



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

RESOLUCIÓN N° 2236	Resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 2006.....	1
---------------------------	---	---

RESOLUCIÓN N° 2236

Resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 2006.

LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena; las Decisiones 425 y 608, y las Resoluciones 1883, 2006, 2017 y 2023 de la Secretaría General;

CONSIDERANDO:

- [1] Que el 20 de octubre de 2016 se recibió una comunicación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la República del Ecuador (en adelante SCPM), mediante la cual solicitó el inicio de una investigación respecto de las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., las cuales habrían incurrido en violación del régimen de competencia andino;
- [2] Que con dicha solicitud se adjuntaron como pruebas: i) Copia certificada de la declaración del señor Rafael Hincapié Camader de fecha 09 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; ii) copia del Acta de Reunión de fecha 17 de noviembre de 2014; iii) Copia del Acta de Reunión de fecha 28 de enero de 2015; iv) Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha 13 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; v) Copia del Acta de Reunión de fecha 19 de febrero de 2015; y, vi) CD con el audio de la teleconferencia entre los funcionarios de la SCPM y el señor Luis Fernando Palacio del 19 de febrero de 2015;
- [3] Que los adjuntos referidos en el párrafo anterior fueron certificados por la SCPM como desclasificados mediante Oficio N° SCPM-SG-071-2016 de fecha 10 de noviembre de 2016;
- [4] Que mediante la Resolución N° 1883 de 11 de noviembre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 2871 de 14 de noviembre de 2016, se resolvió disponer el inicio de la investigación solicitada por la SCPM;
- [5] Que mediante la Resolución 2006 de 28 de mayo de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) N° 3292 de la misma fecha, la Secretaría General declaró fundada la denuncia presentada por la SCPM en contra de las empresas del Grupo



Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del Grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608;

- [6] Que mediante la referida Resolución se sancionó a las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A con la suma de US\$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América), a ser pagada de manera solidaria; y a las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de US\$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América), a ser pagada de manera solidaria;
- [7] Que mediante comunicaciones de fecha 11 de julio de 2018, la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en representación de la República del Perú (en adelante MINCETUR), la Superintendencia de Industria y Comercio en representación de la República de Colombia (en adelante SIC), presentaron solicitud de recurso de reconsideración contra la Resolución 2006. Dichas solicitudes fueron admitidas a trámite por la Secretaría General mediante comunicaciones SG/E/DG1/1396/2018, SG/E/DG1/1397/2018, SG/E/DG1/1395/2018 y SG/E/DG1/1394/2018 de fecha 25 de julio de 2018, respectivamente;
- [8] Que la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y el MINCETUR, solicitaron la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 hasta que se resuelvan los recursos referidos en el numeral anterior;
- [9] Que la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A., y el MINCETUR solicitaron además la suspensión del procedimiento hasta que se emita un pronunciamiento en los procesos judiciales instaurados por Kimberly Clark del Ecuador S.A ante el poder judicial ecuatoriano vinculados a la validez del acto de desclasificación de la SCPM y la denuncia ante la SGCAN;
- [10] Que mediante comunicación SG/E/DG1/1398/2018 de fecha 25 de julio de 2018 se dio traslado de los recursos interpuestos contra la Resolución 2006 a la SCPM y se concedió un plazo máximo de 3 días hábiles para pronunciarse sobre los pedidos de suspensión y de 10 días hábiles para pronunciarse sobre el fondo de los recursos;
- [11] Que la SCPM no presentó comentarios acerca de los pedidos de suspensión;
- [12] Que el 6 de agosto de 2018, la Secretaría General emitió la Resolución 2017 por la cual resolvió suspender los efectos de la Resolución 2006, en tanto se emitiese la determinación definitiva que resolviese los procesos judiciales en la República del Ecuador.
- [13] Que, en dicha Resolución, se dispuso que las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Productos Familia Sancela Ecuador S.A constituyesen a favor de la Secretaría General de la Comunidad Andina, una caución que cumpla con las características de ser solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión, de realización automática al solo requerimiento, equivalente al valor de las multas establecidas en la Resolución 2006. Y en caso de no constituirse la caución, se levantaría suspensión de la Resolución 2006.
- [14] Que, asimismo, se resolvió suspender el trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006, hasta que se



resolviese de manera definitiva en el Poder Judicial Ecuatoriano, las siguientes demandas contenciosas administrativas:

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

[15] Que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark Ecuador S.A., deben informar trimestralmente por escrito a la Secretaría General de la Comunidad Andina el estado de los procedimientos judiciales indicados en el artículo 3 de la Resolución 2017. Y se solicitó, al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil y a las demás instancias judiciales que llegaran a conocer de los procesos indicados en el artículo 3, que informen a esta Secretaría General las principales actuaciones que se susciten a su causa;

[16] Que el 28 de octubre de 2020, la sociedad PRODUCTOS FAMILIA SANCELA DEL ECUADOR S.A., formuló recurso de reconsideración respecto de la Resolución No. 2017, a fin de que la misma sea modificada y se elimine la obligación de rendir caución para suspender los efectos de la Resolución 2006 y la tramitación del Recurso de Reconsideración, prevista el artículo 2 de la Resolución 2017, pues considera que no se observa que la SGCAN pueda sufrir perjuicio alguno con la suspensión de los efectos de la Resolución 2006, mientras a Productos Familia Sancela del Ecuador se le genera un inmenso gravamen, aún más complejo con la crisis actual derivada del COVID-19;

[17] Que, asimismo, solicita que en el caso de que la SGCAN justifique la necesidad de constituir una caución, su valor para el Grupo Familia sea determinado en función exclusiva de la estimación de los intereses que se derivarían de posponer o diferir en el tiempo la ejecución y el pago de la sanción establecida en la Resolución 2006, conforme a los principios de contracautela, proporcionalidad y apariencia de buen derecho;

[18] Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la Resolución 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General”, el plazo para interponer recurso



de reconsideración contra alguna Resolución de la Secretaría General, es de 45 días después de la emisión de la Resolución, habiendo en este caso un plazo mayor de 2 años desde la expedición;

- [19] Que no encontró la Secretaría General, que el solicitante presentara nuevos argumentos a lo ya analizados en las Resoluciones 2017 y 2023; por lo que no es posible analizar nuevamente dichos argumentos;
- [20] Que no se han cumplido todos los requisitos establecidos en la Decisión 425 y en consecuencia el 24 de noviembre de 2020 se declaró la inadmisión del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N°2017 de la SGCAN por Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.;
- [21] Que el 4 de noviembre de 2020, la empresa Colombiana Kimberly COLPAPEL S.A. se dirigió a la Secretaría General de la Comunidad Andina a fin de solicitar decida el recurso Interpuesto por las empresas investigadas y las autoridades de competencia de Colombia y Perú en contra de la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018 por medio de la cual se impuso una sanción a las empresas investigadas; dicha solicitud fue comunicada a todas las partes mediante comunicación SG/E/D1/1736/2020 del 15 de diciembre de 2020, ninguna de las cuales se pronunció al respecto.
- [22] Que, con fecha 01 de octubre del 2021 se recibió por parte de la Superintendencia de Control de Mercado del Poder de Mercado de Ecuador el oficio numerado SCPM-2021-138, el cual hace referencia a los Procesos Judiciales interpuestos por el operador económico Kimbely -Clark Ecuador S.A contra Superintendencia de Control de Poder de Mercado de Ecuador y se da a conocer el estado de los procesos judiciales interpuestos 09802-2017- 00196, 09802-2017-00197; y, 09802-2017-00767.
- [23] Que, el 5 de octubre de 2021, mediante escrito presentado por la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A. la SGCAN es informada del archivo del último expediente pendiente ante el Poder Judicial ecuatoriano al que hace referencia la Resolución 2017 de la SGCAN, por el cual se suspendió el procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 de la SGCAN hasta la culminación definitiva de las demandas contenciosas administrativas en Ecuador.
- [24] Que, el 25 de octubre de 2021, mediante comunicaciones N° SG/E/DS/1637/2021, SG/E/DS/1638/2021, SG/E/DS/1639/2021, SG/E/DS/1640/2021 y SG/E/DS/1642/2021, la SGCAN pone en conocimiento del MINCETUR, de Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Kimberly Clark Ecuador S.A., la SIC y de la SCPM la reanudación del procedimiento para resolver los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 de la SGCAN. En la misma fecha, se hace lo propio con los órganos de enlace de los Países Miembros mediante comunicación N° SG/E/DS/1641/2021.
- [25] Que con fecha 16 de noviembre del 2021 la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador remite el oficio SCPM-IGT-2021-044, mediante el cual señala "(...) una vez que la SGCAN ha comprobado, dentro del marco de sus competencias la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 por parte de las empresas: Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Kimberly Clark del Ecuador S.A., - Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con un acervo probatorio que no se ve afectado por la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, el 19 de septiembre de 2018 a las 11h42, dentro del Juicio No. 09802-2017-00197, ejecutoriada el 19 de enero de 2021; los recursos de reconsideración de las partes Colombiana Kimberly Colpapel S.A.,



y el MINCETUR no tienen asidero, por lo cual se solicita se los niegue y se ratifique la Resolución N° 2006 de 28 de mayo de 2018”.

1. NATURALEZA Y ALCANCE DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

- [26] El jurista García de Enterría explica que el recurso de reconsideración procede contra “los actos que ponen fin a la vía administrativa y se interpone ante y se resuelve por el propio órgano que dictó aquellos, al que, en definitiva, se pide que reconsidere su primera decisión”¹.
- [27] Por su parte, Miguel Rojas indica que “[s]e trata de un recurso horizontal por cuanto corresponde resolverlo a la misma autoridad, y ordinario porque puede fundarse en cualquier motivo jurídico de discrepancia con la decisión”². El mismo autor señala que “[p]or medio del recurso de reposición o reconsideración el afectado con la decisión provoca un nuevo estudio de la cuestión decidida, por la misma autoridad que la emitió, con el fin de que sea revocada o modificada en beneficio de sus intereses”³.
- [28] En la misma línea, Agustín Gordillo señala que “[p]ara algunos autores ‘reconsiderar’ es no sólo ‘reexaminar’, sino ‘reexaminar atentamente’”⁴. Asimismo, señala que el “[r]ecurso de reconsideración es el que se presenta ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio. [...]”⁵.
- [29] Ahora bien, conforme a lo señalado por Lares Martínez, de manera motivada “la autoridad puede, si desestima las razones del recurrente, confirmar la medida impugnada”⁶.
- [30] En el ámbito comunitario, el artículo 37 de la Decisión 425, establece que los interesados podrán solicitar a la SGCAN, la reconsideración de cualquier Resolución que emita este Órgano Comunitario, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido⁷.
- [31] Asimismo, el artículo 39 dispone que, al solicitar la reconsideración de actos de la SGCAN, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. En adición, indica que cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas⁸.

1 García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. pp. 1483 – 1484.

2 Rojas Miguel (2017). Lecciones de Derecho Procesal, Tomo 1, Teoría del Proceso. p. 301.

3 Ibídem.

4 Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. p. 442.

5 Ibídem.

6 Lares, Martínez, Manual de Derecho Administrativo, pág. 627. En el mismo sentido véase Morón, Urbina. Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo. p. 661.

7 Decisión 425

“Artículo 37.- Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes.”

8 Decisión 425

“Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.”



- [32] Por su parte, el artículo 40 de la Decisión 425, señala que corresponde al interesado recurrente probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido, salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la Secretaría General, o por lo previsto en Decisiones sobre temas especiales. A la vez el artículo 42 de la misma norma establece que el Secretario General deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de sus competencias o que surjan con motivo del recurso, aunque no hubieran sido alegados por los interesados.
- [33] De acuerdo al artículo 44 de la Decisión 425, la Secretaría General tiene un plazo de 30 días desde la recepción del recurso de reconsideración para resolverlo. Se podrá extender el plazo por 15 días adicionales, si es necesario para resolver el asunto. El artículo 28 de la mencionada Decisión establece que los plazos establecidos en las normas sobre procedimientos administrativos se entienden como máximos y sólo en casos de excepcional complejidad, el Secretario General podrá otorgar prórroga de los plazos (artículo 29). También podría extenderse o no considerarse el plazo para presentar recurso por omisión, en caso aparecieran pruebas o elementos nuevos que pudieran considerarse necesarios para revisar o modificar algún pronunciamiento de la Secretaría General.
- [34] Tal como se señaló en la Resolución 2017 de 6 de agosto de 2020, la Secretaría General no podía pronunciarse sobre el Recurso de Reconsideración sin antes analizar todos los elementos que forman parte del expediente y consideró necesario, esperar el pronunciamiento de los Tribunales nacionales ecuatorianos, sobre los procedimientos vinculados con el presente caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Resolución 2017.
- [35] Al respecto, tal como se indicó en la parte considerativa, con fecha 20 de septiembre de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil emitió la sentencia del proceso N° 09802-2017-00197; el mismo que subió en casación interpuesto por la SCPM ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, quien la declara inadmisibile con fecha 17 de mayo de 2019. Posteriormente, mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo rechazó la demanda de KCE en el marco del proceso N° 09802-2017-00767. Por este motivo, KCE interpuso recurso de casación que fue rechazado por el Consejo Nacional de Justicia el 10 de septiembre de 2021. Finalmente, mediante escrito del 5 de octubre de 2021 presentado por la empresa CKC, se tomó conocimiento de que, en la citada fecha, el Poder Judicial del Ecuador procedió con el archivo del expediente N° 09802-2017-00196, ante el desistimiento del proceso por CKC.

2. SOBRE EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO Y DETERMINACIÓN DEL PLAZO PARA DECIDIR EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN 2006 DE LA SECRETARÍA GENERAL

- [36] Al respecto, en sus escritos de reconsideración, la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y el MINCETUR solicitaron la suspensión del procedimiento hasta que se emita un pronunciamiento en los procesos judiciales instaurados por Kimberly Clark del Ecuador S.A ante el poder judicial ecuatoriano vinculados a la validez del acto de desclasificación de la SCPM y la denuncia ante la SGCAN.
- [37] Estas solicitudes dieron paso a que la Secretaría General resolviese, mediante Resolución 2017 de fecha 6 de agosto de 2018, en su artículo 1, suspender los efectos de la Resolución 2006 de la SGCAN en tanto se emitiese la resolución definitiva que resuelva los recursos de reconsideración presentados. Asimismo, resolver, en su artículo 3, la suspensión del trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración



presentados contra la Resolución 2006, hasta que se resolviese de manera definitiva en el Poder Judicial Ecuatoriano, las siguientes demandas contenciosas administrativas: del Proceso 09802-2017-00197; Proceso 09802-2017-00767; y Proceso 09802-2017-001969.

- [38] Que, el artículo 41 de la Decisión 425 dispone dos causales para solicitar la suspensión temporal de una Resolución de la Secretaría General:
- (i) que la ejecución de lo resuelto por el órgano comunitario pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva y
 - (ii) que el recurso de reconsideración se fundamente en la nulidad de pleno derecho de la resolución.
- [39] Al respecto, tal como se indica en el párrafo [28] de la Resolución 2017 la sanción impuesta a Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 a ser pagada de manera solidaria; y a Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria, podría causar un perjuicio de difícil reparación en caso de declararse fundada la reconsideración de la Resolución 2006 y de determinarse dejar sin efectos la sanción impuesta, dinero que además podría ser de difícil recuperación. Por lo que en el párrafo [30] de la referida Resolución 2017 la Secretaría General determinó que se ha configurado la causal de daño de difícil reparación como causal de suspensión de la Resolución 2006.
- [40] Que la situación antes descrita, de la mano con lo señalado en el artículo 3 de la Resolución 2017, suspendió el trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 hasta que los citados procesos se resolviesen de manera definitiva en el Poder Judicial Ecuatoriano, tal y como efectivamente ya ha ocurrido.
- [41] Sobre el particular, con fecha 20 de septiembre de 2018, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil emitió la sentencia del proceso N° 09802-2017-00197; el mismo que subió en casación interpuesto por la SCPM ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, quien la declara inadmisibile con fecha 17 de mayo de 2019; por lo que el proceso se encuentra concluido.
- [42] Posteriormente, mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo rechazó la demanda de KCE en el marco del proceso N° 09802-2017-00767. Por este motivo, KCE interpuso recurso de casación que fue rechazado por el Consejo Nacional de Justicia el 10 de septiembre de 2021; por lo que el proceso se encuentra concluido.
- [43] Asimismo, mediante escrito del 5 de octubre de 2021 presentado por la empresa CKC, se tomó conocimiento de que, en la citada fecha, el Poder Judicial del Ecuador procedió con el archivo del expediente N° 09802-2017-00196, ante el desistimiento del proceso por CKC; por lo que el proceso se encuentra concluido.
- [44] En este marco, habiendo concluido los tres procesos a los que hace referencia el artículo 3 de la Resolución 2017 de la SGCAN, requisito *sine qua non* dispuesto por la SGCAN para proceder a resolver los recursos de reconsideración presentados contra su Resolución 2006, corresponde continuar con el trámite estipulado en el ordenamiento jurídico andino, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 37 y siguientes de la Decisión 425.



- [45] Sobre el particular, es preciso traer a colación lo señalado por la CKC en su escrito del 5 de octubre de 2021, sobre reanudación del término para proferir decisión del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [46] En efecto, dicha empresa señala que el término para decidir los recursos de reconsideración interpuestos por Kimberly Clark, Familia, la SIC y MINCETUR inician “(...) el 11 de julio de 2018, oportunidad en la cual se solicitó, adicionalmente, la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 de 2018 hasta tanto se resolvieran los recursos de reconsideración presentados (...)” (subrayado de CKC); los mismos que fueron suspendidos el 6 de agosto de 2018 mediante Resolución N° 2017 de la SGCAN¹⁰.
- [47] Añade CKC que “La petición de suspensión de los efectos del referido acto administrativo fue acogida por la SGCAN el día 6 de agosto de 2018, por medio de su Resolución 2017, que en efecto suspendió el procedimiento hasta tanto se decidiesen de manera definitiva los procesos de carácter judicial tramitados en Ecuador con incidencia directa sobre la presente investigación”. Indica que “Conforme a la Decisión 500 de la CAN los términos judiciales del procedimiento andino se deben contar en días calendario, por lo que la SGCAN debe tener en cuenta que entre el 12 de julio y el 06 de agosto de 2018 transcurrieron 26 días del término para decidir”.
- [48] Por lo anterior, CKC concluye que a la recepción de su escrito del 5 de octubre de 2021, “(...) la SGCAN, automáticamente y sin que exista necesidad de pronunciamiento expreso: (i) se debe reanudar el proceso y, por tanto, los términos para resolver el recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución 2006 de 2018 y, (ii) se debe considerar que mis representadas quedan relevadas de mantener vigente la caución ordenadas por la Resolución 2017 de 2018, cuya cobertura estaba atada a la suspensión del proceso”. En ese sentido, en el entendido de CKC “La SGCAN cuenta con cuatro (4) días calendario para resolver los recursos de reconsideración interpuestos y de manera extraordinaria contaría con un término adicional de quince (15) días calendario para resolver los recursos de reconsideración (...)”¹¹
- [49] Sobre el particular, ha dicho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el apartado 4.1.6 en el Auto del Proceso 04-AN-2018 del 25 de octubre de 2018 sobre la acción de nulidad interpuesta por Kimberly - Clark Ecuador S.A. contra la Resolución 2006 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina:
- “Conforme a lo señalado en el párrafo 63 de la Resolución 2017 de la SGCA del 6 de agosto de 2018, el resultado de los tres procesos judiciales antes mencionados, seguidos ante tribunales contenciosos administrativos ecuatorianos y vinculados a la desclasificación de información brindada en el marco del programa de clemencia, podrían influir en la resolución de los cuatro recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006”.
(Énfasis añadido)*
- [50] Que, en ese marco, en los puntos 4.2.2, 4.2.3 y 4.3.2 del referido Auto el Tribunal Andino ha resaltado además que:

“La Resolución 2017 ha suspendido los efectos jurídicos de la Resolución 2006 que es objeto de la demanda de nulidad presentada por Kimberly Ecuador, y dicha suspensión operará en tanto no se resuelvan los cuatro

¹⁰ Punto 5.3 del escrito de CKC de fecha 5 de octubre de 2021.

