sup>

Resolución 2236, párrafos 126 a 130.



pruebas indiciarias y que concluyeron con la adopción de la Resolución 2006 estuvo amparado por la buena fe, excepción que ha sido ampliamente analizada en esta sentencia; y, de otra parte, que independientemente de lo anterior, con las pruebas distintas a las recibidas producto de la desclasificación de información se podía ratificar el pronunciamiento previo, esto es, la Resolución 2006, que había corroborado la existencia de la infracción, tal como ha quedado demostrado en el acápite anterior de esta sentencia.

- 3.9.13. Sin embargo, la Resolución 2236 sí despliega todo un análisis que muestra que la Resolución 2006 utilizó pruebas diferentes a las de la desclasificación de información para confirmar la existencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza:

«<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. De esta manera, como lo demuestra el análisis realizado en la presente Resolución, no se ha violentado la confidencialidad propia de un programa de clemencia, pese a que ella no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico andino»<sup>110</sup>.

- 3.9.14. De lo anterior se deduce que la Secretaría General se sustentó en elementos probatorios distintos a las pruebas provenientes de la desclasificación de información del programa de clemencia (aquellas listadas en el párrafo 3.6.4. del presente proveído, salvo la declaración apostillada de Luis Fernando Palacio que proviene de una fuente independiente como ha quedado explicado en esta sentencia).

- 3.9.15. En conclusión, si bien la Secretaría General no señaló 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, que como señaló el órgano comunitario, sirvieron como elementos indiciarios para el inicio de la investigación, la Resolución 2236 sí consideró esta situación e, inclusive, redujo el valor de la multa al Grupo Kimberly, con base en los elementos probatorios a su disposición más allá de la declaratoria de nulidad de la desclasificación de información por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

Resolución 2236, párrafo 450.





- 3.9.16. En este sentido, conviene declarar que la Secretaría General motivó suficientemente su análisis sobre el impacto del uso de las pruebas que habían sido aportadas como desclasificadas y que, con posterioridad a la terminación de la investigación, una autoridad judicial del País Miembro la declaró inválida por falta de motivación.
- 3.9.17. En consecuencia, para este Tribunal la Resolución 2236 no adolece de vicio alguno con relación a los principios aplicables al procedimiento previstos en el artículo 5 de la Decisión 425 o los requisitos propios del recurso de reconsideración previstos en los artículos 37 y 39 de la misma norma.
- 3.10. Sobre la nulidad alegada en cuanto a que la Secretaría General no se habría pronunciado sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por algunas autoridades que forman parte del Comité
- 3.10.1. El artículo 22 de la Decisión 608<sup>111</sup> señala que la Secretaría General, 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 Secretaría General se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.
- 3.10.2. En el Oficio SCPM-DS-071-2018, recibido por la Secretaría General 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 (Estado Plurinacional de Bolivia, en adelante **Bolivia**) y de la SCE (Ecuador) con relación al Informe sobre los resultados de la investigación de la Secretaría General. 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.

<sup>111</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.»



- 3.10.3. 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 sobre los resultados de la investigación, mientras que la SIC (Colombia) y el Indecopi (Perú) no lo acogen.
- 3.10.4. La Decisión 608 no contiene una regla para la adopción de las opiniones del Comité (si debe ser por consenso o por votación mayoritaria) y en muchas oportunidades en la Comunidad Andina, ante la ausencia de reglas específicas sobre la forma de adoptar determinaciones en los comités técnicos, se opta por el consenso. En el caso del Comité ni hubo consenso, ni hubo mayoría. Para el Tribunal, en aquellos casos en los que haya empate entre aprobar y desaprobar el Informe sobre los resultados de la investigación de la Secretaría General, simplemente no existe informe (opinión) del Comité.
- 3.10.5. En el presente caso, al haber operado un empate, en rigor no existió informe (opinión) del Comité, por lo cual la Secretaría General 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, ni tampoco sobre las opiniones separadas que algunas de las autoridades que integran el Comité hayan presentado. El artículo 21 de la Decisión 608 expresamente dispone que una vez vencido el plazo de treinta (30) días hábiles de la fecha de la convocatoria realizada por la Secretaría General al Comité, de no haberse presentado dicho informe, se entenderá que el Comité consiente en el contenido del Informe sobre los resultados de la investigación de la Secretaría General.
- 3.10.6. Por tanto, las resoluciones impugnadas no incurren en vicio de invalidez en lo que se refiere a este extremo. Se evidencia que la Secretaría General no infringió lo dispuesto en los artículos 10 y 22 de la Decisión 608.

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

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





3.11.2. 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 Secretaría General el inicio de una investigación (artículo 10);
- b) a solicitud de la Secretaría General, que es la directora del proceso de investigación (autoridad instructora), colaboran en la elaboración del Plan de Investigación<sup>112</sup> (artículo 15);
- c) están obligadas a realizar las investigaciones que les encomiende la Secretaría General (artículos 16 y 17); e,
- d) integran el Comité (artículos 38 al 41).

3.11.3. Si en el procedimiento de investigación, la SCE actuó como denunciante, apoyó en la investigación a la Secretaría General y formó parte del Comité, fue en estricta observancia de lo establecido en la Decisión 608.

3.11.4. Lo que en el fondo parece que cuestionan las empresas sancionadas es el diseño procedimental previsto en la Decisión 608, respecto de lo cual, nada hay que reprochar a las Resoluciones de la Secretaría General impugnadas en el presente proceso.

3.11.5. La imparcialidad que interesa en el procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608 es la de la Secretaría General. La Secretaría General cumplió con el procedimiento establecido y en cada oportunidad procesal convocó a las autoridades competentes de los Países Miembros a que se refieren las normas que establecen los mecanismos de colaboración de dichas autoridades a la Secretaría General sin discriminación alguna. Posteriormente, remitió a las autoridades competentes de los Países Miembros que integran el Comité, el informe en el que consignó los resultados de su investigación y las recomendaciones sobre las medidas a adoptar.