¹¹ Ibid. Loc. Cit.



recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006, y el trámite de estos recursos de reconsideración a su vez ha sido suspendido hasta que el Poder Judicial ecuatoriano resuelva, de manera definitiva, tres procesos contenciosos administrativos.

Lo anterior evidencia no solo que el acto comunitario objeto de la presente demanda carece en el momento actual de efectos jurídicos, sino también que la referida suspensión se encuentra vinculada a circunstancias ajenas al presente proceso judicial.

(...)

En el presente caso, si bien al presentarse la demanda, la Resolución 2006 tenía efectos jurídicos vinculantes, a raíz de la vigencia de la Resolución 2017 dichos efectos se han suspendido, por lo que, en el estadio procesal actual, que es de evaluación de la admisión a trámite de la demanda, se tiene que el acto administrativo objeto de la acción de nulidad no tiene efectos jurídicos, razón suficiente para declarar improcedente la demanda”.

- [51] De lo señalado en el artículo 3 de la Resolución 2017 de la Secretaría General y del Auto del Proceso 04-AN-2018 del 25 de octubre del 2018, la atención de los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución 2006 de la Secretaría General se encontraban sujetos a la conclusión de los tres procesos contenciosos administrativos interpuestos ante el Poder Judicial Ecuatoriano, en ese sentido, mal podría decirse que los plazos corrían desde el 12 de julio del 2018, cuando la Resolución 2017 data del 6 de agosto de 2018 y deja de manera expresa el mencionado condicionamiento.
- [52] En ese sentido, el cálculo del plazo que de manera antojadiza realiza el CKC en su comunicación del 5 de octubre de 2018, no se condice con lo dispuesto con la Resolución 2017 ni con los artículos 37 y siguientes de la Decisión 425.
- [53] Por tal motivo, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la referida Decisión en concordancia con el artículo 3 de la Resolución 2017, el plazo de 30 días calendario para resolver el recurso de reconsideración se cuenta a partir del día siguiente de la recepción de la comunicación de la conclusión del último proceso pendiente, en este caso, el Proceso 09802-2017-00196 que fue llevado al archivo definitivo el 5 de octubre de 2021. De esta manera, el plazo de vencimiento es el 4 de noviembre de 2021.
- [54] Cabe mencionar que, en este contexto procedimental y conforme el artículo 44 de la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, la Secretaría General decidió ampliar el plazo para resolver los señalados recursos en 15 días adicionales, considerando que dicha prórroga es necesaria para resolver el asunto, así lo comunicó al Grupo Kimberly, Grupo Familia, la SIC, el MINCETUR y a los órganos de enlace de los Países Miembros el 25 de octubre de 2021 mediante notas SG/E/DS/1637/2021, SG/E/DS/1638/2021 SG/E/DS/1639/2021, SG/E/DS/1640/2021, SG/E/DS/1641/2021 y SG/E/DS/1642/2021. En ese sentido, el plazo de vencimiento para la resolución de los recursos de reconsideración presentados es el 19 de noviembre de 2021.

3. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

- [55] Como se ha señalado en los antecedentes, las empresas Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en adelante, PFSE) y la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A (en



adelante, CKC), así como el MINCETUR y la SIC presentaron el 11 de julio de 2018 recursos de reconsideración contra la Resolución 2006 de la SGCAN.

[56] Tales recursos fueron admitidos a trámite por la SGCAN el 25 de julio de 2018, mediante las siguientes comunicaciones SG/E/DG1/1396/2018, SG/E/DG1/1397/2018, SG/E/DG1/1395/2018 y SG/E/DG1/1394/2018. Sin embargo, con la expedición de la Resolución 2017 de la SGCAN se dispuso suspender el trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración hasta que se resolviesen en el Poder Judicial del Ecuador las demandas contenciosas de los expedientes N° 09802-2017-00197, N° 09802-2017-00196 y N° 09802-2017-00767, a solicitud de la empresa Kimberly Clark del Ecuador S.A. (en adelante, KCE).

[57] Ahora bien, como se indica en los párrafos [40 a 43] de la presente Resolución, el 5 de octubre de 2021, por escrito presentado por la empresa CKC, se tomó conocimiento de que, en la citada fecha, el Poder Judicial del Ecuador procedió con el archivo del último expediente de los tres procesos mencionados en el artículo 3 de la Resolución 2017 de la SGCAN, por lo que corresponde continuar con el trámite para resolver los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006 de la SGCAN.

[58] Siendo ello así, a continuación, se resumen los argumentos presentados por las recurrentes y sus respectivas peticiones:

- La SIC en su escrito del 11 de julio de 2018 (en adelante, recurso de reconsideración de la SIC) señala que la Resolución 2006 de la SGCAN presenta vicios de motivación, en la medida que se carece de pruebas que fundamenten o soporten las conclusiones a las que se arriba en dicho acto administrativo. También señala que, habría vicios en el sujeto, pues alega que se ha sancionado a las empresas investigadas con base en hechos que no tienen incidencia en la subregión andina y en consecuencia la SGCAN no era la autoridad competente para conocer del tema. Asimismo, menciona que existen vicios de forma por las diversas irregularidades y flagrantes violaciones al debido proceso evidenciadas en el transcurso del trámite de la investigación¹².

Por ello, solicita revocar la Resolución 2006 proferida por la SGCAN, y en consecuencia archivar dicha actuación¹³.

- El MINCETUR en su Oficio N° 028-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del 11 de julio de 2018 (en adelante, recurso de reconsideración del MINCETUR) menciona que la Resolución 2006 de la SGCAN es nula de pleno derecho debido a que dicho acto ha sido emitido en contravención con el ordenamiento jurídico andino, al haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento y dado que la SGCAN carece de competencia en razón de la materia para investigar los hechos de la denuncia interpuesta por la SCPM¹⁴.

Agrega que, en ese sentido, la Resolución 2006 de la SGCAN incurre en vicios de fondo y de forma, de conformidad con los artículos 12, 37 y 39 de la Decisión 425¹⁵. Por ello, solicita revocar y dejar sin efecto dicho acto administrativo¹⁶.

¹² Folio 7251 del expediente.

¹³ Folio 7287 del expediente.

¹⁴ Folio 7288 del expediente.

¹⁵ Folio 7289 del expediente.

¹⁶ Folio 7302 del expediente.



- La empresa CKC en su escrito del 11 de julio de 2018 (en adelante, recurso de reconsideración de CKC) señala que la SGCAN vulneró principios generales del derecho al dar inicio a la investigación que concluyó con la Resolución 2016 de la SGCAN sobre la base de una denuncia manifiestamente ilegal de la SCPM y confeccionar el acervo probatorio de la investigación en el expediente N° 002/LC/SJ/2016 con pruebas manifiestamente ilegales¹⁷.

Según manifiesta la empresa, el actuar de la SGCAN refrendó y agravó los actos manifiestamente ilegales de la SCPM, y generó una violación de los siguientes derechos y principios generales: (i) derecho al debido proceso; (ii) derecho a la confidencialidad y reserva de la información sensible; y (iii) derecho a la seguridad jurídica¹⁸. Por ello, solicita revocar en su totalidad la Resolución 2006 de la SGCAN y decrete el cierre de la investigación y archivo del expediente¹⁹.

- La empresa PFSE en su escrito del 11 de julio de 2018 (en adelante, recurso de reconsideración de PFSE) esgrime cuestionamientos de índole económico y legal sobre la Resolución 2006 de la SGCAN²⁰. Además, presenta un documento denominado “Comentarios a la Resolución 2006 de 2018-SGCAN” elaborado por Facta Consultores S.A.S. mediante el cual se presenta diversos ejercicios económicos. En su recurso de reconsideración la empresa solicita se revoque la Resolución 2006 de la SGCAN y resuelva archivar la investigación iniciada; y que en el caso no consentido que se resolviera confirmar la conducta anticompetitiva se reduzca la sanción impuesta al Grupo Familia.

[59] Ahora bien, de la lectura de cada uno de los recursos de reconsideración presentados, se puede advertir cuestionamientos referentes a las siguientes temáticas: competencia de la Secretaría General; prescripción del proceso; desclasificación y validez de pruebas; sobre el proceso de clemencia y sus implicancias en el ordenamiento comunitario; respeto al debido proceso; los supuestos efectos nocivos al sistema andino de la libre competencia; relación de control societario en el Grupo Kimberly y el Grupo Familia; órdenes impartidas desde las matrices para la ejecución de conductas anticompetitivas en el mercado ecuatoriano; rol de los gerentes andinos; horizonte temporal de los acuerdos; sobre los ejercicios económicos presentados; sobre la cuantificación de los efectos de la práctica en el mercado ecuatoriano; la utilización de los factores PLUS; la interpretación del objetivo, alcance y limitaciones del artículo 5 de la Decisión 608 y la sanción impuesta a las investigadas.

4. DE LA COMPETENCIA DE LA SECRETARÍA GENERAL

[60] Si bien el efecto real se analizará en un capítulo específico, con el fin de delimitar el mercado relevante se realizarán algunas precisiones. El artículo 5 de la Decisión 608, define como objeto de aplicación “aquellas conductas 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”.

¹⁷ Folio 8044 del expediente.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Folio 8029 del expediente.

²⁰ En el recurso de reconsideración de PFSE también hace referencia a los cuestionamientos presentados por dicha empresa sobre el Informe de Resultados de la Investigación de la SGCAN, aspecto que nuevamente se trae a colación y que fuera respondido en la Resolución 2006, específicamente entre los párrafos [220] a [228] de dicho acto administrativo.



[61] Teniendo en cuenta lo mencionado en el literal e) del artículo 1 de la Resolución 1883, la investigación se abrió respecto a las conductas con origen en Colombia y efecto en Ecuador o, conductas con origen en Ecuador y efecto en Colombia.

[62] Al respecto, el TJCAN en sentencia respecto del Proceso 05-AN-2015 (Acción de Nulidad interpuesta por ANGELCOM S.A. en contra de las comunicaciones SG.C/D.1/2450/2013, SG/E/106/2014 y SG/E/311/2014 emitidas por la SGCAN) señala que:

“1.6. El artículo 5 de la Decisión 608, como ha quedado sentado, se refiere al ámbito de aplicación del régimen comunitario sobre competencia, concluyendo que corresponde investigar a nivel comunitario aquellas prácticas cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros.

(...)

4.1. De la lectura de las normas transcritas, se desprende que se requiere un “efecto real” en el comercio, que afecte no solo a un País Miembro, sino que la práctica anticompetitiva traspase fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros, y de no suceder así, el procedimiento que deberá aplicarse se regirá por la normativa nacional de cada País Miembro.

(...)

4.5. Si la presunta conducta anticompetitiva nace y tiene efectos reales en el mismo país, no corresponde que la SGCA inicie una investigación. La norma comunitaria establece que sea la autoridad nacional competente la que investigue la presunta conducta anticompetitiva si los efectos reales tienen origen y afectación en el mismo País Miembro de la Comunidad Andina.

(...)

4.9. Este Tribunal considera pertinente determinar el concepto de “efectos reales transfronterizos”, tema en el cual la competencia para investigar la tiene la SGCA, en los siguientes términos:

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

a) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País Miembro de la Comunidad Andina, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.

b) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un País Miembro de la Comunidad Andina, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro País Miembro de la CAN.

Se debe entender por “efecto real”:

a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,



b) *Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.*"

[63] De acuerdo con los apartes transcritos de la sentencia se analizará que, en primer lugar, se cumple con el hecho de que la práctica colusoria se realizó por empresas ubicadas en más de un País Miembro (Colombia y Ecuador), como se desprende del literal a), y, en segundo lugar, que dicha conducta tuvo efecto real en al menos un País Miembro (Ecuador), es decir que como se obtiene del literal b) significó una afectación al bienestar de los consumidores.

Ubicación geográfica

[64] Respecto del primer elemento, las empresas investigadas en el caso son:

- a. Colombiana Kimberly Colpapel
- b. Kimberly Clark del Ecuador
- c. Kimberly Clark Corporation
- d. Productos Familia S.A.
- e. Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

[65] Del certificado de constitución y representación legal de Colombiana Kimberly Colpapel, emitido el 6 de enero de 2015 y que consta entre los folios 6942 y 6965 del expediente 14-151027 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia se lee:

*"GRUPO EMPRESARIAL COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.
MATRIZ 416449 04 COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.
DOMICILIO MEDELLÍN-COLOMBIANA
(...)
Controla a:
(...)
KIMBERLY CLARK ECUADOR S A
DOMICILIO GUAYAQUIL – ECUATORIANA
Subordinada
PRESUPUESTO ARTÍCULO 261-INCISO 1 DEL CODIGO DE COMERCIO:
POSEE MAS DEL 50% DEL CAPITAL DE LA SOCIEDAD
ACTIVIDAD COMERCIALIZACION DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL PAPEL
DOCUMENTO PRIVADO DE JULIO 04 DE 2001
DATOS INSCRIPCION: Libro 9 Nro 9255 09/07/08"*

[66] Como se observa, más del 50% del capital de la sociedad Kimberly-Clark de Ecuador es propiedad de Colombiana Kimberly Colpapel, mostrando una situación de subordinación por parte de la compañía ecuatoriana frente a la colombiana.

[67] Esta situación la confirmó Colombiana Kimberly Colpapel el 18 de agosto de 2017 a la SGCAN, en los documentos mediante los cuales remitió la estructura de las compañías, se observa que las estrategias son conjuntas. Adicionalmente, en las fechas que menciona que se han dado reestructuraciones y modificaciones en las estrategias de mercadeo, como fue el año 2006 y el año 2015, dichos cambios se dieron de manera conjunta tanto para Colombiana Kimberly Colpapel como para Kimberly Clark del Ecuador. (Nota: No se detallan los cambios realizados al interior de la compañía ni las relaciones específicas de



dependencia, teniendo en cuenta la confidencialidad otorgada a solicitud de la compañía por tratarse de información estratégica).²¹

[68] Otra prueba que refleja este comportamiento a nivel de matriz es la política de incentivos remitida por parte de Kimberly Clark de Ecuador a la SCPM el día 7 de abril de 2017 (documento ID 2017-42219 remitido por la SCPM a la SGCAN el 9 de junio de 2017 junto con los anexos probatorios).

[69] De dicha política se logra observar que:

- Kimberly Clark Corporation divide la región de Latinoamérica en cuatro subregiones: Andina, Austral, Brasil y, Centroamérica y el Caribe.
- En el caso de la subregión Andina, compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, las compensaciones a los directivos dependen de los resultados que se presentan no solo en el país sino en la subregión como un todo. Lo que muestra un fuerte incentivo para mejorar los beneficios no solo en el país donde la dirección regional tiene su sede sino también procurar mayores ingresos en todos los países de la subregión.

[70] Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la política de cartelización que se originó en Colombia a partir de los funcionarios de cargo directivo de la subregión andina de Kimberly Clark Corporation, a partir de la política de incentivos de la compañía, se fomentó a los directores subregionales a ordenar la realización de las prácticas colusivas en otros países de la subregión. De esta forma, desde el año 2001 se encuentra que el señor Ricardo Mejía, presidente de CKC para la época se intercambiaba correos²² con el señor Luis Fernando Palacio González en su calidad de Director Andino de KCP, en los que este último solicitaba tener coordinación entre los canales institucional y consumo dentro del acuerdo. Si bien estos correos hacen referencia al mercado colombiano, estos generaron una duda razonable respecto a la posible coordinación en Colombia, tanto en el canal institucional como en el canal de consumo, con efectos en Ecuador, dado que las conversaciones se adelantaron entre altos directivos con capacidad de decisión e influencia a nivel regional.

[71] En los mismos correos se confirma que se estaban realizando coordinaciones de precios entre Productos Familia y CKC en los canales de consumo e institucional y que la idea era tener comunicaciones internas para que los competidores no percibieran descoordinación al interior de la compañía. De esta forma, también se encuentra un correo en el año 2002, en el que el señor Fernando Restrepo, funcionario de Kimberly indica que para las conversaciones con los “amigos” se coordine con el señor Luis Fernando Palacio González.²³

²¹ Información pública respecto a las relaciones de la matriz con las filiales se encuentran por ejemplo en https://www.kimberly-clark.com/sustainability/Content/PDF/Colombia_informe_kimberly_2013.pdf que menciona en su página 11 que “En las cascadas los líderes comparten información con todos los miembros de nuestro equipo. A través de estos espacios de difusión, la dirección informa a los mandos medios sobre la gestión de la empresa, y estos, a la vez, hacen lo mismo hacia el resto de colaboradores. Estos espacios se implementan tanto a **nivel regional** como local. De esta manera, garantizamos que, como equipo, estemos alineados a los valores corporativos y a nuestros sueños (objetivos); presentamos los hitos de la gestión y establecemos las etapas que nos llevan a alcanzar nuestras metas” (la negrilla es nuestra). Se observa también que existe este tipo de diálogo a nivel andino: “Cascada anual andina: Participan los miembros del Comité de Gerencia de cada país, gerentes de unidades de negocio, gerentes andinos y coordinadores regionales.” Esto muestra la fuerte interacción entre las empresas y que las políticas son discutidas al interior de la gerencia andina y de esta hacia los gerentes nacionales.

Esta forma de trabajar también se muestra en los Estados Financieros de la compañía en Colombia, en los que se detalla la información de las filiales (entre estas Ecuador) dando un tratamiento igual a las empresas locales y las filiales en la región andina, como se observa en las Notas a los Estados Financieros de los años 2009, 2010, 2011, entre otros; información que consta en el expediente confidencial de la SIC 14-151027, carpetas Kimberly 11 y Kimberly 12.

²² Correos disponibles en folio 18 del expediente confidencial SIC 14-151027.

²³ Correos que se encuentran en el folio 18 confidencial del expediente 14-151027 de la SIC.



- [72] Asimismo, el señor Luis Fernando Palacio González en su calidad de Vicepresidente KCP Andino de Kimberly Clark desde el año 2006, desde su posición en Colombia, ordenó al gerente del canal institucional de Kimberly Clark Ecuador la realización de prácticas anticompetitivas indicándoles que se reunieran con la competencia para acordar incrementos de precios y evitar una mayor competencia en el mercado.
- [73] Lo anterior se encuentra demostrado en los escritos suscritos por los señores Luis Fernando Palacio Gonzales y Rafael Hincapié entregados a la SGCAN por la SCPM en su solicitud de inicio de investigación y cuyos textos principales se encuentran transcritos en la sección de análisis de la conducta del presente documento.
- [74] Es decir, la compañía Productos Familia S.A. en Colombia es propietaria de la compañía Productos Familia Sancela del 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.
- [75] Cabe mencionar que, a la evidencia expuesta en los párrafos antes señalados y las notas a pie de página de la Resolución 2006 de la SGCAN, se concluye que las estructuras organizacionales y los correos referidos muestran que al más alto nivel decisorio se estableció una conducta anticompetitiva en Colombia que se ejecutó y tuvo sus efectos en Ecuador²⁴.

Afectación del bienestar de los consumidores

- [76] Respecto al segundo elemento es preciso indicar que el MINCETUR y PFSE señalan que se debió demostrar una afectación al mercado²⁵ o comercio intrasubregional a efectos de enmarcar la conducta y sus efectos en el ámbito del artículo 5 de la Decisión 608. Ello, insinuando que la figura de una conducta originada en un País Miembro (Colombia) y los efectos que se puedan ocasionar en otro País Miembro (Ecuador) no podría circunscribirse en el ámbito de la mencionada norma andina.
- [77] Para responder a este cuestionamiento resulta importante hacer referencia al artículo 5 de la Decisión 608. Si bien, más adelante, en un acápite específico se desarrolla de manera detallada aspectos relativos al alcance del artículo 5 de la Decisión 608, conviene también traer a colación algunos elementos expuestos en la Resolución recurrida.
- [78] Respecto a la disposición contemplada en el artículo 5 de la Decisión 608, se tiene lo siguiente:

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

- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país;*
y,

²⁴ Párrafo [725] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

²⁵ Bajo el supuesto que ha esgrimido PFSE, que la práctica consistía en concertar los precios en Colombia para ser aplicados en Ecuador. Desde este punto de vista, se estaría asumiendo que los mercados de ambos países (mercado subregional) no presentan diferencias. Hecho que se ha aclarado, nunca fue el argumento planteado por la SGCAN.



- 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 registrarán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.” [énfasis añadido]

[79] Como se aprecia, en ninguna parte del artículo 5 de la Decisión 608 se señala que, únicamente, el efecto de la conducta debería ser sobre el mercado o el comercio intrasubregional. Tampoco se excluye, como lo sugiere el MINCETUR que el lugar donde se toman las decisiones no puede ser un criterio que permita a la SGCAN afirmar la existencia de un acuerdo anticompetitivo con origen en un país y efectos en otro.

[80] Ahora bien, a fin de complementar el análisis y determinar que bajo la estructura organizacional de la casa matriz Colombia – filial Ecuador, que presentaban el Grupo Kimberly y el Grupo Familia y sobre los cuales se evidenciaron las conductas anticompetitivas, se tomó en cuenta lo señalado en el Proceso 05-AN-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCAN) a efectos de entender el alcance del artículo 5 de la Decisión 608, que leído de manera conjunta con el artículo 7 de la misma norma andina dieron cuenta que las prácticas originadas en un País Miembro que tengan efectos en otro País Miembro constituyen casos en el ámbito de la Comunidad Andina.

[81] En efecto, entre los párrafos [251] a [255] de la Resolución 2006 de la SGCAN se puede encontrar lo siguiente:

“[251] Al respecto, cabe destacar que dentro de la norma comunitaria no hay ninguna disposición expresa en la cual se indique que debe existir una afectación de algún tipo al mercado o comercio subregional como requisito sine qua non para que se entienda que hay un efecto real. El TJCAN ha entendido ello de igual manera, al señalar en el Proceso 05-AN-2015 (Acción de Nulidad interpuesta por ANGELCOM S.A. en contra de las comunicaciones SG.C/D.1/2450/2013, SG/E/106/2014 y SG/E/311/2014 emitidas por la SGCAN) lo siguiente:

‘Se debe entender por ‘efecto real’:

- a) *Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización;*
o,
b) *Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.’ (el subrayado nos pertenece)*



- [252] Como puede apreciarse, según la lectura del TJCAN existen dos supuestos alternativos en los cuales se presenta un efecto real a la luz de lo indicado en el artículo 5 de la Decisión 608: el primero, cuando hay algún tipo de afectación al comercio o mercado subregional (supuesto alegado por las investigadas); y el segundo, en el cual basta la afectación del bienestar del consumidor, supuesto que se está considerando en el presente procedimiento, de ello que el argumento de las partes sobre este extremo resulta infundado.
- [253] Por otra parte, se encuentra también que las investigadas interpretan erradamente el alcance y el sentido de la norma comunitaria al sustentar que la Decisión 608 no es aplicable en aquellos casos en los cuales la conducta sea acordada en un País Miembro, pero su ejecución y efecto se lleven a cabo en otro.
- [254] Al respecto, se debe destacar que en el literal a) del artículo 5 de la Decisión 608 se establece dentro de su objeto aquellas conductas 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. Acto seguido, el artículo 7 de la misma norma establece que ‘Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de (...)’ (el subrayado nos pertenece).
- [255] Como puede apreciarse de la lectura sistemática de los dos artículos, resulta claro que la norma comunitaria al referirse a las ‘conductas restrictivas’ está contemplando dentro de su ámbito de aplicación también a los acuerdos. De ello que resulta completamente factible que las concertaciones que se acuerden en un País Miembro y cuya ejecución y efectos últimos se presentan en otro, sean cobijados por la norma andina. [énfasis añadido]

[82] Sin perjuicio de lo anterior, también se puede hacer referencia al Proceso 484-IP-2018 del TJCAN, publicado en la GOAC el 8 de mayo de 2020, donde se menciona lo siguiente:

- “2.2. Como señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608, un aspecto importante en el diseño de un sistema de defensa de la libre competencia de ámbito regional es la definición del ámbito objetivo de su aplicación; es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas y su alcance geográfico.
- 2.3. Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de defensa de la libre competencia de cada país miembro, sino que, especialmente, deben atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia



debido al ámbito geográfico de la práctica o conducta anticompetitiva o sus efectos.

(...)

2.5. Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y donde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término “transfronterizo”. Estos casos, dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la SGCAN con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.”
[notas a pie de páginas omitidas y énfasis añadido]

[83] Así, con lo señalado en la Resolución 2006 de la SGCAN, respecto a la lectura del artículo 5 de la Decisión 608 y la jurisprudencia del TJCAN plasmada en el Proceso 05-AN-2015, y con lo complementado en este documento, respecto al desarrollo que realiza el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina en el Proceso 484-IP-2018, no queda duda que en el marco del funcionamiento de las estructuras organizacionales de la casa matriz Colombia – filial Ecuador de los grupos Kimberly y Familia la conducta anticompetitiva originada en Colombia con efectos en Ecuador constituyen casos transfronterizos que deben ser atendidos por la SGCAN.

[84] Por tanto, resulta incorrecto señalar que únicamente los efectos sobre el mercado o comercio subregional constituyen asuntos de índole comunitario, tal como lo sugiere el MINCETUR y PFSE.

[85] En ese sentido, se reafirma la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina para atender el presente caso, por lo que corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la MINCETUR y PFSE.

5. RESPECTO A LA SUPUESTA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

[86] En sus respectivos recursos de reconsideración, las empresas Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. alegaron que la SGCAN carecería de competencia para la investigación de las conductas anticompetitivas imputadas a las mismas, en tanto la referida conducta habría prescrito.

[87] En este sentido, resulta pertinente evaluar si efectivamente la conducta anticompetitiva que se le imputa a las mencionadas empresas habría prescrito o si, por el contrario, la conducta se encuentra dentro del plazo legal para su investigación.

Argumentos de las partes

[88] En su escrito de reconsideración de fecha 11 de julio de 2018, la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. afirma que “Consta en el expediente, sin embargo, que la última reunión entre Productos Familia Ecuador y Kimberly-Clark 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 produce una reunión en el Hotel Hilton Colón de la ciudad de Quito. No existe procesalmente ningún otro elemento que



establezca, aunque fueren indicios de una supuesta conducta anticompetitiva regional con posterioridad a abril de 2011.”

[89] Además, agrega la referida empresa que “(...) la supuesta infracción habría prescrito en abril de 2014, esto es, más de dos años antes de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (“SCPM”) solicitara a la SGCAN iniciar una investigación, (...)” (folio 7653).

[90] Al respecto, es necesario traer a colación el artículo 43 de la Decisión 608 que dispone lo siguiente:

“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”.

[91] Asimismo, es importante tener presente la sentencia del proceso 05-AN-2015, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina determinó sobre la prescripción lo siguiente:

“(...) corresponde diferenciar dos escenarios distintos. El primero, cuando la investigación la inicia de oficio la SGCAN; y, el segundo, cuando se ha presentado una solicitud (denuncia a petición de parte) 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. El primer caso, cuando la investigación la inicia de oficio la SGCAN, el plazo de prescripción se suspende con la resolución de inicio de la investigación (resolución de imputación de cargos). En el segundo caso, cuando se presenta una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia. Este razonamiento se explica en la necesidad de evitar que, pese a que se presente una denuncia de manera oportuna, la inacción de la Secretaría General origine la prescripción de la infracción”²⁶.

[92] En el presente caso, la solicitud formulada por la SCPM se encuentra en el segundo supuesto, es decir, el plazo de prescripción estaría suspendido con la presentación de la denuncia; atendiendo a que la misma se presentó el 20 de octubre de 2016.

[93] Así las cosas, la SGCAN se reafirma en que los hechos relevantes que configuran la suspensión del plazo de prescripción recaen en que las pruebas en el comportamiento de los precios para los productos del canal institucional (papel higiénico, papel higiénico jumbo y toallas de papel) evidencian que la conducta no cesó en abril de 2011 como afirman las empresas investigadas en sus alegatos, sino que por el contrario dicha conducta continuó al menos hasta finales de 2013.

[94] En el caso del grupo Familia, los principales directivos en el Ecuador, y en especial el señor Muñoz 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

²⁶ Sentencia del Proceso 05-AN-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3012 del 2 de mayo de 2017.



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.

- [95] En el caso de Kimberly-Clark Ecuador, se registra en el expediente confidencial de la SIC 14-151027 (folios 763-765) una comunicación remitida por Kimberly Clark Corporation a los directivos de la región Andina con fecha 23 de diciembre de 2013, en la que les informa del inicio de las investigaciones en la SIC. En dicha comunicación se instruye a los directivos de la región abstenerse de realizar cualquier contacto con los competidores e informar al área legal sobre cualquier situación de la que tuvieran conocimiento.
- [96] En ese sentido, se encuentra que la orden para terminar cualquier relación con la competencia por parte de Kimberly Clark se dio en diciembre de 2013 y de la información que obra en el expediente no existen pruebas que muestren que las empresas desmontaron su conducta cartelizadora previo a dicha fecha. El comportamiento paralelo de los precios, por lo tanto, se constituye en una prueba contundente del mantenimiento de la conducta al menos hasta diciembre de 2013.
- [97] Por este motivo, esta SGCAN concluye que no se configuró la prescripción a la infracción a la libre competencia por parte de empresas del grupo Familia y del grupo Kimberly Clark en Ecuador y Colombia, en tanto se trata de una conducta continuada recaída dentro del período en el que la norma permite a la SGCAN investigar y sancionar conductas anticompetitivas.

6. DESCLASIFICACIÓN Y VALIDEZ DE PRUEBAS

- [98] Durante el proceso, KCE y la SIC han señalado que las pruebas con las que se inicia el proceso de investigación por parte de la SGCAN que dieron paso a la Resolución 1883; que finalmente dio lugar a la Resolución 2006 que declaró fundada la denuncia presentada por la SCPM en contra de las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608; provienen de una utilización de pruebas consideradas ilegales, en tanto emanan de un procedimiento de desclasificación de pruebas enmarcados en un procedimiento de clemencia, que para efectos de la normativa ecuatoriana se encuentra establecido en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado "LORCPM".
- [99] Añade la SIC y KCE que ello constituiría una violación del debido proceso.
- [100] Por tal motivo, corresponde analizar si las pruebas alcanzadas por la SCPM para iniciar el proceso de investigación eran legales en el marco de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino.

Argumentos de las partes

- [101] En su escrito del 5 de octubre de 2021 la KCE manifiesta que *"La denuncia presentada por la SCPM el 20 de octubre de 2016 ante la SGCAN contra **KCE, CKC** y otras, utilizó como pruebas de los indicios de la aparente comisión de las conductas violatorias de la libre competencia, las pruebas que fueron ilegalmente desclasificadas y cuyo uso es ilegal y nulo, de acuerdo con la tantas veces citada sentencia del Tribunal Superior de Guayaquil que se encuentra en firma y es definitiva. (...) La denuncia presentada por la SCPM del 20 de octubre de 2016 no reúne los requisitos exigidos por la Decisión 608 de la CAN para ser admitida y erigirse en el fundamento para decretar la apertura de la investigación, y por ende del proceso sancionatorio, contra mis representadas, razón por la cual oportunamente*



mis poderdantes interpusieron el recurso de reconsideración en contra de la Resolución 1883 de 2016”.

- [102] Cabe mencionar, asimismo, que en su recurso de reconsideración KCE presenta una nota encargada a Luis Berengue Fuster y Carlos Vérguez Muñoz en respuesta a determinadas afirmaciones realizadas por la SGCAN en su informe del 20 de marzo de 2018, al respecto, señala en el folio 6501 que:

*“no resulta admisible la postura adoptada por la SGCAN según la cual si la autoridad ecuatoriana, la SCPM, ha actuado incorrectamente al desclasificar la documentación aportada con la solicitud de clemencia, ello constituya una cuestión que corresponde ser dilucidada con arreglo a la legislación interior del Ecuador, pero que en nada afecta a la Comunidad Andina ni a la continuación del expediente sancionador de la SGCAN contra KCE. Resulta obligado, como resultaría obligado a la autoridad europea receptora de la información en un caso similar que quien recibe una denuncia, si el interesado le pone de manifiesto un contenido ilícito de esa documentación (por haber sido indebidamente desclasificada) indagar sobre este particular. Y si la autoridad remitente, la SCPM, manifiesta que el origen de esa información, declaraciones y documentación lo constituye, una solicitud de clemencia, **en modo alguno puede la SGCAN ignorar esa circunstancia y continuar el procedimiento haciendo caso omiso al origen ilícito de la documentación que sustenta la denuncia”.***

- [103] Asimismo, la SIC manifiesta en su recurso de reconsideración a folios [7276] y [7277] que *“(...) el punto central de la discusión no es si la **SGCAN** le debió de haber dado el tratamiento de información confidencial a estas pruebas, sino que nunca debieron siquiera haber sido tenidas en cuenta en la presente investigación comunitaria, toda vez que se trata de declaraciones auto discriminatorias rendidas por **KIMBERLY ECUADOR** dentro de un proceso de delación (clemencia o beneficios por colaboración) ante la **SCPM** (Ecuador), es decir, en un procedimiento con otra finalidad diferente, declaraciones que además gozaban de confidencialidad”. Añade que “(...) todas las pruebas allegadas por la **SCPM** (Ecuador) hacen referencia expresa a que se trata de pruebas presentadas con el único propósito de acceder a su programa de colaboración compensada”.*

- [104] Por su parte, el MINCETUR manifiesta que *“una de las empresas investigadas ha alegado reiteradamente que las pruebas aportadas en el marco del programa de clemencia ante la autoridad ecuatoriana han sido luego empleadas por la misma autoridad como sustento de la denuncia ante la SGCAN y posteriormente en el Informe de la SGCAN”. Añade que “La situación señalada por la empresa investigada en cuestión ha sido motivo de permanente preocupación por parte de la autoridad de competencia peruana, puesto que, aunque el principal efecto por el presunto inadecuado manejo de la información reservada de una solicitud de clemencia sería una autoridad en específico, también es cierto que dicha situación alcanza al resto de autoridades y podría afectar la predictibilidad de los países miembros de la región andina” (folio 7300).*

- [105] En este marco, como se ha indicado en los antecedentes, KCE y CKC interpuso ante el Poder Judicial ecuatoriano, tres demandas contenciosas administrativas: Proceso 09802-2017-00197; Proceso 09802-2017-00767; y Proceso 09802-2017-00196. Por esta razón, ante la solicitud de la referida empresa y el MINCETUR, la SGCAN expidió la Resolución N° 2017, a través de la cual puso en suspenso la resolución de los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución N° 2006 de la SGCAN.

- [106] Sobre el particular, la SCPM en su escrito del 16 de noviembre del 2021 señala:



“Se debe resaltar que el artículo 10 de la Decisión 608 faculta a la Secretaría General de la Comunidad Andina a iniciar investigaciones dentro del ámbito de aplicación de la Decisión en referencia, cuando existan “indicios” de la existencia de conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado; indicios presentados por la SCPM en su solicitud o denuncia. Siendo que la investigación por prácticas contrarias a la libre competencia se verifican dos momentos: el primero de carácter indiciario, en la fase de apertura de investigación (que alcanza con la nulidad de la Resolución No. SCPM-IG-DES001-2016, de 14 de octubre de 2016, pero no lo vicia), y el segundo, de verificación, en la fase de investigación (que no se ve alcanzado por la nulidad del acto administrativo ecuatoriano), el procedimiento no se ha visto afectado, y por ende, el resultado del mismo, Resolución 2006, resguarda legalidad y validez;

(...)

En suma, siendo que la SGCAN contó e hizo uso de sus amplias competencias en la toma de iniciativas probatorias a fin de determinar la verdad material de los hechos, las pruebas que se ha considerado conducentes, pertinentes y útiles para establecer un elevado grado de convicción sobre los hechos sin detrimento del derecho de defensa y contradicción de las empresas investigadas se decretaron y practicaron en las debidas oportunidades procesales, haciendo que la cuestión sustantiva, en especial referencia a la carga probatoria que origina la sanción, no se vea afectada”.