3.11.6. Ante la imposibilidad de contar con un pronunciamiento del Comité, operó la presunción legal según la cual dicho grupo de expertos consintió en el contenido del informe presentado por la Secretaría General, conforme lo dispone el artículo 21 de la Decisión 608. Esta

<sup>112</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).



norma permite que ante la falta de consenso el procedimiento pueda continuar sin dilaciones.

- 3.11.7. La inexistencia de un informe 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. El Comité es un cuerpo colegiado en el que cada integrante participa en igualdad de condiciones y goza de autonomía e independencia.
- 3.11.8. Es importante tener en cuenta que la opinión del Comité, de existir, no es vinculante, pues la Secretaría General puede apartarse de las conclusiones y recomendaciones del informe del Comité expresando los motivos de discrepancia al momento de emitir la Resolución motivada sobre el mérito del expediente, conforme al artículo 22 de la Decisión 608.
- 3.11.9. Los principios de eficiencia e igualdad de trato a las partes a que se refiere la Decisión 425, también consisten en adelantar el procedimiento como ha sido previsto por el legislador andino, de tal manera que las autoridades de los Países Miembros están llamadas a intervenir activamente sin discriminación, pero en los momentos precisos señalados por la norma andina. Así, los trámites y formalidades del procedimiento se cumplieron conforme a la Decisión 608.
- 3.11.10. Por tanto, las Resoluciones 2006 y 2236 no incurren en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo. No se evidencia que la Secretaría General haya infringido lo establecido en los artículos 3 y 40 de la Decisión 608, ni tampoco los artículos 5, 8 y 10 de la Decisión 425.

**3.12. Sobre el hecho de que la Secretaría General habría concentrado las competencias de autoridad instructora (imputación de cargos e instrucción) y decisora (sanción) en el procedimiento de investigación**

- 3.12.1. De conformidad con el diseño procedimental previsto en la Decisión 608, la Secretaría General 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 sobre los resultados de la investigación. Como decisora, evalúa el mérito del expediente, dicta

1





medidas cautelares en cualquier fase de la investigación e impone medidas correctivas o sancionatorias.

- 3.12.2. La Secretaría General actuó en el procedimiento de investigación en función de lo establecido normativamente en la Decisión 608. 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.
- 3.12.3. Adicionalmente, el Tribunal observa que el diseño procedimental previsto en la Decisión 608 encomienda al órgano ejecutivo y técnico de la integración andina, que es la Secretaría General, el rol de adelantar la investigación respectiva y pronunciarse sobre el mérito de esta. Se trata de una función que adelanta la Secretaría no solamente en este procedimiento específico, sino en otros ámbitos de la integración andina<sup>113</sup>. Lo cierto es que dicho diseño brinda suficientes garantías de defensa para las empresas investigadas. Estas pueden presentar descargos 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).
  - c) El Informe sobre los resultados de la investigación (segundo párrafo del artículo 20 de la Decisión 608).

Adicionalmente, en el marco del procedimiento se pueden interponer recursos de reconsideración siguiendo las reglas establecidas en la Decisión 425.

- 3.12.4. Por las consideraciones expuestas, las resoluciones impugnadas no adolecen de vicio de invalidez respecto de este extremo. No se evidencia que las resoluciones impugnadas sean contrarias a los artículos 3, 5 y 8 de la Decisión 425, ni tampoco a los artículos 14, 20, 22 y 34 de la Decisión 608.

113

Así, por ejemplo, la Secretaría General es competente, de conformidad con el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, para determinar si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye un "gravamen" o "restricción" contrario al Programa de Liberación de la Comunidad Andina.



**3.13. Sobre la naturaleza jurídica del Informe sobre los resultados de la investigación, el supuesto prejuzgamiento contenido en este y la inadmisión de los recursos de reconsideración presentados contra dicho informe**

- 3.13.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Decisión 608<sup>114</sup>, una vez concluida la investigación, la Secretaría General tiene un plazo de diez días hábiles para elaborar el **informe sobre los resultados de la investigación**. 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>115</sup> y a las partes interesadas. Estas partes tienen un plazo de quince días hábiles para presentar sus alegatos escritos, y luego la Secretaría General remite dichos alegatos al Comité.
- 3.13.2. Las empresas demandantes sostienen que el Informe sobre los resultados de la investigación 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 tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 y que deben ser sancionadas.
- 3.13.3. 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.

<sup>114</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>115</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 produzcan los efectos de las conductas denunciadas o tengan su residencia los solicitantes.





- 3.13.4. Por tanto, para el Tribunal, no hay nada extraño en que el Informe sobre los resultados de la investigación haya recomendado declarar que las empresas sancionadas incurrieron en una conducta anticompetitiva transfronteriza, así como en sugerir una multa determinada para cada grupo. El Comité tenía la facultad de presentar una opinión sobre los resultados de la investigación plasmados en el informe de la Secretaría General. Sin embargo, la ausencia de acuerdo y por ende de opinión del Comité, hizo que la Secretaría General tuviera que pronunciarse únicamente en mérito de los resultados de su investigación.
- 3.13.5. 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 sobre los resultados de la investigación, dependiendo de sus conclusiones y recomendaciones. Dicho informe no es vinculante, no tiene efectos jurídicos, pues la Secretaría General, a la luz de tales alegatos, podría resolver algo distinto a las conclusiones y recomendaciones del referido informe. En efecto, dicho informe podría sugerir un determinado sentido, pero si los alegatos de los agentes investigados son persuasivos, la Secretaría General podría resolver (pronunciamiento que sí tiene efectos jurídicos) en un sentido distinto.
- 3.13.6. De hecho, en el presente caso, mientras que el Informe sobre los resultados de la investigación 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.
- 3.13.7. 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 sobre los resultados de la investigación y estos fueron considerados y rebatidos por la Secretaría General 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 sobre los resultados de la investigación.



3.13.8. Como lo señaló la Secretaría General en su contestación a la demanda<sup>116</sup>, de conformidad con los artículos 37 y 39 de la Decisión 425, los interesados pueden solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier **resolución**, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido de ésta por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder.