Análisis de la SGCAN

- [107] El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 76-IP-2020 ha señalado que es posible analizar pruebas de una manera flexible, en el sentido que cualquier prueba que lleve a conocer la verdad, debe ser admisible. Así indica que *“...Lo que importa es conocer la verdad. Los principios de primacía de la realidad y de verdad material son parte de un gran principio, aplicable a todos los procesos judiciales modernos, que es el principio de la justicia material (...) los elementos probatorios que acrediten la existencia de un derecho o interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico comunitario andino, deben ser admitidos y meritados, en cualquiera de las instancias administrativas, incluyendo las etapas impugnativas o recursivas en la vía administrativa, siempre y cuando pertenezcan al período en que se alegó la existencia de dicho interés y, además, que dichas pruebas sean pertinentes. Asimismo, debe asegurarse el principio de contradicción y las nuevas pruebas deben ser trasladadas a la otra parte, para que esta se pronuncie al respecto. Sobre el particular, corresponde señalar que la prueba tiene como finalidad formar la convicción de la autoridad administrativa o jurisdiccional en el momento de decidir, pero también está destinada a moldear el convencimiento de las partes sobre sus alegaciones.”*
- [108] En este sentido, la SGCAN se reafirma en el hecho de que las sentencias y autos expedidos en el marco del Proceso 09802-2017-00197; Proceso 09802-2017-00767; y Proceso 09802-2017-00196 constituyen pruebas en el presente proceso, por lo que debe tratarseles bajo dicha condición.
- [109] Que de la sentencia del **Proceso 09802-2017-00197** la Corte reconoce que el 24 de junio de 2014 que KCE voluntariamente compareció ante la SCPM y solicitó una exención del pago de multa al amparo del artículo 83 de la Ley Orgánica Regulación y Poder Mercado LORCPM- ECUADOR, reportando potenciales infracciones que había detectado al interior de la compañía y entregando voluntariamente una serie de elementos de prueba auto incriminatorios a cambio de obtener una exención total de las multas de la SCPM. La



solicitud incluía un expreso pedido de reserva y confidencialidad. Ello dio origen a una investigación por parte de la SCPM bajo el radicado SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2014 que fue cerrado en noviembre de 2015, sin pasar por formulación de cargos por falta de méritos.

- [110] De otro lado, corre a folios 2191 del expediente confidencial el Oficio SCPM-IIAPMAPR-2014-375 de fecha 24 de julio de 2014 mediante el cual la SCPM señala que KCE proporcionó elementos de prueba *“que a nuestro juicio nos permitieron ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en los artículos 48 y 49 de la LORCPM con relación a una infracción del artículo 11”*. Con lo cual ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 83 literal a) de la Ley.
- [111] Sin embargo, mediante boleta de notificación SCPM-IIAPMAPR-2014-009 de fecha 17 de noviembre de 2015, la SCPM concluye que las pruebas alcanzadas son meras declaraciones y que no prueban nada, en efecto señala la Directora Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas que *“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...”*.(Folio 2193)
- [112] Por otro lado, la desclasificación del expediente se da en el marco del artículo 66 de la resolución 081-2015 que señala que la información declarada como confidencial o reservada podrá desclasificarse si se encuentra debidamente motivada. Al respecto, la sentencia del **Proceso 09802-2017-00767**, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resuelve rechazar el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de la compañía Kimberly-Clark Ecuador S.A., con lo cual, señala la referida Sala que la solicitud de investigación remitida a la SGCAN guarda legalidad y legitimidad, no pudiendo ser objeto de revocatoria. Concluye dicha Sala que la solicitud dirigida a la SGCAN es una actuación procesal en la esfera del derecho supranacional materia de un expediente de investigación en el ámbito de competencia de dicho organismo, que dio lugar a la apertura de una investigación conforme lo evidencia la Resolución 1883 emitida el 11 de noviembre del 2016 expedida por la SGCAN, que dispuso el inicio de investigación; por tanto, tal solicitud no es susceptible de revocatoria, salvo que así lo prevea el derecho comunitario andino.
- [113] Cabe mencionar que conforme lo señala la SCPM en su escrito del 16 de noviembre de 2021 *“Conforme se señaló en la Resolución 1903, la SGCAN revisó toda la información que determinó tal apertura de la investigación, encontrando que en lo que respecta al factor geográfico, indicios de una práctica que habrían rebasado la órbita del territorio nacional colombiano para involucrar a Ecuador e indicios de un eventual efecto económico transfronterizo, 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”*.
- [114] Con relación al debido proceso, tal como se reconoció en la sentencia del **Proceso 09802-2017-00767**, las pruebas utilizadas para el inicio de investigación entregadas por la SCPM se enmarcan en una investigación supranacional, por lo que al haber cumplido la SCPM con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Decisión 608, se ha respetado el debido proceso en la presente investigación.
- [115] En consecuencia, las pruebas utilizadas para la apertura del proceso de investigación en el marco de la Resolución 1883 no presentan vicios, y constituyen pruebas iniciales indiciarias que se limitan a la apertura del proceso.



7. PROGRAMA DE CLEMENCIA – BENEFICIOS - INCENTIVOS

- [116] CKC y KCE manifiestan, tanto en su recurso de reconsideración como en los demás escritos presentados a lo largo de presente proceso que “(...) la SGCAN nunca debió expedir la Resolución 1883 del 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual se dio inicio a la investigación iniciada con base en la denuncia interpuesta por la SCMP ante la SGCAN, el 20 de octubre de 2016, en contra de CKC y KE y otras empresas, por aparente violación de la Decisión 608 de la CAN”²⁷.
- [117] Asimismo, en su recurso de reconsideración la SIC y el MINCETUR han manifestado su preocupación con relación al uso de la información aportada dentro de un programa de clemencia para fines distintos para los cuales fue aportada, poniendo en riesgo a los programas de clemencia de la región.
- [118] La Secretaría General en este proceso de reconsideración ha analizado si es posible usar pruebas para sancionar a los agentes económicos involucrados, utilizando testimonios y otras pruebas sensibles y auto inculpativas evacuadas en el marco de un programa de clemencia o beneficios; o más bien, si pueden ser usadas para beneficiar a las partes el cálculo de las sanciones y que las mismas sean menos onerosas.
- [119] Sobre el particular, el Tribunal de Justicia en el marco del proceso 4-AN-2018 ha señalado con relación a la clemencia que es:

“Una herramienta utilizada mundialmente para detectar y desarmar los cárteles, así como evitar su futura formación, son los llamados programas de clemencia (leniency programm), denominados también programa de delación compensada o programas de exoneración o exención (total y parcial) del pago de multas, los cuales se encuentran recogidos en la normativa nacional de defensa de la libre competencia de los cuatros (sic) países miembros de la Comunidad Andina”.

- [120] Añade el Tribunal que:

“2.1.4 El programa de clemencia busca incentivar a los involucrados en un cártel a delatarlo, a traicionarlo. El objetivo de un programa de clemencia es animar a que empresas involucradas en un cártel revelen su existencia a la autoridad de competencia, de manera espontánea, colaborando en su detección y contribuyendo con su efectiva persecución. (...)

2.1.5 Un elemento intrínseco y de vital importancia del programa de clemencia es la confidencialidad de la información aportada por la empresa o empresas que se acogen a dicho programa. Si no existiera la garantía de la confidencialidad, quedaría en entredicho la eficacia misma del programa. Y es que uno de los supuestos que dotan de eficacia a este programa es que la garantía de la confidencialidad respecto de la información que aporta el colaborador con objeto de delatar la existencia del cártel.

(...)

2.1.10 Lo expuesto evidencia que las declaraciones aportadas por el o los colaborados en el contexto de un programa de clemencia no deberían ser utilizadas en su contra en otros procesos, pues ello desincentivaría la

²⁷ Escrito de CKC y KCE de fecha 5 de octubre de 2021, página 14.



presentación de futuras delaciones, lo que afectaría negativamente al programa de clemencia, debilitado la lucha contra los cárteles”.

- [121] Ante ello, la Secretaría General no puede dejar de recordar que los programas de clemencia o beneficios deben servir para que los operadores cumplan y ayuden a cumplir con las normas de libre competencia y que, en caso de violaciones a las mismas, colaboren con las autoridades a ponerle fin a dichas prácticas. En ese sentido, la SGCAN no puede desincentivar a los agentes económicos a colaborar en hallar la verdad y a poner fin a las restricciones a la libre competencia.
- [122] Al respecto, es preciso indicar que en los Países Miembros de la Comunidad Andina se contempla en las normas sobre competencia, la posibilidad de otorgar beneficios a aquellas personas o empresas que renuncien a participar de un cártel y a quienes informen sobre la existencia de acuerdos anticompetitivos, ante las autoridades correspondiente y presten toda su colaboración a fin de investigar estas infracciones y sancionar a sus integrantes. En recompensa, la autoridad reducirá o exonerará las multas que se le hubiesen aplicado. Son conocidos como programas de clemencia o de otorgamiento de beneficios por colaboración.
- [123] En Colombia el Decreto 1523 de 2015 reglamenta los beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia; en Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en sus artículos 83 y 84 consagra los beneficios por colaboración en las investigaciones por violaciones a la libre competencia; de esta manera, en ambos Países Miembros en donde se dieron las conductas anticompetitivas investigadas y sancionadas en este procedimiento administrativo de la SGCAN, se encuentran vigentes normas de clemencia, las cuales en virtud de que dicho fenómeno no se encuentra regulado expresamente en el derecho comunitario andino.
- [124] La idea es que estos colaboradores – personas naturales o jurídicas- cualquier persona que colabore, facilite, autorice o tolere conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas-, se abstengan de seguir participando en diferentes practicas competitivas y aporten información sobre las mismas, con el fin de cooperar con las autoridades en investigaciones y esto conduzca a poner fin o evitar violaciones a las normas de libre competencia.
- [125] El programa de clemencia es un poderoso instrumento en manos de las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles, ya que estos son los atentados más dañinos contra la competencia²⁸.
- [126] A cambio de esta colaboración, se les otorgan beneficios que llevarán a reducir las sanciones que le serían impuestas por promover, conocer, permitir o participar en prácticas anticompetitivas.
- [127] En el caso de Colombia, el Decreto 1523 de 2015 establece el procedimiento para acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración, y contempla alguno de los beneficios que les son otorgados a los colaboradores, como, por ejemplo: primer solicitante: exoneración total de la multa (100%), segundo solicitante: reducción entre el 30% y 50% del total de la multa, dependiendo de la utilidad de la información y las pruebas aportadas, etc.
- [128] En el caso de Perú, se habla de programa de clemencia. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece tres tipos de clemencia: a) recompensa es el 100%

²⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España (2021).



de la multa para la empresa que revele su existencia y preste su colaboración en la investigación, antes que se detecte el cártel; b) recompensa entre el 50% y 100% de la multa, luego de detectado el cártel, el beneficio dependerá de la calidad de la información aportada; y, c) recompensa de hasta el 50% de la multa, luego del inicio del procedimiento sancionador, o cuando haya solicitudes de beneficios previas. El beneficio dependerá del orden en que se reciba la solicitud y la calidad de la información aportada.²⁹

- [129] En Ecuador, se contempla como programa de beneficios y el tema se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, los cuales establecen que el primer colaborador en aportar elementos de prueba se beneficiará del 100% de reducción de la multa, el segundo colaborador en facilitar elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30% y 50% del importe de la multa y el tercer colaborador en facilitar elementos de prueba de la presunta infracción podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20% y 30% del importe de la multa. Otros podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20% del importe de la multa.
- [130] En el caso de Bolivia se le conoce como delación compensada, está regulada por el Decreto Supremo 19519 y la Resolución Ministerial 0180/2008 las que establecen unas condiciones atenuantes y se aplicaría los siguientes beneficios: el primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta, en aportar los elementos de convicción, podrán obtener una reducción de hasta el noventa por ciento (90%) de la multa a ser impuesta, el que opere en forma plena y continua en la sustentación de la investigación, podrá obtener una reducción de la multa hasta por 50% del máximo permitido. Quienes realicen acciones necesarias para terminar la práctica anticompetitiva relativa, podrá obtener una reducción de la multa hasta por 50% del máximo permitido.
- [131] Cabe mencionar que el Tribunal de Justicia en el marco del proceso 4-AN-2018 señaló que la SGCAN podría considerar en la resolución de los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución 2006 concluya que “... *Las declaraciones auto inculpativas efectuadas en el marco de un programa de clemencia no debieron ser utilizadas en su procedimiento de investigación, o que habiéndose probado la existencia de la conducta infractora la sanción debe ser menor ...*”.
- [132] El tema de clemencia no está expresamente contemplado en la Decisión 608 u otra norma andina. En el caso de los Países Miembros, las autoridades nacionales de competencia no solo establecen las multas, sino que además son las que tienen la posibilidad de reducirlas en casos de violaciones a la libre competencia ocurridas en su territorio. De acuerdo con la Decisión 608, la Secretaría General de la Comunidad Andina es la autoridad competente para conocer y establecer sanciones por violaciones transfronterizas de las normas de libre competencia. En base a esto, la Secretaría General puede tener la posibilidad y reducir las multas que pudiesen ser impuestas, asimilando lo que ocurre en los programas de clemencia o beneficios por colaboración, ya que como se ha indicado supra, en tanto no exista normatividad andina que regule expresamente el tema, en el marco de lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión 425.
- [133] En efecto, es preciso tener presente que la Secretaría General, de acuerdo con la Decisión 425, tiene la posibilidad de revisar sus Resoluciones. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho en los procesos sumarios por incumplimiento, que al imponer sanciones o al revisar las mismas, la Secretaría General podrá tomar en

²⁹ Artículo 26 inciso 3 del Texto Único de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la República del Perú – Decreto Supremo N° 030-2019-PCM.



cuenta para graduarlas o reducir las ciertos criterios en favor de los Países Miembros (por ejemplo, si han hecho gestiones para poner fin al incumplimiento, entre otros).

[134] Por otro lado, el artículo 4 de la Decisión 425 establece que la “*Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables*”.

[135] En este sentido, esta SGCAN para el presente caso se permite concluir lo siguiente:

- a. Sí hubo un proceso de clemencia solicitado por KCE ante la SCPM, y ésta aceptó la información alcanzada en dicho marco, lo cual se corrobora en el Oficio SCPM-IIAPMAPR-2014-375 de fecha 24 de julio de 2014. Por este motivo, le correspondía a KCE la exoneración de multa a nivel nacional de conformidad con el artículo 83 de la LORCPM. Cabe mencionar que, la conducta procesal de KCE ante la SGCAN fue muy distinta, pues no solamente no ratificó su solicitud de clemencia sino que muy por el contrario no cooperó en la investigación, no aportó prueba alguna de la colusión en los precios, no evidenció el cese de la conducta violatoria de la libre competencia, en suma, no desplegó ninguna conducta colaborativa, ni de delación, ni de aportes probatorios en la investigación supranacional ante las infracciones con efectos reales efectos trasfronterizos en el mercado de la subregión andina.
- b. Si bien la clemencia no se encuentra incorporada como figura jurídica en la Decisión 608, es preciso indicar que el artículo 34 de la citada norma comunitaria estipula que la conducta procesal de los investigados es uno de los factores a tener en cuenta en la graduación de la multa. En el presente caso, es preciso señalar que durante el proceso KCE no fue para nada colaborativa ni aportante, sino antagónica y obstructiva, así que mal puede pretender esa empresa el que su solicitud inicial ante la SCPM la ampare plenamente ante la SGCAN.

[136] En ese sentido, la SGCAN procede a evaluar la graduación de las sanciones a las empresas investigadas y sancionadas, para lo cual previamente procederá a resolver los recursos de reconsideración interpuestos.

8. ANÁLISIS DE LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN

[137] En el marco de lo señalado en los puntos anteriores, a continuación, se evaluarán los cuestionamientos formulados contra la Resolución 2006 de la SGCAN, a fin de determinar la procedencia de este.

[138] Como ya se ha indicado previamente, los asuntos a evaluar se refieren a las siguientes temáticas:

En lo relativo a aspectos económicos:

- (i) Relación de control societario en el Grupo Kimberly y el Grupo Familia.
- (ii) Órdenes impartidas desde las matrices para la ejecución de conductas anticompetitivas en el mercado ecuatoriano.
- (iii) Sobre el rol de los gerentes andinos.



- (iv) Horizonte temporal de los acuerdos.
- (v) Sobre los ejercicios económicos presentados
- (vi) Sobre la cuantificación de los efectos de la práctica en el mercado ecuatoriano.
- (vii) Sobre la utilización de los factores PLUS.
- (viii) Sobre la interpretación del objetivo, alcance y limitaciones del Artículo 5 de la Decisión 608

8.1 Respeto a la relación de control societario en el Grupo Kimberly y el Grupo Familia

[139] El recurso de reconsideración interpuesto por la SIC, correspondiente al expediente N° 002/LC/SG/2016 plantea lo siguiente:

“(...) [L]a sola existencia de control societario no permite concluir que los efectos de un cartel empresarial en el que está involucrado el controlante se extienda a todos los mercados con filiales. A esto se le adiciona que debería tomarse en cuenta las características propias de cada mercado.”³⁰

[140] En el recurso de reconsideración de PFSE dicha empresa coincide con el planteamiento formulado por la SIC, al alegar lo siguiente:

“34. El ‘argumento societario’ de la SGCAN es una falacia del hombre de paja, pues lo único que demuestra es algo que no está en discusión, que no ha sido presentado como defensa por las partes por, entre otras razones, no ser relevante para el caso. De ese modo la SGCAN pretende eludir su carga de probar que los eventuales actos anticompetitivos realizados por las filiales de Kimberly-Clark y de Productos Familia en Ecuador derivaron del cumplimiento de una orden directa desde sus matrices en Colombia.

35. La existencia de una situación de control entre tales compañías, no constituye indicio ni prueba de ninguna clase para sustentar que las matrices de Kimberly-Clark y Productos Familia hubieran fijado los precios para los productos en el mercado ecuatoriano. Coincidimos en este punto por lo expresado por la SIC en su recomendación frente al Informe Técnico, particularmente en cuanto a que:

‘[L]a sola existencia de control societario no permite concluir que los efectos de un cartel empresarial en el que está involucrado el controlante se extienda a todos los mercados con filiales [...] Adicionalmente, como ya se indicó líneas atrás, el hecho de ocupar un cargo regional no implica que las decisiones que se tomen en el país sede se repliquen en otro país o en todos los

³⁰ Folio 7256 del expediente.



países en los que se tiene injerencia. Aunque tales decisiones pueden ser relativamente similares, deberán tener en cuenta las características propias de cada uno de los mercados.'