3.13.9. El Informe sobre los resultados de la investigación fue elaborado por la Secretaría General como una etapa del procedimiento de conformidad con un mandato normativo, es decir, en ejercicio de una función legalmente asignada para un momento procesal definido que no pone fin al procedimiento y no debía ser adoptado mediante resolución; se trata de un instrumento técnico que en estricto sentido no constituye un documento jurídicamente vinculante para los miembros del Comité (el cual pudo haber presentado una opinión sobre el citado informe, para los interesados en el procedimiento — que aun así pueden presentar alegatos—), ni para el Secretario General de la Comunidad Andina. Por lo tanto, no era susceptible de recurso de reconsideración alguno. Además, carece de sentido imputarle un presunto prejuzgamiento cuando la norma andina autoriza, de manera expresa, que a través de dicho informe la Secretaría General concluya los resultados de su investigación.

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

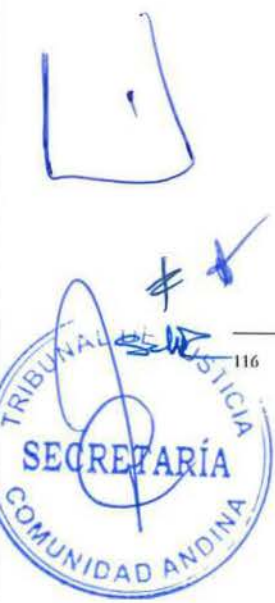
### 3.14. Sobre el principio *non bis in idem*

3.14.1. Las empresas investigadas alegan que la Secretaría General 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 resuelta previamente por la SIC; y,
- c) La Secretaría General había declarado inadmisibile la solicitud del señor Mauricio Velandia para iniciar una investigación contra

116

Ver foja 1737 (reverso) del expediente.





dichas empresas por presuntas prácticas anticompetitivas contempladas en los literales a), b) y d) del artículo 7 de la Decisión 608.

- 3.14.2. En la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, el Tribunal 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>117</sup>

- 3.14.3. 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 Secretaría General 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 Secretaría General; y esta procesó y sancionó a Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, empresas ajenas a las que investigó y sancionó la SIC.
- 3.14.4. 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.
- 3.14.5. 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.
- 3.14.6. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal 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 el Perú (una práctica distinta a la sancionada por la Secretaría General), 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

Interpretación Prejudicial 484-IP-2018, pp. 12 y 13.





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 Tribunal confirme la validez de las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General 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.

- 3.14.7. Tampoco hay violación del principio *non bis in idem* por el hecho de que la Secretaría General, mediante Resolución 1855 del 1 de junio de 2016<sup>118</sup>, haya declarado inadmisibile la denuncia formulada por el señor Mauricio Velandia contra «Kimberly Clark con domicilio en Estados Unidos, el Grupo Familia-Sancela, con domicilio en Colombia y el Grupo CMPC con domicilio en Chile»<sup>119</sup>. En ese caso, la Secretaría General concluyó que la solicitud presentada no cumplía los requisitos para su admisión, por lo tanto, correspondía desestimarla y declarar su archivo. 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.
- 3.14.8. Adicionalmente, no debe perderse de vista que, para iniciar la investigación, lo único que requiere la Secretaría General 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.
- 3.14.9. No existe, pues, identidad, entre los procedimientos seguidos ante la SIC y la SCE, y aquella tramitada ante la Secretaría General, motivo por el cual las resoluciones impugnadas no incurren en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo.
- 3.15. **Sobre la tramitación de compromisos en paralelo con la investigación y sobre los plazos previstos**
- 3.15.1. Las empresas coadyuvantes sostienen que fueron forzadas a participar en el proceso de ofrecimiento de compromisos y ejercer su defensa en la investigación, paralelamente.

<sup>118</sup>

Publicada en la GOAC 2743 del mismo día. Disponible en:  
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2743.pdf>  
 Ibidem, p. 9.



- 3.15.2. 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)

- 3.15.3. El Tribunal 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 Secretaría General.
- 3.15.4. 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.
- 3.15.5. 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.
- 3.15.6. Al Tribunal le extraña el argumento de las empresas coadyuvantes, pues, no solo en el caso del procedimiento de investigación a cargo de la Secretaría General, 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 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<sup>120</sup>.

- 3.15.7. Por las consideraciones expuestas, las resoluciones impugnadas no incurrir en vicio de invalidez alguno en lo que se refiere a este extremo. No se evidencia que la Secretaría General haya infringido los artículos 27, 28 y 29 de la Decisión 608.
- 3.15.8. 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.
- 3.15.9. 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.
- 3.15.10. 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.
- 3.15.11. 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.
- 3.15.12. La discrecionalidad descansa en que la autoridad de competencia tiene que analizar la pertinencia de la prueba ofrecida por el delator en

<sup>120</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 89 a 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en Ecuador; y los artículos 25 y 26 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en Perú.



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.

3.15.13. 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.

3.15.14. 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.

### 3.16. Sobre si habría operado la prescripción para la investigación de la conducta anticompetitiva sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236

3.16.1. Como se ha señalado en la sección 3.3. de la presente sentencia, una cosa es probar el acuerdo y otra distinta probar la duración (ejecución) del acuerdo.

3.16.2. 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 3.8. de la presente Sentencia.

3.16.3. El artículo 43 de la Decisión 608<sup>121</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

121

#### 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.»





años se empiezan a contar a partir del día siguiente a aquel en que cesó la conducta.

- 3.16.4. 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.
- 3.16.5. En la Sentencia del 9 de marzo de 2017<sup>122</sup>, recaída en el Proceso 05-AN-2015, el Tribunal 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).
- 3.16.6. La SCE denunció a las empresas investigadas ante la Secretaría General el 20 de octubre de 2016.
- 3.16.7. 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.
- 3.16.8. Si bien la Secretaría General refiere en la Resolución 2006 que los efectos de algunos acuerdos se materializaron hasta el año 2016<sup>123</sup>, lo cierto es que en la conclusión decimosexta de la Resolución 2006 (p. 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).