36. (...) [N]o existe una sola prueba que permita concluir que entre las casas matrices ubicadas en Colombia haya tenido lugar una fijación de los precios para los distintos productos y referencias del mercado ecuatoriano, ni que se haya transmitido una información en tal sentido de las matrices hacia las filiales, y mucho menos obra prueba alguna que permita señalar que en Ecuador se aplicaron precios que hubiesen sido establecidos o fijados desde sus matrices en Colombia. Por el contrario, lo que si se encuentra plenamente demostrado en la investigación es que el mercado ecuatoriano se desarrolla bajo condiciones muy diferentes y que en aquél los funcionarios locales de PFSE contaban con total autonomía para determinar y establecer los precios."³¹

[141] Los argumentos continúan en el párrafo 108:

- "108. (...) [L]a anterior situación lo único que demuestra es que entre las empresas matrices establecidas en Colombia y sus respectivas filiales en Ecuador existe una relación de naturaleza societaria y si se quiere de control accionario. No obstante, la existencia de una situación de control entre tales compañías no constituye un indicio, ni prueba de ninguna clase, en cuanto a que las matrices Colombiana Kimberly-Clark y Productos Familia Colombia hubieran fijado los precios para los productos en el mercado Ecuatoriano ni tampoco que los eventuales actos anticompetitivos realizados por sus filiales en Ecuador hubieran derivado del cumplimiento de una orden directa desde las matrices en Colombia, ya que se trata de dos personas jurídicas distintas.
109. En ese sentido, la situación de control societario de las sociedades Colombiana Kimberly-Clark y Productos Familia Colombia sobre sus respectivas filiales en Ecuador, no tienen la capacidad de demostrar que fueron las primeras quienes originaron la práctica anticompetitiva en el mercado ecuatoriano, como tampoco desvirtúa que dicha situación se hubiera originado directamente desde las filiales en Ecuador. "Se trata de dos circunstancias muy distintas, la relación de control societario y el origen de una práctica anticompetitiva, sin que se puedan equiparar como una sola circunstancia y bajo una sola responsabilidad, ya que ello sería tanto como asumir que el acto de una criminal resulta siempre de la instigación de su padre. Nada más errado y contrario a derecho."³²

[142] Finalmente, el MINCETUR agrega lo siguiente:

³¹ Folios 7650 y 7651 del expediente.

³² Folios 7651 del expediente.



“31. En nuestra opinión la resolución N° 2006 carece de argumentos jurídicos que permitan sustentar por qué la SGCAN considera que el lugar donde se tomaron las decisiones y la estructura societaria de las empresas involucradas son criterios que, por sí solos, permitirían inferir que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del artículo 5 de la decisión 608.

32. Efectivamente, el lugar donde dichas decisiones se toman no puede ser un criterio que, analizando de forma individual, permita a la SGCAN afirmar la existencia de un acuerdo anticompetitivo con origen en un país y con efectos en otro. El elemento fundamental que debería ser tomado en cuenta es la afectación al comercio internacional, como ya ha sido mencionado.”³³ [Énfasis añadido]

[143] De lo todo lo anterior, la SGCAN comprende que los cuestionamientos realizados con relación de control societario en el Grupo Kimberly y el Grupo Familia se enfatizan los siguientes puntos:

- a) El control societario no es prueba suficiente para concluir que la conducta se originó en Colombia y tuvo efectos en Ecuador.
- b) Se carece de pruebas que demuestren que en Colombia se fijaban precios para el mercado del Ecuador.
- c) Se debió demostrar afectación al comercio intrasubregional.

Análisis de la SGCAN

a) *Respecto a que el control societario no es prueba suficiente para concluir que la conducta se originó en Colombia y tuvo efectos en Ecuador*

[144] Tanto la SIC, MINCETUR y PFSE señalan que el argumento desarrollado en la Resolución 2006 de la SGCAN, respecto a la estructura de funcionamiento del Grupo Kimberly y del Grupo Familia no resulta prueba suficiente para concluir que la conducta se originó en Colombia y tuvo efectos en el mercado del Ecuador.

[145] En la Resolución recurrida se exponen de manera detallada diversos elementos que evaluados de manera conjunta permiten a la autoridad regional constatar que la estructura de funcionamiento del Grupo Kimberly y del Grupo Familia facilitó la conducta anticompetitiva regional bajo la siguiente forma: con origen en Colombia y efectos en Ecuador. En particular entre los párrafos [705] a [716] de la Resolución 2006 se hacen precisiones con relación a la estructura de funcionamiento del Grupo Kimberly y el comportamiento entre la matriz y las filiales:

“[705] Sumado a todo lo anterior se deben señalar otros elementos más a los ya expuestos y que también formaron parte los hallazgos tomados en cuenta en la Resolución N° 2006 para llegar a la conclusión que la estructura organización del

³³ Folio 7297 del expediente.



Grupo Kimberly facilitó la conducta investigada que tuvo origen en Colombia con efectos en Ecuador. Se trata de la información pública respecto a las relaciones de la matriz con las filiales del Grupo Kimberly y del manejo de sus Estados Financieros, a saber:

“En las cascadas los líderes comparten información con todos los miembros de nuestro equipo. A través de estos espacios de difusión, la dirección informa a los mandos medios sobre la gestión de la empresa, y estos, a la vez, hacen lo mismo hacia el resto de colaboradores. Estos espacios se implementan tanto a nivel regional como local. De esta manera, garantizamos que, como equipo, estemos alineados a los valores corporativos y a nuestros sueños (objetivos); presentamos los hitos de la gestión y establecemos las etapas que nos llevan a alcanzar nuestras metas’ (la negrilla es nuestra). Se observa también que existe este tipo de diálogo a nivel andino: ‘Cascada anual andina: Participan los miembros del Comité de Gerencia de cada país, gerentes de unidades de negocio, gerentes andinos y coordinadores regionales.’ Esto muestra la fuerte interacción entre las empresas y que las políticas son discutidas al interior de la gerencia andina y de esta hacia los gerentes nacionales.

Esta forma de trabajar también se muestra en los Estados Financieros de la compañía en Colombia, en los que se detalla la información de las filiales (entre estas Ecuador) dando un tratamiento igual a las empresas locales y las filiales en la región andina, como se observa en las Notas a los Estados Financieros de los años 2009, 2010, 2011, entre otros; información que consta en el expediente confidencial de la SIC 14-151027, carpetas Kimberly 11 y Kimberly 12.”³⁴ [énfasis añadido]

- [146] Por otro lado, entre los párrafos [717] a [723] de la Resolución 2006 se detalla la estructura de funcionamiento del Grupo Familia con relación a la estructura de su accionariado y el manejo de las operaciones desde Colombia hacia Ecuador y su relación de subordinación.
- [147] En efecto, con toda la evidencia expuesta en los párrafos antes señalados y las notas a pie de página de la Resolución 2006 de la SGCAN, se concluye que las estructuras organizacionales y los correos referidos muestran que al más alto nivel decisorio se estableció una conducta anticompetitiva en Colombia que se ejecutó y tuvo sus efectos en Ecuador³⁵.
- [148] De forma adicional, para fundamentar el criterio de dependencia estructural presente entre la casa matriz (Colombia) y la casa filial (Ecuador), la misma Resolución 2006 de la SGCAN entre los párrafos [628] a [641] expone los correos electrónicos que intercambiaban las empresas investigadas, cuyos hallazgos dan cuenta que, desde los inicios de la conducta anticompetitiva, la casa matriz

³⁴ Nota a pie de página 236 de la Resolución 2006 de la SGCAN.

³⁵ Párrafo [725] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

ubicada en Colombia ya tenía conocimiento de las prácticas realizadas en territorio ecuatoriano.

- [149] Si bien, los aspectos relativos a las órdenes impartidas desde las matrices para la ejecución de conductas anticompetitivas en el mercado ecuatoriano y el rol de los gerentes andinos en el marco de la investigación corresponden a asuntos que se evaluarán en los próximos acápite, vale la pena traer a colación lo señalado en los párrafos [639] a [641] de la Resolución 2006:

“[639] (...) 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 ejerciera control sobre CKE y Productos Familia S.A. ejercía control sobre PFSE. (...).

[640] El hecho que fueran las matrices colombianas las que iniciaron la cartelización y buscaran las reuniones y los contactos para los acuerdos en Ecuador, acompañado de una estructura empresarial en la que la cadena de mando depende de las decisiones de la matriz, demuestra que la conducta se origina en Colombia.

[641] De esta forma, se concluye que la conducta consistente en acuerdos entre las empresas para la fijación directa o indirecta de precios en los productos de papeles suaves existió y tuvo su origen en las casas matrices colombianas de las empresas investigadas, es decir CKC y Productos Familia S.A. Los acuerdos de dichas empresas ordenadas en Colombia se ejecutaron en sus filiales en Ecuador por sugerencia de sus directivos andinos, efecto que será evaluado con más detalle en la sección 5 del presente documento referida al análisis del efecto real.” [notas a pie de páginas omitidas y énfasis añadido]

- [150] De lo citado anteriormente, es importante rescatar que dicha afirmación parte del mismo Gerente General de PFSE (a partir de una entrevista realizada por la SGCAN el 2 de agosto de 2017, en las oficinas de Guayaquil).

- [151] Por todo lo señalado, se debe precisar que la estructura organizacional del Grupo Kimberly y del Grupo Familia es uno de los elementos tomados en cuenta en la Resolución 2006 de la SGCAN (además de correos electrónicos y de entrevistas realizadas en el procedimiento de investigación) que permiten concluir que la conducta consistente en acuerdos entre las empresas CKC y Familia para la fijación directa o indirecta de precios en los productos de papeles suaves en el mercado del Ecuador existió y tuvo su origen en las casas matrices colombianas de las investigadas³⁶.

³⁶ Cabe señalar que toda esta información guarda correlación con las declaraciones de Luis Fernando Palacios y Rafael Hincapié proporcionadas por KCE durante la etapa preliminar del procedimiento adelantado por la SCPM en el marco del expediente investigativo signado con el N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-009, y que posteriormente fue suministrado en la solicitud de investigación presentada por la SCPM ante la SGCAN.



- [152] En consecuencia, contrariamente a lo señalado por la SIC, MINCETUR y PFSE, la estructura de funcionamiento del Grupo Kimberly y del Grupo Familia resulta prueba suficiente y subsidiaria para concluir que la conducta se originó en Colombia y tuvo efectos en el mercado del Ecuador.
- [153] En ese sentido, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la SIC, MINCETUR y PFSE.
- b) *Respecto a que se carece de pruebas que demuestren que en Colombia se fijaban precios para el mercado del Ecuador***
- [154] La SIC y PFSE sugieren que en la Resolución 2006 se busca determinar, sin contar con pruebas, que en las compañías matrices de las investigadas se han fijado precios para los productos en el mercado ecuatoriano. Sobre este aspecto, resaltan que los mercados de Colombia y de Ecuador se desarrollan bajo condiciones distintas y que los funcionarios de PFSE contaban con total autonomía para determinar y establecer precios.
- [155] Al respecto, se debe precisar que el argumento formulado por la SIC y PFSE parte de una presunción errada, pues en ninguna parte de la Resolución 2006 de la SGCAN se busca demostrar que las matrices de las empresas investigadas fijaron los precios para el mercado del Ecuador. Como se ha explicado en el punto anterior, lo que se ha podido constatar durante la investigación que desde Colombia se recibieron las directrices para que las filiales en Ecuador puedan llevar adelante las conductas anticompetitivas.
- [156] Cabe mencionar que, las constataciones a las que arriba la SGCAN en la Resolución 2006 responden a una conducta regional distinta a la que sugieren la SIC y PFSE en este extremo de sus alegatos. La SGCAN ha tenido presente durante todo el procedimiento y así se refleja en la Resolución recurrida que los mercados de Colombia y Ecuador responden a distintas realidades económicas tal como lo han planteado las empresas investigadas, hecho que no se ha buscado desvirtuar, tal como se hace notar por ejemplo en los párrafos [676] o [917] del mencionado acto administrativo.
- [157] Como se aprecia, la SGCAN nunca ha desconocido que el mercado de papeles suaves en Colombia y Ecuador corresponden a realidades distintas, por ello, señalar que la Resolución 2006 pretende demostrar que en Colombia se fijaban los precios para el mercado ecuatoriano carece de sustento. Todo lo contrario, conociendo las distintas realidades de los mercados de ambos países andinos, se llega a evidenciar que la fijación de precios entre las empresas investigadas se determina en Ecuador, pero bajo la directriz de la casa matriz ubicada en Colombia.
- [158] Entonces, debe quedar absolutamente claro que en la Resolución 2006 no se pretende evaluar el efecto del comercio de papeles suaves de origen colombiano en el mercado del Ecuador, o de los precios de los productos colombianos sobre los precios de mercado de papeles suaves en Ecuador, tal como se aclara en el párrafo [953] del mencionado acto administrativo:

“[953] Respecto al análisis del comercio y de los precios en Colombia frente a los precios en el Ecuador, nuevamente se aclara que el origen de la cartelización no se da porque los productos sean colombianos, (...). El origen se da porque



se dio la orden desde la casa matriz colombiana y no por el producto, en este sentido no es pertinente analizar las cifras de comercio presentada por las partes ni las cifras de precios de Colombia frente a los precios en el Ecuador.”
[nota a pie de página omitida y énfasis añadido]

[159] Por tanto, contrariamente a lo que sugiere la SIC y PFSE nunca se buscó demostrar que las compañías matrices de las investigadas fijaban los precios para los productos en el mercado ecuatoriano.

[160] En ese sentido, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la SIC y PFSE.

c) *Respecto a que se debió demostrar afectación al comercio intrasubregional*

[161] El MINCETUR y PFSE señalan que se debió demostrar una afectación al mercado³⁷ o comercio intrasubregional a efectos de enmarcar la conducta y sus efectos en el ámbito del artículo 5 de la Decisión 608. Ello, insinuando que la figura de una conducta originada en un País Miembro (Colombia) y los efectos que se puedan ocasionar en otro País Miembro (Ecuador) no podría circunscribirse en el ámbito la mencionada norma andina.

[162] Para responder a este cuestionamiento resulta importante hacer referencia al artículo 5 de la Decisión 608. Si bien, más adelante, en un acápite específico se desarrolla de manera detallada aspectos relativos al alcance del artículo 5 de la Decisión 608, conviene también traer a colación algunos elementos expuestos en la Resolución recurrida.

[163] Respecto a la disposición contemplada en el artículo 5 de la Decisión 608, se tiene lo siguiente:

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

- c) *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,*
- d) *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 registrarán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.” [énfasis añadido]

³⁷ Bajo el supuesto que ha esgrimido PFSE, que la práctica consistía en concertar los precios en Colombia para ser aplicados en Ecuador. Desde este punto de vista, se estaría asumiendo que los mercados de ambos países (mercado subregional) no presentan diferencias. Hecho que se ha aclarado, nunca fue el argumento planteado por la SGCAN.



- [164] Como se aprecia, en ninguna parte del artículo 5 de la Decisión 608 se señala que, únicamente, el efecto de la conducta debería ser sobre el mercado o el comercio intrasubregional. Tampoco se excluye, como lo sugiere el MINCETUR que el lugar donde se toman las decisiones no puede ser un criterio que permita a la SGCAN afirmar la existencia de un acuerdo anticompetitivo con origen en un país y efectos en otro.
- [165] Ahora bien, a fin de complementar el análisis y determinar que bajo la estructura organizacional de la casa matriz Colombia – filial Ecuador, que presentaba el Grupo Kimberly y el Grupo Familia y sobre los cuales se evidenciaron las conductas anticompetitivas, se tomó en cuenta lo señalado en el Proceso 05-AN-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCAN) a efectos de entender el alcance del artículo 5 de la Decisión 608, que leído de manera conjunta con el artículo 7 de la misma norma andina dieron cuenta que las prácticas originadas en un País Miembro que tengan efectos en otro País Miembro constituyen casos en el ámbito de la Comunidad Andina. Ello se aprecia en los párrafos [251] a [255] de la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [166] Sin perjuicio de lo anterior, también se puede hacer referencia al Proceso 484-IP-2018 del TJCAN, publicado en la GOAC el 8 de mayo de 2020, donde se menciona lo siguiente:
- “2.2. *Como señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608, un aspecto importante en el diseño de un sistema de defensa de la libre competencia de ámbito regional es la definición del ámbito objetivo de su aplicación; es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas y su alcance geográfico.*
- 2.3. *Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de defensa de la libre competencia de cada país miembro, sino que, especialmente, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia debido al ámbito geográfico de la práctica o conducta anticompetitiva o sus efectos.*
- (...)
- 2.5. *Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y donde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término “transfronterizo”. Estos casos, dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la SGCAN con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.”*
[notas a pie de páginas omitidas y énfasis añadido]
- [167] Así, con lo señalado en la Resolución 2006 de la SGCAN, respecto a la lectura del artículo 5 de la Decisión 608 y la jurisprudencia del TJCAN plasmada en el Proceso 05-AN-2015, y con lo complementado en este documento, respecto al desarrollo que realiza el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina en el



Proceso 484-IP-2018, no queda duda que en el marco del funcionamiento de las estructuras organizacionales de la casa matriz Colombia – filial Ecuador de los grupos Kimberly y Familia la conducta anticompetitiva originada en Colombia con efectos en Ecuador constituyen casos transfronterizos que deben ser atendidos por la SGCAN.

[168] Por tanto, resulta incorrecto señalar que únicamente los efectos sobre el mercado o comercio subregional constituyen asuntos de índole comunitario, tal como lo sugiere el MINCETUR y PFSE.

[169] En ese sentido, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la MINCETUR y PFSE.

8.2. Órdenes impartidas desde las matrices para la ejecución de conductas anticompetitivas en el mercado ecuatoriano

8.2.1. De los correos electrónicos enviados por funcionarios de Kimberly –Clark Ecuador a sus directivos

[170] El recurso de reconsideración interpuesto por la SIC se plantea lo siguiente:

“Adicionalmente, la Resolución No.2006 de 2018 aludió a “pruebas” de la investigación colombiana que demostrarían que el cartel empresarial habría continuado, al menos hasta 2013. Sin embargo, no se especificó a qué pruebas se refería ni cómo las mismas evidenciarían el efecto del cartel empresarial de Colombia en Ecuador, por lo cual una afirmación así de ligera difícilmente podría sustentar la conclusión de la existencia de un cartel comunitario.

Frente a los correos electrónicos cabe anotar que aquellos titulados “RE: Precios línea industrial” de 24 de agosto de 2001 y “RE FAMILIA FAMILIAR X 4 22MTS” del 9 de diciembre de 2004, dan cuenta exclusivamente de un acuerdo en Ecuador.

Frente al correo remitido el 10 de diciembre de 2002, se resalta que se trata de una comunicación que da cuenta de un acuerdo en el mercado de pañales en Colombia, por lo cual resulta impertinente en la presente investigación.

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.

*En virtud de lo expuesto, **se concluye que ninguna de las pruebas tomadas de la investigación colombiana sirve para demostrar la existencia de un cartel subregional o la extensión de los efectos del cartel colombiano al mercado ecuatoriano.**”³⁸*

[171] De igual forma PFSE, en su escrito agrega aspectos referidos al uso de los correos que demuestran la concertación de precios y alega lo siguiente:

³⁸ Folio 7260 del expediente.



- “121. *A pesar de que en los Alegatos al Informe de Resultados se expusieron objeciones sustanciales respecto al alcance que se dio a algunos correos electrónicos internos, en la Resolución 2006 no se hizo la más mínima consideración frente a los repartos presentados por la defensa del Grupo Familia, limitándose en el referido acto prácticamente a la transcripción de los mismos apartes presentados en el Informe de Resultados.*
122. *Cabe reiterar que, tal y como se reconoce en la Resolución 2006, los referidos correos electrónicos fueron enviados por funcionarios de Kimberly-Clark Ecuador directamente hacia funcionarios de la Matriz del Grupo Kimberly en los Estados Unidos. Sobre este aspecto referido acto señala lo siguiente:*
- ‘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 papales suaves y pañales respectivamente, algunos de los cuales se copia a continuación’ (destacado fuera del texto)*
123. *Es decir que dichos correos como se afirma en la Resolución 2006, estaban dirigidos a funcionarios de la Matriz del Grupo Kimberly establecida en EE.UU y no de la matriz en Colombia, como se constata a verificar el nombre de los destinatarios a quienes iban tales comunicaciones. Pero, además, del contenido de tales correos no es posible establecer que los hechos acaecidos en el mercado ecuatoriano hayan derivado de una ‘orden’ proveniente de la colombiana Kimberly-Clark.*
- (...)
125. *Por otra parte, aunque la SGCAN ha pretendido darle valor probatorio a tales correos electrónicos aduciendo que para el momento en que se originaron se encontraba vigente la decisión 285 y que en esa medida son susceptibles de ser tenidos como prueba en la presente investigación; con todo respeto se debe recordar que la imputación realizada en la presente investigación tiene como fundamento legal la decisión 608 y no la decisión 285. En este punto es oportuno recordar que la Decisión 285 fue sustituida en su integridad por la Decisión 608, motivo por el cual los referidos a la imputación normativa en que se sustenta el presente caso, al ser anteriores a la entrada en vigencia de la norma cuya trasgresión se imputa.*
126. *Finalmente, se debe tener en cuenta que al pertenecer algunos correos al expediente SIC No. 13-266923, relativo*



a la investigación de pañales adelantada por la autoridad de competencia en Colombia, los mismos no fueron solicitados ni trasladados al expediente de la SGCAN, por lo que dicho ente supranacional debe abstenerse de utilizar tales elementos como prueba para cualquier efecto dentro de la presente actuación, inclusive para pretender utilizarlos como elementos de “contexto”, toda vez que resultan impertinentes e ilegales frente a la investigación adelantada por la SGCAN.”³⁹

Análisis de la SGCAN

- [172] De lo todo lo anterior, la SGCAN comprende que en los cuestionamientos realizados al carácter sobre las pruebas de relación de control se enfatizan el siguiente punto: los correos electrónicos mencionados en la Resolución 2006 de la SGCAN no dan prueba suficiente de un cartel regional.
- [173] Al respecto, se tiene que indicar que, la SGCAN al inicio de la investigación tenía indicios de supuestas prácticas para limitar la venta de marcas propias a algunos de los supermercados en Ecuador. Posteriormente, en el desarrollo de la investigación no se encontraron restricciones en esta materia ni evidencia de que se hubiera concretado una conducta en Colombia con efectos de reparto de mercado en el Ecuador, tal como se hace referencia en el párrafo [676] de la Resolución 2006 de la SGCAN:

“[676] Respecto al correo tomado de la Resolución de la SIC en el caso de pañales, cabe indicar que es una información pública, que había sido incluida en la Resolución 1855 de la SGCAN y si bien eran parte de casos diferentes tanto en el marco nacional como en el marco comunitario, en el correo se menciona un posible acuerdo para restringir la venta de marcas blancas en el canal consumo para papel higiénico. Dicho correo fue utilizado como indicio para analizar la conducta referida en el literal c) del artículo 7 de la Decisión 608, y al respecto, se desestimó la práctica de repartición de mercados, toda vez que luego de consultas a los supermercados ecuatorianos, la SGCAN pudo encontrar que no se habían registrado inconvenientes de proveeduría de marcas blancas por parte de las empresas investigadas, que ameritaran continuar con una investigación en ese sentido.”
[énfasis añadido]

- [174] Sobre el uso de correos enviados por CKC a su casa matriz, es necesario aclarar que dichos correos han sido utilizados como una prueba que permitió a la SGCAN entender la coordinación existente entre las investigadas, así como identificar el comportamiento y la manera de las mismas de concertar la práctica anticompetitiva, mismos que sumados a la explicación desarrollada en el acápite anterior (5.1 de este documento) y al que se procederá a evaluar (5.3 de este documento) fueron elementos que apoyaron las conclusiones a las que se llegaron. Haciendo una revisión de los correos observados en la Resolución 2006 se tiene:

“(…) con el correo electrónico, citado en la apertura, con el asunto “RE: Precios línea industrial” de 24 de agosto de 2001,

³⁹ Folios 7671 y 7672 del expediente



enviado por LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ, pare entonces gerente comercial de KCP de KIMBERLY, dirigido a RICARDO MEJÍA, Presidente de KIMBERLY hasta el año 2004, y ALBERTO ARISTIZABAL, directivo de la línea de consumo de KIMBERLY para 2001, desde los inicios del cartel de precios se buscó una coordinación de las compañías en ambas líneas de negocio. Veamos:

“Dr. Ricardo,

En oportunidades anteriores se acordaron precios con la competencia del papel higiénico y no fueron dados a la línea de KCP, de allí una descoordinación en ambos negocios. En nueva reunión con familia ellos se dieron cuenta de la falta de comunicación entre las áreas de la compañía, llevando a un caos, de tal forma que no fue una falta de control de precios sino una falta de comunicación que no se debe presentar entre las áreas.

En nueva reunión efectuada con la competencia tanto de consumo como de KCP, donde estuvo presente el Dr. Jaime López se hizo un **acuerdo de precios tanto de consumo como de KCP**. Los precios que escribe Don Alberto Aristizabal en su mail son los acordados.

Por favor díganme a qué precios hay que vender? Sí eso fue lo acordado no sé por qué ahora se viene con algo diferente.

La intención es la regulación de precios, no es el interés de hacer ruido en precios donde realmente las ventas nuestras no son significativas.

La regulación de precios se hace de acuerdo con lo acordado, los problemas anteriores son de comunicación y falta de acercamiento entre consumo y KCP.

Estoy dispuesto a recibir todo tipo de sugerencias para resolver los problemas.

LUIS FERNANDO PALACIO” (subrayado y negrillas fuera del texto original)⁴⁰

“(…) correo electrónico del 9 de diciembre de 2004 denominado con el asunto “RE FAMILIA FAMILIAR X4 22MTS” remitido por MARIO LOOR (KIMBERLY) y dirigido a GILLERMO PINZON (KIMBERLY) con copia a ANTONIO CAICEDO GUTIERREZ (KIMBERLY) se expresó:

“Guillermo,

Creo que esto **demuestra una vez más que no podemos creerles a los amigos de FAMILIA**. Me imagino que se

⁴⁰ Párrafo [627] de la Resolución 2006 de la SGCAN.



bajaron por nuestro precio y se mantendrán para cerrar el año. Creo que debemos mantener el precio original de lanzamiento y tratar de desgastarlos y presionarlos para que suban esta presentación y Bob Esponja.

(...)

En ninguna provincia mantienen sus precios, ni existen igualdad de condiciones comerciales.

Espero sus comentarios.

ML⁴¹ [notas a pie de página omitidas y énfasis añadido]

"ANTONIO CAICEDO, Gerente para Ecuador de KIMBERLY para la época, en correo electrónico enviado el 10 de diciembre de 2002 dirigido a GLENN ABRAHAM KARLOV, Director General de KIMBERLY en Estados Unidos para la época, manifiesta:

"Glenn:

Como ya nos imaginamos llegó la competencia de pañales. Es bastante raro que lo que aparentemente está realizando Zaimela, sacando sus marcas de la percha, cuando en realidad debió pedir más espacio.

Por casualidad, sin saber de esta última noticia, el día de ayer llamó Mi Comisariato a Guillermo Pinzón para pedirle una cita (fuentes cercanas nos informan que es con el fin de que nosotros les hagamos marca propia en PH). La cita se las estamos dando para la próxima semana para ganar tiempo.

Inmediatamente nos comunicamos con Familia y les informamos de las intenciones de Mi Comisariato y les reiteramos que nuestra respuesta será negativa. Ellos nos dijeron que también van a continuar negándose, pues es obvio que una vez nos nequemos los llamaran a ellos.

No sé si te parece, pero sería muy interesante que a nivel Regional confirmaras de esta decisión de las dos compañías en Ecuador con el señor Mauricio Meza de Familia."⁴² [énfasis añadido]

" (...) correo electrónico de 3 de julio de 2002, con asunto "FW: ACUERDOS COMPETENCIA FAMILIA" enviado por GUILLERMO PINZÓN (KIMBERLY) dirigido a GLENN ABRAHAM KARLOV (KIMBERLY), JAIME SEMPETEGUI, SUSY VASCONCELLOS, EMANUEL SOLARI, RODRIGO CAMPOS, MARÍA EUGENIA VÉLEZ y MÓNICA CHÁVEZ con copia a RICARDO MEJÍA (KIMBERLY) lo siguiente:

"Durante una larga jornada de negociaciones con Familia en donde pretendían cambiar la comparación

FLOR vs CONFORT
SCOTT vs MAS

⁴¹ Párrafo [628] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

⁴² *Ibidem*.



Basándose en que la calidad actual de nuestros papeles es superior, resaltando el hecho de que en Colombia son competencia Scott y Confort y aduciendo que el solo argumento de comunicación (SUAVIDAD) que utilizamos para FLOR corresponde al segmento premium. Por nuestra parte se reconoció el tema de calidad mas no el cambio de comparación, ya que en el mercado local ecuatoriano la realidad es otra, hemos acordado lo siguiente, dejando para una mayor y posterior instancia lo concerniente a CALIDAD.

De todos modos llegamos a los siguientes acuerdos, después de pretender que los precios se establezcan por metro:

1. El recargo en precio de un producto similar será el 65 % del sobre metraje que tenga la presentación.

Me explico: SCOTT x 30mts/Mas x 22mts= 36 % mas papel x 0,65= 23% Sobre precio de SCOTT vs MAS SCOTT 2/1x 45mts/Mas 2/1 x 40mts= 12,5 % mas papel x 0,65= 8% Sobre precio de SCOTT vs MAS

SCOTT 1 H x 44mts= NO tocamos el tema a propósito por nuestra parte, a fin de dejar este papel para competir con MAS 22 mts a paridad de precio.”⁴³ [notas a pie de página omitidas y énfasis añadido]

- [175] De estos correos se puede inferir que los funcionarios de KCE conocedores de los acuerdos en Colombia, reportaban a los directivos sobre los acuerdos que se estaban transmitiendo al Ecuador, adicionalmente prueban no solo la existencia del acuerdo de precios a nivel regional, que se reconoce expresamente en su texto, sino también la coordinación respecto de ambas líneas de negocio, consumo e institucional.
- [176] De esta manera, contrariamente a lo señalado por la SIC y PFSE los correos electrónicos mencionados en la Resolución 2006 de la SGCAN constituyen prueba suficiente que acredita la práctica de un cartel regional.
- [177] Por tanto, corresponde desestimar los cuestionamientos de la SIC y PFSE respecto a este extremo.

8.2.2. De las declaraciones de María Carolina Arenas

- [178] 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 Y MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZABAL– coincidieron en afirmar que el acuerdo colombiano no tuvo relación alguna con un potencial acuerdo en Ecuador. En el mismo sentido, todos los presuntos participantes del cartel realizado en Ecuador - Manuel Muñoz Merizalde y Rafael

⁴³ *Ibídem.*



Hincapié Cadamer - coincidieron en que los pactos realizados en ese país fueron independientes y no tuvieron relación alguna con Colombia.”⁴⁴

[179] El escrito continúa en la siguiente referencia:

*“Frente a la intervención de **MARÍA CAROLINA ARENAS ARIZTIZÁBAL**, 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 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.*

*Además, se resalta **MARÍA CAROLINA ARENAS ARIZTIZÁBAL**, que solo tenía funciones en la línea institucional, indicó enfáticamente que en el acuerdo realizado en Colombia nunca se habían fijado condiciones para los productos o el mercado ecuatoriano.”⁴⁵*

[180] De igual forma, PFSE hace mención a las declaraciones de María Carolina Arenas en el siguiente escrito:

“127. Otro elemento en el cual se basan las conclusiones de la Resolución 2006, tiene que ver con la supuesta búsqueda de acercamientos de Carolina Arenas con funcionarios de Kimberly-Clark Ecuador y el exhorto para el desarrollo de reuniones en ese país con el fin de acordar precios. Al respecto se señala en el referido acto que “[e]n 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” agregando en apartes posteriores que “[d]esde el cargo de María Carolina Arenas 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”.

128. De manera categórica debemos señalar que, en ninguno de los apartes de su declaración Carolina Arenas manifestó que entre los años 2000 y 2001 hubiera buscado acercamientos para acordar precios en el mercado ecuatoriano. De hecho, en su misma declaración la señora

⁴⁴ Folio 7252 del expediente.

⁴⁵ Folio 7259 del expediente.



Arenas manifestó que para esa época, ella fue contactada por Adrián Velazco de Kimberly-Clark Ecuador, “Véngase para acá”, con el propósito de que se desplazara a las oficinas de Kimberly-Clark Ecuador en Guayaquil para tratar temas de industria, principalmente relacionados con los dispensadores de papel. Respecto de la reunión señalada por Carolina Arenas en el año 2006, cabe señalar exactamente lo mismo, en cuanto a que el propósito de esta estuvo relacionado específicamente con el tema de dispensadores, tal y como manifestó en su declaración. Por consiguiente, no es cierto que la señora Arenas haya buscado o incentivado un acercamiento en los años ya mencionados, y mucho menos para acordar las listas de precios de Productos Familia Ecuador y Kimberly-Clark Ecuador en Ecuador.

129. Por consiguiente, la Resolución 2006 parte de aseveraciones que no corresponden a la realidad de lo declarado por Carolina Arenas, pretendiendo dar a la misma un contexto distinto al de sus manifestaciones, ya que no es cierto que dicha funcionaria hubiera buscado en los años 2000 o 2001 acercamientos para acordar precios en el mercado ecuatoriano, como tampoco que hubiere incentivado reuniones en Ecuador para acordar precios en dicho país.”⁴⁶

Análisis de la SGCAN

- [181] De lo todo lo anterior, la SGCAN comprende que en los cuestionamientos realizados al carácter sobre las pruebas de relación de control se enfatiza el siguiente punto: la participación de María Carolina Arenas en el mercado ecuatoriano esta infundada por los comentarios realizados por su persona en las declaraciones realizadas ante la SIC.
- [182] Al respecto, la SGCAN tiene que tomar nuevamente a consideración que la posición de gerente andino, sí puede dar lugar a que las actividades realizadas en un inicio en el territorio colombiano por parte de la investigada, puedan ser trasladadas e irrumpir en acuerdos anticompetitivos para el mercado ecuatoriano, la misma SGCAN pone a colación el hecho de que, hubieron más agentes vinculados a la investigación que corroboran la participación de Kimberly y Familia en acuerdos referidos al canal consumo.
- [183] Para poder corroborar dicha afirmación se trae a colación lo expuesto en la Resolución 2006 de la SGCAN:

“[636] 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 me invitaba a subir el precio de una referencia que yo tenía muy por

⁴⁶ Folios 7672 y 7673 del expediente.



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 buscando a Adrián Velasco 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 (...).”

[184] De la declaración expuesta anteriormente, podemos ver como daba lugar a la participación activa de María Carolina Arenas para el mercado geográfico ecuatoriano siendo la representante de la investigada para la concertación de precios.

[185] Por lo expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos presentados por la SIC y PFSE respecto a este extremo.

8.2.3. De las declaraciones para el canal consumo vs canal institucional

[186] Respecto a las declaraciones del canal consumo vs el canal institucional, la SIC argumenta en su recurso de reconsideración lo siguiente:

*“En relación con las declaraciones de **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** y **VLADIMIR RUIZ QUINTANA**, que fueron empleados de **KIMBERLY COLOMBIA** en la línea de consumo se resalta que siempre indicaron que su participación se limitó a un acuerdo colombiano y nunca informaron nada en relación con supuestos efectos en Ecuador que derivaran del cartel en Colombia, por lo contrario, las citas que usa la SGCAN solo acreditan la forma en la que se realizaban los acuerdos en Colombia y únicamente en lo atinente en la línea de consumo.*

Sobre el particular no puede olvidarse que el acuerdo ecuatoriano solo tuvo alcance en la línea institucional, por lo que las declaraciones de estos dos exempleados de Kimberly, que solo tuvieron funciones realizadas con la línea de consumo en el territorio colombiano, resultan impertinentes desde todo punto de vista. En efecto María Carolina Arenas y Luis Fernando Palacio, que según la SGCAN influenciaron en el acuerdo ecuatoriano, solo tenían funciones en la línea institucional.”⁴⁷

Análisis de la SGCAN

[187] De lo todo lo anterior, la SGCAN comprende que en los cuestionamientos realizados al carácter sobre las pruebas de relación de control se enfatiza el siguiente punto: los

⁴⁷ Folio 7259 del expediente.



acuerdos en el mercado ecuatoriano solo dan lugar a afirmar que hubo participación en canal institucional.

- [188] En respuesta a las declaraciones realizadas, la SGCAN en la misma Resolución 2006 de la SGCAN se constata que a partir de la resolución 31739 se encuentran pruebas de que para el canal de consumo se buscó la coordinación también:

“(...) el Despacho pudo constatar que el acuerdo versaba sobre las dos líneas de los productos del mercado (consumo e institucional) de papeles suaves. De hecho, como se ilustra con el correo electrónico, citado en la apertura, con el asunto “RE: Precios línea industrial” de 24 de agosto de 2001, enviado por LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ, pare entonces gerente comercial de KCP de KIMBERLY, dirigido a RICARDO MEJÍA, Presidente de KIMBERLY hasta el año 2004, y ALBERTO ARISTIZABAL, directivo de la línea de consumo de KIMBERLY para 2001, desde los inicios del cartel de precios se buscó una coordinación de las compañías en ambas líneas de negocio. Veamos:

“Dr. Ricardo,

En oportunidades anteriores se acordaron precios con la competencia del papel higiénico y no fueron dados a la línea de KCP, de allí una descoordinación en ambos negocios. En nueva reunión con familia ellos se dieron cuenta de la falta de comunicación entre las áreas de la compañía, llevando a un caos, de tal forma que no fue una falta de control de precios sino una falta de comunicación que no se debe presentar entre las áreas.