<sup>122</sup> Publicada en la GOAC 3012 del 2 de mayo de 2017. Disponible en:

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

<sup>123</sup> La Secretaría General manifestó a lo largo de la Resolución 2006 (v.g., en los párrafos 971, 975 y conclusión decimoquinta) que encontró evidencias de que la conducta anticompetitiva sancionada continuó al menos hasta diciembre de 2013, motivo por el cual no operó su prescripción. Sin embargo, su análisis económico (párrafos 770, 798 y 915) concluyó que los efectos económicos reales de las conductas anticompetitivas sancionadas habrían perdurado, para parte de los productos analizados —papel higiénico y toallas de papel en el canal institucional y papel higiénico y pañuelos desechables en el canal consumo—, hasta diciembre de 2016. Vale destacar que la Secretaría General sancionó a los Grupos Kimberly y Familia considerando la gravedad de la conducta en función de su duración hasta diciembre de 2013 (ver párrafos 993 a 999 de la Resolución 2006). El análisis sobre los paralelismos de precios encontrados por la Secretaría General se lo realiza *ut infra*.



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

3.16.9. En su escrito de demanda, el Grupo Kimberly señaló lo siguiente:

«...se debe analizar y entender que el último momento que se conoce que fueron ejecutados actos anticompetitivos por parte de las investigadas respecto del mercado ecuatoriano fue en el 29 de marzo del año 2011, de la manera como lo expresa la SIC y las pruebas testimoniales relevantes ya citadas. Así pues, para el año 2016 ya habían transcurrido más de tres años, de manera que operó el fenómeno de la prescripción que trata el Artículo 43 de la Decisión 608 y no es cierto que las mismas que hubiesen continuado hasta el año 2013.

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»<sup>124</sup>.

(Subrayado en el texto original)

3.16.10. Por su parte, en su escrito de alegatos finales, el Grupo Familia mencionó lo siguiente:

«Tal y como fuera expuesto en la Audiencia Pública, la actuación adelantada por la SGCAN se encuentra viciada de nulidad absoluta e insanable, al haberse contravenido en ella lo dispuesto en el artículo 43 de la Decisión 608...

En efecto, la actuación que culminó con la expedición de los actos demandados fue promovida, adelantada, sustanciada y decidida estando PRESCRITA la supuesta práctica anticompetitiva investigada. Nada de lo aducido por la Demandada en la contestación a la demanda o en la Audiencia Pública logró desvirtuar lo anterior.

(...)

Ver foja 27 del expediente.





...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. Es sorprendente que la SGCAN haya persistido en la idea de extender la conducta presuntamente anticompetitiva en el mercado del Ecuador, incluso, cuando en el mismo Informe de Resultados de la Investigación se estableció expresamente que la última reunión entre Productos Familia Ecuador y KC Ecuador — en la que se habrían acordado precios para ciertas referencias de productos de papel suave del segmento institucional — data de abril de 2011, cuando se llevó a cabo una reunión en el Hotel Hilton Colón de la ciudad de Quito»<sup>125</sup>.

- 3.16.11. 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 Secretaría General.
- 3.16.12. El Tribunal advierte que las siguientes pruebas, analizadas en conjunto por la Secretaría General, acreditan que la ejecución de la conducta anticompetitiva se extendió más allá del 20 de octubre de 2013.
- 3.16.13. En el marco de la investigación, por parte de la Secretaría General se allegaron testimonios obrantes en las pruebas aportadas por la SIC. 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

Ver foja 4936 del expediente.

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)

3.16.14. 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 cumplían 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 cártel 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 **ANDRES 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)

3.16.15. El párrafo 967 de la Resolución 2006 en el cual se analizan declaraciones sobre la duración de la conducta, hace referencia, entre otros, a la declaración del señor Manuel Muñoz [gerente de Familia Ecuador] quien señaló que se realizaron entre 5 y 6 reuniones entre Familia y Kimberly Clark en el periodo 2005-2013.

3.16.16. Además, en el párrafo 94 de la Resolución 2236, la Secretaría General señaló que:

«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)

3.16.17. El señor Manuel Muñoz [gerente de Familia Ecuador], 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>126</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.

3.16.18. 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

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

1



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.

- 3.16.19. 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>127</sup>.

(Énfasis agregado)

Esta comunicación fue aportada por el Grupo Kimberly como evidencia en el presente proceso judicial. Ver foja 609 del expediente.





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>[128]</sup> **from all contact with competitors.**
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>129</sup>.

(Énfasis y texto entre corchetes agregado)

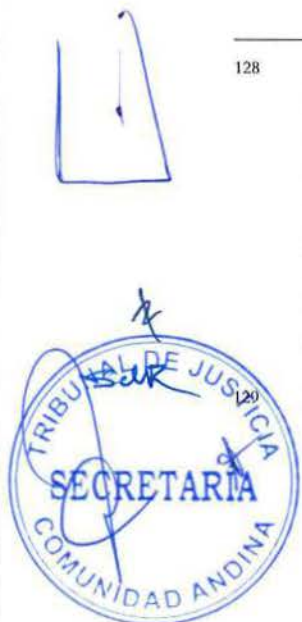
128

Si bien durante todo el procedimiento judicial existió discusión entre las empresas demandantes y sus coadyuvantes con la Secretaría General 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”. Disponible en:

<https://dictionary.cambridge.org/thesaurus/refrain>

(Consultado el 27 de octubre de 2023).

Esta comunicación fue aportada por el Grupo Kimberly como evidencia en el presente proceso judicial. Ver foja 610 (reverso) del expediente.



3.16.20. Le asiste razón a la Secretaría General al afirmar que el correo citado no puede ser entendido fuera del contexto del inicio de las investigaciones de la SIC (en noviembre de 2013). En efecto, 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», y además se dan instrucciones precisas del único conducto regular para comunicaciones que sería en adelante justamente la Directora Legal para la Región Andina (y no exclusivamente el director para Colombia); todo ello en un contexto en el cual ya se inició un procedimiento administrativo sancionador en un País Miembro por prácticas anticompetitivas. El Tribunal observa que la intención de esta comunicación, fechada el 23 de diciembre de 2013, es disponer el cese de la conducta a nivel andino, más aún si se considera el lenguaje de su versión en inglés.

3.16.21. El correo electrónico en cuestión instruye 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] 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, 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 aún más la conclusión de la Secretaría General 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).