*En nueva reunión efectuada con la competencia tanto de consumo como de KCP, donde estuvo presente el Dr. Jaime López se hizo un **acuerdo de precios tanto de consumo como de KCP.** Los precios que escribe Don Alberto Aristizábal en su mail son los acordados.*

Por favor díganme a qué precios hay que vender? Sí eso fue lo acordado no sé por qué ahora se viene con algo diferente.

La intención es la regulación de precios, no es el interés de hacer ruido en precios donde realmente las ventas nuestras no son significativas.

La regulación de precios se hace de acuerdo con lo acordado, los problemas anteriores son de comunicación y falta de acercamiento entre consumo y KCP.

Estoy dispuesto a recibir todo tipo de sugerencias para resolver los problemas.



LUIS FERNANDO PALACIO” (subrayado y negrillas fuera del texto original.”⁴⁸

- [189] El correo citado anteriormente hace mención a la presencia de Luis Fernando Palacio en la participación del acuerdo para el canal de consumo. Es importante recordar que el sujeto, en su calidad de Gerente Andino, y acorde con el informe motivado por la SCPM en la Resolución 2006 de la SGCAN tuvo participación directa en el mercado colombiano y ecuatoriano para la realización de las concertaciones de precios, por lo que de entrada eso ya constituye en un indicio para que la SGCAN pueda pensar que, efectivamente hubo afectación en el segmento consumo.
- [190] Aunado a ello la SGCAN provee ejercicios económicos⁴⁹ que dan a conclusión, similitudes de variaciones de precios en el canal de consumo ecuatoriano con los con la participación de PFSE y CKE, dando robustez al argumento de que para los productos *Papel Higiénico* y *Pañuelos desechables* se constató de efectos anticompetitivos con origen de la concertación realizada entre las investigadas.
- [191] Por tanto, los alegatos presentados por la SIC en este extremo quedan infundados.

8.3. Sobre el rol de los gerentes andinos

- [192] 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**, no era un funcionario de **KIMBERLY COLOMBIA** que influenciara en **KIMBERLY ECUADOR** sino un funcionario andino con funciones independientes en **COLOMBIA, ECUADOR** y otros países. De esa forma podía haber autorizado o tolerado un acuerdo, por ejemplo, de repartición de cuotas de participación en Venezuela, un acuerdo para restringir la entrada de competidores en Perú, un acuerdo de precios en Colombia y otro acuerdo de precios en Ecuador, lo que no implicaría de ninguna forma que se tratara de un solo cartel o de un acuerdo de afectación regional, sino de acuerdos independientes en los cuales **LUIS FERNANDO PALACIOS GONZÁLEZ** sería infractor en cada país y la empresa para la que trabaja, pero no responsable de un acuerdo andino.”⁵⁰ [énfasis añadido]*

- [193] En su mismo escrito, más adelante, cuando hace referencia al gerente andino de Familia, señala lo siguiente:

*“(…) si se considera, en gracia de discusión, que **LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ** y **MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZABAL** fueron los creadores y gestores del acuerdo que afectó a Ecuador, la SGCAN olvida que ninguno de los dos funcionarios tenía injerencia alguna en el canal de consumo, por lo que de ser cierta la deducción de la SGCAN –que no lo es– no*

⁴⁸ Párrafo [627] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

⁴⁹ Véase página 201 de la Resolución 2006: Análisis económico del canal consumo.

⁵⁰ Folio 7255 del expediente.



podría afirmarse que existió afectación alguna en tal línea de negocio.⁵¹ [énfasis añadido]

- [194] Por su parte CKC hace referencia a la Resolución 1855 de la SGCAN relativo a la denuncia presentada por un ciudadano colombiano, contra la empresa Kimberly Clark / EEUU por presunta violación al régimen de competencia andino, la que según el denunciante “*propició un cartel de precios dentro de toda la zona andina en los bienes pañales, cuadernos y papel higiénico*”.

Análisis de la SGCAN

- [195] De lo anterior la SGCAN entiende que la SIC y CKC cuestionan los siguientes aspectos en la Resolución 2006 de la SGCAN:

- a. El rol de los gerentes andinos para poseer influencia en los mercados tanto de Colombia como de Ecuador.
- b. El rol de los gerentes andinos para poseer influencia en los segmentos institucional y consumo.

- [196] A continuación, se procederá a evaluar cada uno de los puntos mencionados.

a) *Sobre el cuestionamiento al rol de los gerentes andinos para poseer influencia en los mercados tanto de Colombia como de Ecuador*

- [197] La SIC y CKC cuestionan lo señalado en la Resolución 2006 de la SGCAN respecto al papel que tuvieron los gerentes andinos en la determinación de la conducta anticompetitiva de alcance regional, y al respecto manifiestan que, un nivel de dirección regional no es la que define si la conducta proviene de un territorio dado y si sus efectos se producen en otro.

- [198] Sobre este punto es importante, en primer lugar, hacer referencia a lo señalado en el acápite 5.1 de este documento, en el cual se exponen los hallazgos expuestos en la Resolución 2006 de la SGCAN que dan cuenta de la relación de control societario existente en el Grupo Kimberly y el Grupo Familia, y por medio del cual se logra constatar que desde las empresas CKC y Familia, ubicadas en Colombia, se daban las directrices a CKE y PFSE para la fijación directa o indirecta de precios en los productos de papeles suaves en Ecuador.

- [199] Adicionalmente, es necesario hacer referencia a las pruebas encontradas y expuestas en la Resolución 2006 de la SGCAN relativas a la participación de los altos cargos directivos de CKC y Familia en la referida conducta que se originó en Colombia y tuvo sus efectos en Ecuador.

- [200] En efecto, en la Resolución 2006 de la SGCAN se hace referencia al folio 18 del expediente confidencial de la SIC signado con N° 14-151027, relativo a la investigación que adelantó dicha entidad por prácticas restrictivas de la libre competencia en la República de Colombia, el cual muestra evidencias de que se tuvo acercamientos entre los directivos de CKC y PFSE en Colombia para acordar precios en Ecuador, hecho que fue reflejado en el párrafo [710] del acto administrativo recurrido, a saber:

⁵¹ Folio 7260 del expediente.



[710] (...) [E]s claro que la política de cartelización que se originó en Colombia a partir de los funcionarios de cargo directivo de la subregión andina de Kimberly Clark Corporation, a partir de la política de incentivos de la compañía, se fomentó a los directores subregionales a ordenar la realización de las prácticas colusivas en otros países de la subregión. De esta forma, desde el año 2001 se encuentra que el señor Ricardo Mejía, presidente de CKC para la época se intercambiaba correos²³⁷ con el señor Luis Fernando Palacio González en su calidad de Director Andino de KCP, en los que este último solicitaba tener coordinación entre los canales institucional y consumo dentro del acuerdo. Si bien estos correos hacen referencia al mercado colombiano, estos generaron una duda razonable respecto a la posible coordinación en Colombia, tanto en el canal institucional como en el canal de consumo, con efectos en Ecuador, dado que las conversaciones se adelantaron entre altos directivos con capacidad de decisión e influencia a nivel regional. [nota a pie de página omitida y énfasis añadido]

[201] De igual forma, en otra parte de la Resolución 2006 de la SGCAN se pueden mostrar la relación de los gerentes andinos en la conducta anticompetitiva, tanto del Grupo Kimberly como del Grupo Familia. En el caso del Grupo Kimberly se encuentran como pruebas, por ejemplo, los folios 28, 345, 346 del expediente confidencial de la SIC (N° 14-151027) y la Resolución 31739 de la SIC, a partir del cual se pudieron exponer los siguientes hallazgos:

[714] Una prueba adicional de este hecho, que muestra la estructura general en la que operaban las empresas, se encuentra en el testimonio realizado por un exfuncionario del canal consumo de CKC, quien rindió declaraciones ante la SIC, (Folios 345 y 346 del expediente confidencial de la SIC), en las que menciona que las decisiones se tomaban a nivel de las gerencias regionales andinas, las cuales eran conocidas por el área legal de la compañía:

(...)

[715] *En el caso de CKC, 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 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.*



[202] Para el caso del Grupo Familia, se encuentran las siguientes pruebas: folios 1212 (audio de la señora Carolina Arenas, minuto 8:50 a 14:28), 2635, 2654 a 2678 del expediente confidencial de la SIC (N° 14-151027), escrito presentado por el PFSE del 25 de julio de 2017 en el marco del expediente 002/LC/SJ/2016 de la SGCAN⁵², que demostrarían la incidencia que tuvieron los gerentes andinos en la determinación de la conducta anticompetitiva regional, cuyos hallazgos quedaron reflejados en la Resolución 2006 de la SGCAN:

[719] *Está demostrado que la Gerencia Institucional ostentada durante el periodo de la cartelización por la Señora María Carolina Arenas Aristizábal, mantenía una línea de mando sobre la Gerencia institucional del Ecuador ejercida durante el periodo de cartelización por el señor Manuel Muñoz Merizalde.*

[720] *Las pruebas y testimonios muestran como desde el cargo de María Carolina Arenas 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 (...)*

[721] *En particular señala en la grabación que se reunió con Adrián Velasco (gerente para el canal institucional de KCE en la época) para hablar del mercado ecuatoriano, especificando que es un poco distinto al colombiano, puesto que en Colombia son manufactureros mientras que en Ecuador son convertidores, por lo que tiene una particularidad y es que tiene un costo de servir. Indica también que en Colombia los dispensadores se ponen en comodato mientras que el enfoque de Ecuador es dispensador vendido por lo que se puede utilizar cualquier marca y no hay exclusividad."*

[203] Como se aprecia, a partir de las pruebas citadas en la Resolución 2006 de la SGCAN, los folios 18, 28, 345, 346, 2635, 2654 a 2678 del expediente confidencial de la SIC signado con N° 14-151027, Resolución 31739 de la SIC, grabaciones de la señora Carolina Arenas (minuto 8:50 a 14:28, folio 1212 del expediente de la SIC), escrito presentado por el PFSE del 25 de julio de 2017 en el marco del expediente 002/LC/SJ/2016 de la SGCAN, se pudo constatar que, contrariamente a lo que señalado por la SIC y CKC, los gerentes andinos tenían un rol definitorio en la negociación e implementación de la conducta anticompetitiva originada en Colombia con efectos en Ecuador.

[204] Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la SIC y CKC.

⁵² Al respecto ver nota a pie de página 239 de la Resolución 2006 de la SGCAN.



- [205] Ahora bien, respecto a la comparación que se hace con relación a la Resolución 1855 de la SGCAN, en la que CKC insinúa que la SGCAN ante hechos similares a los del presente caso señaló, no se habría observado la conducta regional y que más se podría tratar de varias conductas anticompetitivas en paralelo, de orden nacional, se debe advertir que CKC hace un uso parcializado e incompleto de los elementos planteados en la mencionada Resolución.
- [206] En efecto, una lectura apropiada de dicho acto administrativo puede dar cuenta que el argumento que desliza CKC resulta inapropiado. A continuación, procederemos a contextualizar los hechos expuestos en la Resolución 1855 de la SGCAN.
- [207] En el marco del procedimiento que culminó con la expedición de la Resolución 1855 de la SGCAN se presentó la siguiente solicitud ajustada:
- [5] (...) *el 21 de Marzo de 2016, el señor Velandia mediante comunicación radicada con el ingreso 728 de 2016, remite una nueva solicitud, en la cual, denuncia como actor principal a Kimberly Clark – EEUU y manifiesta que dicha empresa se cartelizó a nivel regional con Familia-Sancela (Colombia-Suecia) y CMPC (Chile), en un acuerdo de precios y con un comportamiento coordinado en la zona andina lo cual, según el señor Velandia, va en contra de los literales a), b) y d) del artículo 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina;*
- [6] *Que en esta comunicación, indica que estas empresas 'coordinaron sus comportamientos en todos los países de la zona andina, fijando precios en uno y otro país (sic) miembros de la Comunidad Andina, es decir actuaron de forma transnacional, conllevando al daño en los bordes de cada país con sus pares andinos'*
- [7] *Que en esta segunda comunicación, reduce el ámbito identificado inicialmente a pañales y papel higiénico, igualmente sin hacer una descripción detallada de los productos" [notas a pie de páginas omitidas y énfasis añadido]*
- [208] De lo expuesto, se aprecia en la Resolución 1855 de la SGCAN que el solicitante es distinto (el Sr. Velandia) en comparación al procedimiento tramitado en el expediente 002/LC/SJ/2016. Asimismo, la denuncia sobre presuntas prácticas anticompetitivas recae sobre compañías ubicadas fuera del territorio andino y los efectos sobre el mercado de toda la región andina. Por otro lado, no sólo se denunciaba conductas restrictivas a la competencia en el mercado de papel higiénico, sino también en el de pañales. Por tanto, la Resolución 1855 de la SGCAN se diferencia del actual procedimiento respecto al solicitante, al mercado geográfico (liberal b) del artículo 5) y al mercado del producto.
- [209] Ahora bien, luego de revisada la solicitud del Sr. Velandia, en la Resolución 1855 de la SGCAN se indica que el efecto del cartel extra regional recaería en tres mercados andinos, Colombia, Ecuador y Perú y que detrás de ello, habría la participación de Luis Fernando Palacios (persona vinculada en los procedimientos



adelantados por las agencias de competencia de Colombia y Perú). En concreto, en el mencionado acto administrativo se señala:

[29] *A tenor de la solicitud, la práctica denunciada consistiría en un cartel regional que afecta a Colombia, Ecuador y Perú en la medida que 1) existen investigaciones de éstos países por cartelización de los sectores a los cuales se refiere el señor Velandia en su solicitud, 2) la SIC en decisiones preliminares consideró que existían elementos que permitían deducir la existencia de un cartel regional, 3) existe identidad de investigados en las distintas denuncias por carteles “nacionales” y 4) existe un individuo vinculado en las investigaciones de Colombia y Perú, lo cual permitiría deducir la relación entre los carteles investigados de manera nacional.*

[30] *De acuerdo con dicha descripción la solicitud se refiere a una conducta practicada en el territorio de tres Países Miembros (Colombia, Ecuador y Perú) por empresas cuyas matrices se encuentran en el exterior y cuyos efectos reales se producirían en los tres Países Miembros, por lo que se correspondería con lo previsto en el artículo 5 de la Decisión 608.* [nota a pie de página omitida y énfasis añadido]

[210] De esta manera, luego de revisar las pruebas aportadas en la etapa inicial del procedimiento, si bien existían los indicios de la participación del señor Luis Fernando Palacios en las conductas anticompetitivas investigadas en Colombia y Perú, no se acreditaba una vinculación entre ambos países como para señalar una posible conducta regional (al estar implicados dos países andinos). No obstante, a pesar de no contar con una investigación abierta en Ecuador, se presumía de una posible coordinación de precios entre Kimberly y Familia entre los mercados colombiano, ecuatoriano, e incluso venezolano, tal como se expuso en la Resolución 1855 de la SGCAN:

[85] *El señor Luis Fernando Palacio Gonzales, fue Gerente Comercial de Papeles Finos de Kimberly Colombia de 1999 a 2001; Gerente de Mercadeo de la División Family Care Andina de diciembre de 2001 a marzo de 2003; Gerente de negocio B2B de la línea cuadernos, papeles finos y el negocio institucional de 2003 a 2006; Gerente Andino de B2B y gerente comercial de la división de consumo masivo de 2005 a 2012; Gerente del Consumidor de 2012 a 2013 y Director de KCP de 2013 a 2014.*

[86] *El señor Palacio está siendo investigado en Perú de conformidad con la nota sucinta de INDECOPI que da cuenta de la apertura de Investigación, por su participación en un posible cartel en la comercialización de papel tissue. El señor Palacio, de otra parte, admitió frente a la SIC, su participación en el acuerdo de precios a nivel del mercado colombiano hasta el año 2013, siendo beneficiario del convenio de colaboración entre Kimberly y la SIC. No se especifica el momento exacto de su última participación en dicho cartel.*



(...)

[93] *No acreditan, sin embargo, la posible vinculación entre Colombia y Perú, dado el hecho que el señor Luis Fernando Palacio Gonzales de la empresa Kimberly esté siendo investigado, no constituye un indicio suficiente para suponer la existencia de prácticas restrictivas entre ambos mercados. Se tiene en cuenta, asimismo que la investigación en el Perú se entiende únicamente con Kimberly Perú, y Protisa (CMPC-Chile) y no con el grupo Familia y que Perú opera de manera independiente de Colombia dentro de la Subregión (...)*

[94] *En lo que concierne a la relación Colombia-Ecuador, los correos presentados aportan indicios suficientes como para presumir que entre Kimberly y Familia existió una coordinación con el fin de fijar precios en el territorio de Colombia y Ecuador.*

(...)

[102] *Los testimonios citados dan cuenta de la existencia de conductas cartelizadoras que involucrarían los mercados de Colombia y Ecuador, cuyos directivos habrían participado en reuniones que tenían por finalidad la fijación de precios. Asimismo, dan cuenta de la probable existencia de dos niveles de actuación que estarían interconectados: un nivel regional de coordinación de este tipo de política y un nivel nacional de ejecución o aplicación de la misma.*

(...)

[105] *De otra parte, dichas pruebas permiten presumir que existiría algún nivel de coordinación de precios entre Kimberly y Familia entre los mercados colombiano, ecuatoriano y venezolano, a través de los directivos locales y regionales de las respectivas empresas (...)*

(...)

[118] (...)

c. *Luis Fernando Palacio confesó su participación en el cartel colombiano y su cargo fue de coordinador del área andina hasta el año 2012. En tal sentido, su responsabilidad en las prácticas restrictivas de su empresa se limita hasta dicha fecha en el ámbito regional.* [notas a pie de páginas omitidas y énfasis añadido]

[211] Como se puede apreciar de los transcritos de la Resolución 1855 de la SGCAN, CKC omite hacer referencia a la totalidad de pruebas que se analizaron en aquel entonces. Una lectura correcta de los elementos expuestos da cuenta que se trata de hechos distintos, mercado geográfico y de producto distinto, y de coordinaciones de precios a dos niveles, regionales y nacionales, no lográndose verificar una conexión entre los mercados de Colombia y Perú, pero sí de la posible existencia de coordinaciones entre Colombia y Ecuador, por lo cual, se



desestima la solicitud para abrir una investigación de un posible cartel regional que involucre a los tres mercados, es decir, Colombia, Ecuador y Perú:

“[132] Cabe indicar que las pruebas presentadas se refieren únicamente a un posible cartel regional entre Colombia y Ecuador, hasta el año 2008, tal como se ha señalado antes, mas no acreditan siquiera a nivel indiciario la existencia de un cartel regional de Colombia, Ecuador y Perú.”