3.16.22. La orden impartida el 23 de diciembre de 2013 por parte 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.





- 3.16.23. Además, los estudios económicos que la Secretaría General incorpora en la Resolución 2006, reflejan la existencia de paralelismos de precios en el mercado del papel higiénico y las toallas de papel en el canal institucional, así como en los precios del papel higiénico y los pañuelos desechables en el canal consumo, de las empresas investigadas para el mercado ecuatoriano, que duraron con posterioridad a octubre de 2013<sup>130</sup>. 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.
- 3.16.24. Si bien las empresas sancionadas cuestionaron la metodología empleada por la Secretaría General en su análisis económico, es importante resaltar que, en cuestiones metodológicas de alta especialización, la Secretaría General 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 Secretaría General en este extremo cuando sus decisiones resulten manifiestamente arbitrarias o irracionales.
- 3.16.25. En línea con lo anterior, se tiene que la Secretaría General justificó razonablemente el motivo por el cual no incluyó en su análisis económico un ajuste inflacionario de precios<sup>131</sup>, y por qué utilizó precios promedios ponderados<sup>132</sup> y cómo valoró los *plus factors* incorporados a su expediente administrativo<sup>133</sup>. Puesto que se ha verificado que el análisis económico realizado por la Secretaría General es razonable.
- 3.16.26. Con los análisis económicos y las pruebas testimoniales y documentales, corresponde rechazar las objeciones de las empresas investigadas sobre este particular y por tanto corresponde que este

<sup>130</sup> Los gráficos que evidencian la evolución y paralelismo de precios de estos productos se encuentran en las pp. 167, 168, 171, 172, 174, 181, 182, 185, 204, 205, 208 a 212 y 219 a 223 de la Resolución 2006.

<sup>131</sup> Ver párrafos 943 a 945 de la Resolución 2006.

<sup>132</sup> Ver párrafos 245 a 254 y 263 a 270 de la Resolución 2236.

<sup>133</sup> Ver párrafos 610, 715, 942 y 973 de la Resolución 2006; así como 223, 225, 227 y 228 de la Resolución 2236.



Tribunal declare que la infracción administrativa sancionada en las Resoluciones 2006 y 2236 no se encontraba prescrita.

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

#### 3.17.1. La imposición de multas debe tener un efecto disuasivo y cumple otras funciones, como lo explica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE):

«Los principales objetivos de la imposición de multas suelen ser la disuasión, el castigo o la devolución. Algunas jurisdicciones pueden poner más énfasis en un objetivo que en otro, o excluir un objetivo por completo de sus objetivos. Considerando cada uno de estos a su vez:

- La disuasión elimina el incentivo para participar en conductas ilegales y anticompetitivas;
- El castigo es una sanción impuesta a empresas o individuos por violar la ley de competencia; y
- La restitución requiere que las empresas o el individuo que violó la ley renuncien a cualquier beneficio financiero de su actividad ilegal. Los objetivos del castigo y del degüello están estrechamente relacionados con el objetivo de disuasión. Al demostrar que la autoridad de competencia castigará a empresas o individuos por infracciones comprobadas de la ley de competencia, se disuade el incentivo para participar en esa conducta. Al quitarles cualquier beneficio proveniente de su conducta ilegal, también se elimina el incentivo para participar en esa conducta y, por lo tanto, se disuade la conducta»<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Traducción propia del original en inglés:

«The main objectives of imposing fines are often deterrence, punishment, or disgorgement. Some jurisdictions may place more emphasis on one objective than another or exclude one objective entirely from their objectives. Considering each of these in turn:

- Deterrence eliminates the incentive to engage in illegal and anticompetitive conduct;
- Punishment is a penalty on undertakings or individual for breaching the competition law; and
- Disgorgement requires the undertakings or individual that violated the law to give up any financial benefit from its illegal activity.

The objectives of punishment and disgorgement are closely related to the objective of deterrence. By showing that the competition authority will punish undertaking or individuals for proven breaches of the competition law, the incentive for engaging in that conduct is deterred. By taking away any profits coming from their illegal conduct, the incentive for engaging in that conduct is also eliminated and thus the conduct is deterred».

OCDE, Documento DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1: *Latin American Competition Forum. Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements*, Dirección para asuntos financieros y empresariales, 2008, p. 14.





- 3.17.2. A lo largo del proceso se discutió si el cálculo de la multa de las empresas sancionadas por parte de la Secretaría General fue adecuado.
- 3.17.3. 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.
- 3.17.4. La norma andina no menciona la renta o utilidad, sino el ingreso total bruto. En consecuencia, hizo bien la Secretaría General, 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.
- 3.17.5. En su resolución, la Secretaría tomó en consideración que este tipo de conductas son consideradas las violaciones más flagrantes de la libre competencia; que este acuerdo de precios recayó sobre un producto de consumo masivo y de la canasta familiar de más de 14 millones de habitantes en el Ecuador, en donde las empresas que se coludieron alcanzaron una participación en el mercado de entre el 76 % y el 98 %, según el tipo de papel convirtiéndose prácticamente en los únicos proveedores<sup>135</sup>. Al tratarse de productos de primera necesidad, la demanda de estos no varía y el consumidor se ve obligado a comprar sin tener al alcance otras posibilidades para sustituir ese producto.
- 3.17.6. Sin perjuicio de declarar que, sobre este extremo, no hay invalidez alguna en las Resoluciones 2006 y 2236, el Tribunal considera pertinente hacer referencia al motivo por el cual el artículo 34 de la Decisión 608 se refiere a ingresos totales brutos y no a utilidades o renta.
- 3.17.7. En la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020<sup>136</sup>, el Tribunal 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.

<sup>135</sup>

Ver párrafo 984 de la Resolución 2006.

<sup>136</sup>

Publicada en la GOAC 4126 del 14 de diciembre de 2020.



- 3.17.8. 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 Secretaría General<sup>137</sup>. Con base en los análisis realizados sobre el comportamiento de los precios de los productos, respecto del precio que tendrían si no hubiera operado el cártel concluyó que el daño al mercado del Ecuador entre enero de 2006 y diciembre de 2013 fue de entre 36.1 millones de dólares y 74.1 millones de dólares<sup>138</sup>.
- 3.17.9. La Secretaría General 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 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.
- 3.17.10. Por eso el artículo 34 de la Decisión se refiere a «ingresos totales brutos», y no de renta o utilidad.
- 3.17.11. Adicionalmente al beneficio obtenido, la Secretaría General utilizó otros factores de graduación de las sanciones, como son la conducta procesal de las partes y el daño causado a la libre competencia en la subregión, que son elementos contemplados en el artículo 34 de la Decisión 608.
- 3.17.12. 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.
- 3.17.13. En conclusión, corresponde que este Tribunal declare que no hay vicio de invalidez alguno en el cálculo de las multas determinadas por la Secretaría General. No se evidencia que la Secretaría General haya infringido el artículo 34 de la Decisión 608.

<sup>137</sup> Ver fundamento 986 de la Resolución 2006 (p. 256).

<sup>138</sup> Ver párrafo 1001 de la Resolución 2006.





### 3.18. Sobre los alegados riesgos para los programas de delación que se presentarían por la investigación de la Secretaría General

- 3.18.1. El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú — Mincetur afirma que la utilización de pruebas provenientes de la desclasificación de información minaría la confianza en los programas de clemencia.
- 3.18.2. 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 OCDE, por lo cual las agencias nacionales e internacionales de competencia no deberían generar desincentivos a los potenciales solicitantes de clemencia<sup>139</sup>.
- 3.18.3. Durante la audiencia pública del 9 de abril de 2024, el Perú expresó que hay varias razones por las que los miembros de un cártel pueden abstenerse de solicitar ser acogidos en un programa de clemencia:

«El Programa de Clemencia para la Red Internacional de Competencia señala que los miembros del cártel pueden abstenerse de solicitar la clemencia cuando no se les asegura la confidencialidad de la información y las pruebas que aportan. En particular en determinados casos, por ejemplo, ante las reclamaciones de daños y perjuicios en el marco de juicios privados; ante el inicio de investigaciones en otras jurisdicciones donde el miembro del cártel no solicitó la clemencia, exponiendo al solicitante a un mayor riesgo de responsabilidad, o como en este caso, en el marco de una jurisdicción supranacional en la cual no se encuentra regulado el programa de clemencia; y también, ante las represalias de otros miembros del cártel»<sup>140</sup>.

(Énfasis agregado)

La mayoría de estos supuestos no han sido discutidos 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.

<sup>139</sup> Ver minuto 01:08:40 de la grabación de la audiencia pública del 9 de abril de 2024.  
<sup>140</sup> *Ibidem.*, minuto 01:07:55.



- 3.18.4. En efecto, la OCDE explica que el descenso generalizado a nivel mundial 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>141</sup>.
- 3.18.5. Son múltiples las razones que los estudios de la OCDE señalan como origen de un decrecimiento en la participación de los programas de perdón o de delación. En el caso concreto, el Perú señala que la investigación de la Secretaría General podría llevar al riesgo de que en la subregión andina se presente una disminución de la participación en los programas que han implementado los Países Miembros. Sin perjuicio de que no corresponde a este Tribunal adentrarse en cuáles serán las reacciones inciertas de agentes económicos, lo que sí queda claro es que no es posible imputar a la Secretaría General la responsabilidad de desacreditar los programas de clemencia, sino que son las autoridades competentes de los Países Miembros quienes deben velar por el uso de esos instrumentos de carácter nacional.
- 3.18.6. La Secretaría General 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 negativamente a los programas de clemencia de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia.
- 3.18.7. Finalmente, para este Tribunal, no puede ser causal de invalidez de las resoluciones impugnadas, tener un augurio negativo o pesimista de los programas de clemencia. No es causal de nulidad de un acto comunitario tener la sospecha de que en el futuro los agentes económicos van a actuar en un sentido u otro. Por lo tanto, carece de sentido pronunciarse sobre este extremo en la presente causa.

  
<sup>141</sup>

OCDE, Documento DAF/COMP/LACF(2022)17: Nota del Secretario de la OCDE. 14 de septiembre de 2022, p. 6.





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

3.19.1. 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 Secretaría General. Al ordenar la constitución de una caución en su Resolución 2017, la Secretaría General se extralimitó en sus funciones al arrogarse potestades gubernamentales no previstas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. La Secretaría General 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.

3.19.2. El artículo 34 de la Decisión 608 dispone:

«**Artículo 34.-** Si el resultado de la investigación constatará una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.  
(...)»

3.19.3. Por su parte, 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.»

3.19.4. Las normas antes citadas muestran que, en el ámbito de las medidas cautelares o definitivas, pueden intervenir dos actores: la autoridad que impone u ordena la multa y la autoridad que ejecuta esa orden (“el País Miembro ejecutor”). De conformidad con lo dispuesto en el artículo



34 de la Decisión 608, es la Secretaría General la autoridad comunitaria encargada de determinar si hay lugar a medidas correctivas, la forma de graduarlas, imponerlas y, en el caso específico de las multas, debe establecer el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. Constituye por tanto una facultad encomendada por una norma andina a la Secretaría General.

- 3.19.5. Por su parte, el artículo 35 contiene las previsiones relativas a la forma en que los Países Miembros deben colaborar con la Secretaría General 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 Secretaría General, esta podría solicitar al gobierno respectivo que continúe con el procedimiento de cobranza coactivo correspondiente.
- 3.19.6. Se trata pues, de un mecanismo de colaboración entre autoridades de los Países Miembros y la Secretaría General que se ha contemplado en distintas normas y en distintos ámbitos, como las disposiciones del Acuerdo de Cartagena para que las entidades públicas y privadas de los Países Miembros brinden apoyo a la Secretaría General en el suministro de información cuando aquella lo requiera<sup>142</sup>, o cuando en el marco de los procedimientos que adelanta la Secretaría General se precisa del concurso de autoridades nacionales para la práctica y obtención de pruebas, inspecciones u otras diligencias que contribuyan al cumplimiento de las funciones de ese órgano de la integración andina<sup>143</sup>. Pues bien, el artículo 35 constituye una forma específica de colaboración de las varias previstas en la Decisión 608<sup>144</sup>, mediante la cual las órdenes impartidas en materia de medidas correctivas pueden ser ejecutadas o cumplidas por las autoridades de los Países Miembros.
- 3.19.7. En caso de que los administrados hayan ofrecido garantías personales o reales, la Secretaría General puede exigir el cumplimiento de tales garantías, y si los administrados se oponen a dicho cumplimiento, la Secretaría General puede solicitar el apoyo de los gobiernos de los Países Miembros con el objeto de que estos, a través de las autoridades competentes utilicen sus potestades de imperio y de carácter coercitivo para lograr el mencionado cumplimiento.

<sup>142</sup> Acuerdo de Cartagena, artículo 39.

<sup>143</sup> Decisión 625, artículo 27. Acuerdo de Cartagena, artículo 39.

<sup>144</sup> La Decisión 608 contiene varias disposiciones de colaboración entre la Secretaría General y las autoridades nacionales competentes, por ejemplo, lo dispuesto en su artículo 15.





- 3.19.8. Las empresas del Grupo Kimberly han señalado que la Secretaría no estaría en condiciones de recibir los recursos provenientes del pago de las multas ya que no dispone de un procedimiento de cobro coactivo propio ni de un proceso de devolución<sup>145</sup>. Además, señalaron que la Secretaría General no genera ingresos de carácter periódico, por lo que existiría un serio riesgo de que restituya el valor de las multas en caso de que se acepten las pretensiones de las empresas demandantes<sup>146</sup>.
- 3.19.9. Como autoridad de competencia supranacional y por virtud de las disposiciones contenidas en la Decisión 608, la Secretaría General tiene el deber de velar por la defensa de la competencia en el mercado subregional andino. En tal sentido, cuenta con las capacidades técnicas y legales para determinar el monto de la multa cobrada y destinarlo a asuntos de interés de la integración andina, como el desarrollo de actividades conducentes a promover la competencia en el mercado subregional andino, lo que puede implicar adelantar 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.

La Secretaría General podrá emplear estos y otros criterios orientativos para encausar 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. Lo anterior, sin perjuicio de las reglas y normas relativas al manejo presupuestal de recursos adicionales que le permiten que la Secretaría General ampliar su programa de trabajo.

- 3.19.10. En la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 2006, la Secretaría General explicó que los recursos presupuestales e ingresos de esa entidad se ejecutan en concurso con los Países Miembros y en particular destaca el rol de la Comisión de la Comunidad Andina. En efecto, a ese órgano de la integración andina el Acuerdo de Cartagena le ha encomendado, entre otras funciones, la de propiciar la coordinación de programas y acciones entre los órganos e instituciones del SAI y, evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General así como fijar la contribución de cada uno de los

Ver foja 97 del expediente.  
*Ibidem.*



Países Miembros.<sup>147</sup> La evaluación de la ejecución presupuestal también figura en el artículo 11 del propio Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina adoptado mediante Decisión 471 y la existencia de mecanismos andinos de control de ingresos y manejo presupuestal propios, ha quedado reflejado en distintas normas andinas.<sup>148</sup>

3.19.11. Por lo expuesto, corresponde declarar que la Secretaría General no ha incurrido en desviación de poder con respecto al cobro de la multa e imposición de garantías en las resoluciones impugnadas y que el artículo 6 de la Resolución 2236 de 2021 mediante el cual se fijaron las condiciones y forma de gasto de los recursos se ajusta a lo dispuesto en los artículos 34 y 35 de la Decisión 608.

### 3.20. Sobre las demás vulneraciones alegadas por los Grupos Kimberly y Familia

3.20.1. Los Grupos Kimberly y Familia han alegado que no tuvieron acceso a información que había sido declarada confidencial por la Secretaría General. Sobre el particular, esta ha mencionado que dicha información era confidencial al tratarse de secretos comerciales de operadores económicos. Sin embargo, indica la Secretaría General 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.

3.20.2. El Grupo Familia ha argumentado que la Secretaría General emitió el Informe sobre los resultados de la investigación fuera del plazo previsto en la Decisión 608. El Tribunal considera que la emisión del Informe sobre los resultados de la investigación fuera del plazo previsto en el artículo 20 de la Decisión 608 no es causal de invalidez de las resoluciones impugnadas.

<sup>147</sup> Acuerdo de Cartagena, literales g) y j) del artículo 22.

<sup>148</sup> Sobre este particular, algunas Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, como la Decisión 899 de 2022, publicada en la GOAC 5001 del 14 de junio de 2022, señalan que la Secretaría General podrá ampliar su programa de trabajo y consecuentemente su presupuesto de gastos, de acuerdo con los demás recursos que pudieran estar dispuestos, sin que se alteren las contribuciones de los Países Miembros, previa aprobación de la Comisión de la Comunidad Andina. Asimismo, señala que los informes sobre la ejecución presupuestal deberán incluir no solo los ingresos obtenidos de las contribuciones sino los ingresos propios de la Secretaría General.





3.20.3. Los Grupos Kimberly y Familia han sostenido que la Secretaría General no remitió los alegatos finales de las partes al Comité, lo cual impidió que este colegiado contraste dichos alegatos con el Informe sobre los resultados de la investigación. Al respecto, la Secretaría General ha demostrado que puso a disposición de los integrantes del Comité los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas investigadas en contra del Informe sobre los resultados de la investigación.

3.20.4. En conclusión, el Tribunal no advierte elementos relevantes que permitan sostener la invalidez de las Resoluciones 2006 y 2236. No se evidencia que la Secretaría General haya infringido de ninguna manera lo establecido en los artículos 3, 5, 8 y 12 de la Decisión 425, así como en el artículo 3 de la Decisión 608.

### 3.21. Sobre la negativa del Grupo Kimberly a pagar la multa impuesta

3.21.1. Por Resolución 2006, la Secretaría General impuso sanción de multa a los Grupos Kimberly y Familia, la cual sería cancelada a la autoridad de competencia de Ecuador<sup>149</sup>. Las empresas interpusieron recurso de reconsideración contra esta decisión y solicitaron su suspensión provisional. Por esa razón, mediante Resolución 2017, la Secretaría General suspendió provisionalmente los efectos de la Resolución 2006, pero ordenó a las demandantes constituir una caución por el valor total de la multa<sup>150</sup>.

3.21.2. Mediante Resolución 2236, la Secretaría General resolvió el recurso de reconsideración de las empresas, modificó la multa de Kimberly y ordenó a las empresas pagar el importe de la sanción a la cuenta que determine para el recaudo y administración correspondiente<sup>151</sup>. Esto, por obvias razones, extinguió los efectos de la Resolución 2017.

3.21.3. En su demanda, el Grupo Kimberly solicitó que se suspendan provisionalmente los efectos de las Resoluciones 2006 y 2236<sup>152</sup>, solicitud que fue rechazada mediante Auto del 8 de febrero de 2022. En dicha providencia, el Tribunal ordenó que la Secretaría General

<sup>149</sup> Ver p. 264 de la Resolución 2006.

<sup>150</sup> Ver p. 14 de la Resolución 2017.

<sup>151</sup> Ver p. 120 de la Resolución 2236.

<sup>152</sup> Ver foja 10 del expediente.



deposite el dinero de la multa en una cuenta destinada a ese propósito y no disponga de él hasta que finalice el proceso<sup>153</sup>.

- 3.21.4. Mediante Auto del 26 de julio de 2022, el Tribunal declaró que las Resoluciones 2006 y 2236 mantienen su plena vigencia y exhortó al Grupo Kimberly a que honre la garantía bancaria que ofreció a la Secretaría General cuando se emitió la Resolución 2017<sup>154</sup>.
- 3.21.5. Más adelante, mediante Auto del 25 de abril de 2023, el Tribunal tuvo por aclaradas todas las inquietudes planteadas por las empresas del Grupo Kimberly sobre la cuenta de destino en la que debían depositar el importe de su multa y les ordenó explícitamente realizar el pago correspondiente<sup>155</sup>.
- 3.21.6. Sin embargo, y pese a las instrucciones del Tribunal, el Grupo Kimberly ha persistido en el incumplimiento del pago de la multa hasta la fecha, llegando incluso a reconocer en la audiencia pública del 9 de abril de 2024 que su desacato ha sido deliberado<sup>156</sup> y por ello, sobrepasando la esfera del procedimiento comunitario, se dirigieron a un juez nacional para obtener una medida cautelar.
- 3.21.7. El Grupo Kimberly insiste en que ha ofrecido garantías al Tribunal en reiteradas ocasiones para no tener que pagar la multa correspondiente a la Secretaría General<sup>157</sup>. Pero, como se ha demostrado en líneas anteriores, esto no correspondía procesalmente al ya existir un pronunciamiento en firme denegando las medidas cautelares solicitadas por las empresas demandantes. Por lo tanto, no es de recibo este argumento. El Tribunal es enfático al declarar que el Grupo Kimberly ha desatendido flagrantemente sus órdenes en lo que se

<sup>153</sup> Ver foja 1083 del expediente.

<sup>154</sup> Ver foja 3639 del expediente.

<sup>155</sup> Ver foja 4210 del expediente:

«**PRIMERO:** Tener por aclaradas las inquietudes planteadas por Colombia Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly – Clark Ecuador S.A. en su escrito del 9 de agosto de 2022, y ordenar a las empresas a realizar el depósito correspondiente en la cuenta señalada por la Secretaría General de la Comunidad Andina, en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto del 26 de julio de 2022.

(...)

<sup>156</sup> En el minuto 3:19:30 de la audiencia pública del 9 de abril de 2024, el abogado del Grupo Kimberly afirmó lo siguiente:

«Cuando a uno lo compelen a pagar una sanción o una multa, uno tiene una obligación de pago y uno está en la posibilidad de pagar o no pagar (...) y nosotros hemos decidido, en principio, no pagar. ¿Por qué? Porque consideramos que la investigación y la sanción son ilegales...»

Ver presentación contenida en las fojas 4997 al 4999 del expediente.





refiere a este extremo y debe dirigir un llamado de atención a la defensa técnica del Grupo Kimberly por haber incurrido en una conducta procesal desleal manifiesta al desacatar las órdenes del Tribunal.

Las consideraciones que anteceden permiten a este Tribunal concluir que las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General no adolecen de la nulidad alegada por vulneración de los artículos 3, 5, 8, 10, 12, 13, 37, 39 de la Decisión 425 ni de los artículos 3, 5, 7, 10, 13, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 34, 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 Kimberly, coadyuvada por las empresas del Grupo Familia y el Perú.

### 3.22. Sobre la condena en costas

3.22.1. En la presente causa, tanto el Grupo Kimberly como la Secretaría General solicitaron la condena en costas de su contraparte.

3.22.2. Al respecto, el artículo 90 del Estatuto del Tribunal 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.  
(...))»

3.22.3. Por otro lado, el artículo 2 del Reglamento Interno del Tribunal sobre Costas<sup>158</sup> 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)



158

Aprobado por el Acuerdo 1 de 1998 del 20 de mayo de 1998, publicado en la GOAC 354 del 13 de julio de 1998.

- 3.22.4. Conforme a lo establecido en los precitados artículos, la sentencia deberá incluir el pronunciamiento del Tribunal 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.
- 3.22.5. En este caso, pese a que se está declarando infundada la demanda del Grupo Kimberly, el Tribunal estima que las demandantes tuvieron motivos razonables para litigar. Por lo tanto, no procede la condena en costas solicitada por la Secretaría General.

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:** Declarar infundada en todos sus extremos la demanda en acción de nulidad planteada por las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly - Clark 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. En consecuencia, las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly - Clark Ecuador S.A. deberán pagar a la Secretaría General de la Comunidad Andina, la multa establecida en la Resolución 2236 del 19 de noviembre de 2021 por un total de 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 por las demandantes.

 **SEGUNDO:** Dirigir un llamado de atención a la defensa técnica del Grupo Kimberly por haber incurrido en el incumplimiento de las órdenes del Tribunal.

**TERCERO:** No condenar en costas.

 **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>159</sup> y la secretaria general.

  
Sandra Catalina Charris Rebellón  
Magistrada presidenta *ad hoc*

  
Karla Margot Rodríguez Noblejas  
Secretaria general

<sup>159</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.

\*\*\*\*\*