Que, del análisis efectuado se puede concluir que la solicitud presentada no cumple los requisitos previstos para su admisión conforme a la normativa comunitaria, por lo que corresponde desestimarla y declarar su archivo” [énfasis añadido]

[212] Por tanto, no resulta correcto señalar, como lo ha hecho CKC que, la SGCAN se contradice al constatar en el presente procedimiento la presencia de un cartel regional originado en Colombia con efectos en Ecuador ante hechos similares expuestos en la Resolución 1855 cuando se decidió archivar la solicitud. Como ya se explicó, el presente caso corresponde a una casuística distinta a la expuesta en la Resolución 1855.

[213] Además, cabe señalar que este hecho ya fue aclarado en la Resolución 1833, de apertura de la investigación, cuando se indicó lo siguiente:

“[7] Esta solicitud que se recibe ahora tiene conexión con la situación tratada en el expediente LC/SJ/001/MR-DP/2016, pero se observa que la solicitante es una persona distinta; que se refiere a una supuesta práctica restrictiva de la libre competencia en relación con el mercado ecuatoriano, extremo que no fue parte del ámbito de la Resolución antes referida; que son otras las empresas denunciadas (filiales de Colombia y Ecuador de Kimberly y filiales de Familia en Colombia y en el Ecuador); y que si bien coincide en cuanto al papel higiénico, la solicitud presentada por la SCPM abarca los demás tipos de papeles suave o tisú, por lo que su ámbito material involucra productos distintos.

[8] En virtud de ello, la solicitud recibida constituye una reclamación distinta de la que motivara el expediente N° LC/SJ/001/MR-DP/2016 conformando así un caso jurídicamente independiente del que fuera objeto de la Resolución 1855.”

[214] Por todas las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la CKC.

b) *El rol de los gerentes andinos para poseer influencia en los segmentos institucional y consumo*

[215] La SIC manifiesta que no se tendría una afectación al segmento consumo, al ser que los gerentes andinos (Luis Fernando Palacio y María Carolina Arenas) no tenían injerencia alguna en ese canal siendo gerentes del segmento institucional.



- [216] Al respecto se puede indicar que, en la Resolución 2006 de la SGCAN se exponen las pruebas que se revisaron y dieron lugar a la siguiente convicción: que los gerentes de la línea institucional también tenían injerencia sobre la línea de negocio de consumo.
- [217] Por ejemplo, entre los párrafos [626] y [627] de la Resolución 2006 de la SGCAN se citan como prueba el expediente confidencial de la SIC signado con N° 14-151027, además de la información recogida de las hojas 52 y 57 de la Resolución 31739 de la SIC de 2016 (enviado a la SGCAN el 9 de junio de 2017 en el marco del Plan de Investigación).
- [218] Cabe mencionar que, de acuerdo a la revisión de las pruebas citadas en la Resolución 2006 de la SGCAN se pudo constatar que al menos desde 1998 se llevaron a cabo reuniones de las investigadas en Colombia y que las primeras discusiones para fijar precios se dieron en el año 2000 en el canal institucional. Adicionalmente en la comunicación del gerente comercial de KCP dirigida a altos ejecutivos de la misma demuestra que la cartelización no solamente se daba sobre el canal institucional, sino también sobre el canal consumo.
- [219] De lo anteriormente citado, se puede evidenciar que la SGCAN ha comprobado que la conducta de concertación de precios realizada por KC y PFSE, fue coordinada tanto en el canal institucional como el de consumo.
- [220] Por todas las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la CKC.

8.4. Horizonte temporal de los acuerdos

- [221] De acuerdo a la SIC, para SGCAN la prueba que demuestra la continuidad del acuerdo hasta 2016 es la construida a partir del análisis económico realizado en la Resolución 2006⁵³. Sobre este cuestionamiento en particular, dicha agencia de competencia esgrime lo siguiente:

“(...) [D]e acuerdo con la doctrina sobre el estándar de pruebas para casos de acuerdos anticompetitivos, aún si el mismo tiene la modalidad de paralelismo consciente, el análisis económico es normalmente en sí mismo insuficiente, por lo que existe la necesidad de complementarlo con pruebas adicionales, que permitan descartar que el comportamiento de variables económicas se haya debido a un equilibrio competitivo en el mercado y, por el contrario, que permitan establecer que las mismas fueron resultado de un escenario cooperativo entre las empresas (cartelización).

*Así, si la única prueba de la existencia del acuerdo anticompetitivo en el periodo 2012 – 2016, corresponde a un análisis económico de la **SGCAN** del comportamiento de los precios del mercado, incluso dejando de lado las importantes críticas metodológicas que sobre el recaen y la imposibilidad de controvertirlo dado el desconocimiento de los datos económicos, dicha prueba por sí sola **es insuficiente** (...)”⁵⁴ [énfasis añadido]*

⁵³ Folio 7263 del expediente.

⁵⁴ Folio 7264 del expediente.



Análisis de la SGCAN

[222] En el propio recurso de reconsideración de la SIC, dicha agencia de competencia alega que la evidencia de paralelismo de precios por sí sola no es suficiente prueba para determinar la existencia de un acuerdo restrictivo. Añade que, la literatura sugiere que en aquellos casos en donde no se cuenta con pruebas directas del acuerdo, son necesarios la evaluación de factores adicionales o factores plus, haciendo referencia a la necesidad de contar con evidencia circunstancial que dé sustento probatorio a la existencia de un acuerdo entre los competidores del mercado⁵⁵.

[223] Al respecto, cabe señalar que para determinar la concertación de precios en el mercado del Ecuador en la Resolución 2006 de la SGCAN durante el periodo 2006 – 2016 la autoridad comunitaria se basó en el comportamiento de precios durante dicho periodo, pero además de otros elementos de información, como aquel obtenido de reuniones entre los competidores, las constataciones encontradas en la investigación de la SIC, así como de aquella información relativa a la orden de la casa matriz del Grupo Kimberly en los Estados Unidos de América de cesar los acercamientos con la competencia. En efecto, esos elementos fueron expuestos en el párrafo [942] de la Resolución recurrida:

“[942] En el presente caso, adicional al comportamiento paralelo de los precios y los elementos señalados de alta participación de mercado y comportamiento de precios diferente al de los costos de producción, se cuenta con “factores plus” como los siguientes:

- *Reuniones: Se confirman reuniones e intercambios de información mediante correos electrónicos por parte de KCE y PFSE, junto con sus directivas de Colombiana Kimberly Colpapel y Productos Familia S.A. entre los años 2000 a 2011, incluyendo aceptación de estos hechos por parte de las investigadas durante dicho periodo.*
- *Cartel en el mismo mercado de producto, con los mismos actores: La SIC encontró comportamiento anticompetitivo en el mercado institucional de papeles suaves por parte de Productos Familia S.A. y CKC en Colombia hasta el 20 de noviembre de 2013.*
- *Prueba de que iniciada la investigación por parte de la SIC en diciembre de 2013, KCC dio la orden a nivel regional de cesar cualquier contacto con la competencia.”*

[224] Adicionalmente, se efectuaron algunos contrastes a las series de precios de los productos de las empresas investigadas en Ecuador a fin de determinar si los mismos respondían a comportamientos naturales del mercado. Por ejemplo: (i) se comparó el precio frente a terceros, (ii) frente al precio de la pulpa de madera; y (iii) se realizó un análisis de volatilidad (a través del cálculo y evaluación del coeficiente de Pearson) para descartar factores comunes o un posible

⁵⁵ Folio 7265 del expediente.



rompimiento de las conductas a partir del año 2011 (límite del periodo sobre el cual las investigadas reconocieron su conducta anticompetitiva en Ecuador: periodo 2006 – 2011). Así, el análisis de estas variables confirmó el paralelismo para papel higiénico y toallas en el canal institucional y en los cuatro papeles analizados para el canal consumo, tal como se precisa en el párrafo [940] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

- [225] Ahora bien, a modo de ejemplo, durante la investigación también se citó información específica respecto a elementos que dan cuenta que la conducta anticompetitiva regional se pudo haber mantenido en 2012, 2013, e incluso febrero de 2014. Ello, a partir del rol que tenía el gerente andino en cabeza de Luis Fernando Palacios, la declaración de Sr. Manuel Muñoz como gerente institucional en PFSE y del Sr. Alvira como gerente general de CKC, expuestos en la Resolución 2006:

*“[610] Indica también la SCPM que ‘de los resultados de la investigación constante en el informe de la Autoridad de Competencia Colombiana se llega a determinar que los señores **Luis Fernando Palacio y María Carolina Arenas Aristizabal**, por sus calidades dentro de sus respectivas empresas **ostentaban un poder de decisión sobre el mercado andino**, decisiones, que eran ejecutadas y materializadas por Rafael Hincapié, Manuel Muñoz, Francia Elena Tanaka Ramón y Andrés Álvarez López. Cabe destacar también que el señor **Luis Fernando Palacio mantuvo su cargo de dirección a nivel regional andino hasta el mes de febrero de 2014.**”*

- [226] Como se aprecia, la SCPM hace notar que los actos colusorios entre Kimberly Clark y Familia se desarrollaron por lo menos hasta el año 2014, año en el cual el señor Luis Fernando Palacio se desvinculó de la compañía Kimberly Clark.

- [227] En la misma línea, en la declaración del señor Manuel Muñoz Merizalde, gerente institucional de PFSE entre 2005 y 2013 ante la SCPM, da indicios que entre 2005 y 2013 habrían sido cinco o seis los acercamientos, recalcando que no conocía exactamente las fechas, además, de recalcar que el principal producto en el que se realizaban los acuerdos era el papel higiénico jumbo doble hoja de 250 hojas, tal y como se detalla en su declaración:

“[973] En el caso del grupo Familia, los principales directivos en el Ecuador, y en especial el señor Muñoz 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.”

- [228] Por otra parte, cabe resaltar que no solo la declaración del Sr. Muñoz da indicios sobre la extensión temporal del acuerdo de acuerdo más allá del periodo 2006 – 2011



(periodo sobre el cual las investigadas reconocieron su conducta anticompetitiva en Ecuador), tal como se señala en la declaración del Señor Felipe Alvira:

“[715] En el caso de CKC, 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 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.”

[229] Por las consideraciones antes expuestas, queda claro que el análisis económico de los precios fue acompañado de pruebas directas, como correos o declaraciones, pero además de contraste con información económica de precios de terceras empresas, del costo del principal insumo empleado en la elaboración de papeles, entre otros, por medio de los cuales permitieron a la autoridad regional llegar a la conclusión razonable que la conducta de alcance regional se desarrolló durante el periodo investigado, es decir entre 2006 y 2016.

[230] Así las cosas, contrariamente a lo señalado por la SIC, en la Resolución 2006 de la SGCAN el análisis de paralelismo de precios fue acompañado por factores plus.

[231] Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la SIC.

8.5. Sobre los ejercicios económicos presentados

[232] El recurso de consideración interpuesto por la SIC plantea lo siguiente respecto al canal institucional:

*“(...) respecto al canal institucional corresponde a un análisis de la dinámica de los precios de cada producto. Para realizarlo la SGCAN identificó aquellas referencias de cada producto que son comunes a las investigadas y que representan la mayor participación en sus ventas y presenta gráficas de la evolución de precios de las investigadas para cada producto entre 2006 y 2016.
(...)”*

Frente a este ejercicio en general, la Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia) se permite indicar que es indispensable: (i) analizar el incremento en precios durante el periodo investigado descontado el efecto de inflación, con el fin de determinar si realmente el poder adquisitivo de los ecuatorianos se vio disminuido; (ii) revisar si los incrementos de precio el primer mes de cada año se deben al acuerdo anticompetitivo o simplemente corresponden al ajuste normal presupuestal y de incremento en



índice de precios que realizan todas las empresas al finalizar un año fiscal o calendario; (iii) identificar los determinantes de los precios de cada producto para concluir que dichos comportamientos no se deberían a choque comunes, por ejemplo, en costos o demanda de los productos.

Dado que los análisis anteriores no están presentes en la Resolución No. 2006 de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia) advierte que las conclusiones que de allí obtiene la **SGCAN**, carecen de rigor técnico necesario para poder ser concluyentes. En otras palabras, no es claro si la **SGCAN** consideró la posibilidad de que el paralelismo identificado haya sucedido a causa de choques comunes a todo mercado tales como la inflación, cambios en costos o incrementos de demanda, entre otros. Lo anterior cobra sentido en un escenario en el que la dinámica de los precios de un competidor no cartelizado (**PROTISA**) también es similar a la de los precios de los cartelistas, como más adelante se evidencia en la Resolución No. 2006 de 2018.”⁵⁶

[233] Respecto al canal consumo, la SIC manifiesta lo siguiente con relación a los precios:

“Para el segmento de consumo –en el que se recuerda no existe prueba directa en lo que respecta a Ecuador– la **SGCAN** también realizó ejercicios gráficos y de comparación de las dinámicas de precios. Para tal fin, y teniendo en cuenta que el canal consumo tiene un mayor número de referencias ofrecidas por los investigados de cada producto, la **SGCAN** utilizó un ejercicio de correlaciones de precios para determinar cuáles referencias podían ser comparadas entre empresas dependiendo de qué tan similares fueran sus dinámicas de precios.

El anterior ejercicio de clasificación, en consideración de esta Superintendencia está sesgando el análisis pues, de hecho, se están comparando las referencias con precios más parecidos, con lo cual la conclusión del análisis de dinámicas de precios posterior es redundante. Adicionalmente, no es claro si en la selección de cuáles referencias se compararían se tuvieron en cuenta factores diferentes al precio como presentación, cantidad de rollos y calidad, que podrían influir significativamente en el precio efectivo de los mismos.

Ahora bien, otra de las limitaciones del ejercicio de comparación de precios en el segmento de consumo es que, en algunas referencias, la dinámica de los precios del competidor principal **PROTISA** también es muy similar a la de los investigados. Así, los incrementos simultáneos o secuenciales utilizados por la **SGCAN** para concluir el efecto del acuerdo colombiano en Ecuador, podrían también tener una explicación válida diferente a la existencia del acuerdo, como lo es una competencia oligopólica en donde una empresa es líder en establecer sus precios y las demás la siguen. Con lo anterior, se llama la atención nuevamente sobre la

⁵⁶ Folios 7265 y 7266 del expediente.



necesidad de completar el análisis económico con pruebas indirectas (plus factor) de que el paralelismo era consciente y no producto de la competencia.”⁵⁷

[234] En línea de hablar sobre la evolución de precios, PFSE en su recurso de reconsideración destaca algunos elementos metodológicos utilizados por la SGCAN, donde realiza cuestionamientos en materia de cómo fueron armados estos índices de precios, alegando lo siguiente:

“157. En la descripción de la metodología empleada para realizar el análisis económico de la Resolución 2006, se indica que fueron tomados en cuenta ‘precios promedio ponderados, calculados de manera mensual’, los cuales aparecen expresados con ‘índices’. Por consiguiente, los análisis que condujeron a las conclusiones de la SGCAN no provienen de un comparativo de precios de una misma referencia, ni tampoco de sus variaciones reales en el mercado, sino de un precio promedio ponderado de un número plural de referencias, tomados además de manera mensual.

158. Así pues, los valores utilizados en el análisis por la SGCAN no corresponden a los precios de las referencias más próximas entre sí y a las fechas exactas en que se produjeron sus variaciones, sino a un promedio de precios sobre varias referencias, tomado en un período de tiempo, lo que refleja una situación absolutamente irreal. En esa medida, la metodología aplicada en el análisis contenido en la Resolución 2006 contiene dos sesgos. El primero, relacionado con la utilización de promedios ponderados de varias referencias y, el segundo, con la utilización de promedios mensuales, lo cual trae el efecto de eliminar las oscilaciones presentadas y no reflejar la realidad del mercado.

159. Por consiguiente, la metodología de análisis en que se basa la Resolución 2006 genera elementos distorsivos, que de ninguna manera permiten inferir un comportamiento real en el mercado y mucho menos sacar conclusiones frente a un supuesto comportamiento paralelo derivado de un acuerdo anticompetitivo.”⁵⁸

[235] A juicio de PFSE, los resultados evidenciados –respecto al aparente comportamiento diferenciado de los precios de los artículos comprendidos en la categoría de producto Familia Económico en el canal consumo– desvirtúan la idoneidad del análisis realizado por la SGCAN y sus conclusiones respecto a la existencia de un posible paralelismo de precios. Sugiere que esto invalida la hipótesis de paralelismo en precios, pues los precios reales del producto son los que se expondrían en el gráfico antes referido y no

⁵⁷ Folio 7269 del expediente.

⁵⁸ Folios 7678 y 7679 del expediente. Para ilustrar lo antes mencionado, PFSE presenta un gráfico denominado “Diferencia porcentual de los precios según referencia y el promedio de la marca Familia Económico” donde busca evidenciar que las diferencias porcentuales en el precio de cada artículo incluido en la categoría de producto Familia Económico del canal consumo empleado en el análisis de la Resolución 2006 de la SGCAN (PH FAMILIA ECONOMICO 12 PQ X4RLL, PH FAMILIA ECONOMICO X12 X48, PH FAMILIA ECONOMICO 4 PQ X12 RLL, PH FAMILIA ECONOMICO X1 X48, PH FAMILIA ECONOMICO 48 PQ X1 RLL y PH FAMILIA ECNOMICO X4 X48) presentan comportamientos diferenciados.



los promedios de éstas, de manera que resulta impreciso señalar la existencia de un acuerdo sobre un precio que ni siquiera se observa en el mercado⁵⁹.

[236] Finalmente, PFSE señala que los precios promedios ponderados empleados en el análisis económico de la Resolución 2006 están expresados en “índices”, tal como se aprecia en los anexos 1 al 5 de la referida Resolución, lo cual impide observar y tener claridad frente a las oscilaciones de las series analizadas y la dispersión de estas. Lo anterior resulta problemático, en la medida en que permite no apreciar la magnitud de cada rango del índice empleado, por lo cual no se logra observar las diferencias entre los precios empleados en el análisis⁶⁰.

[237] De igual forma, en el recurso de reconsideración de CKC se plantean cuestionamientos al análisis económico. Al respecto, indica que los índices de precios no suelen ser utilizados como prueba de concertación por las siguientes razones:

“En primer lugar, el nivel de agregación no permite evaluar los precios efectivos vigentes en un determinado periodo, sino que los que muestra es un comportamiento agregado, que no representa el verdadero funcionamiento del mercado en el cual se realizan diferenciaciones por tipo de cliente, volumen y en el cual los precios efectivos pueden variar incluso diariamente.

Esto se puede verificar en la agregación que realiza la SGCAN en los índices utilizados para todos los productos investigados, los cuales no diferencian entre tipo de clientes (o canal de venta); es decir, no diferencian el precio ofrecido a un distribuidor del ofrecido a un supermercado, por ejemplo³³. Como es evidente las condiciones comerciales aplicadas pueden ser diferentes en uno u otro caso, lo que hace que el precio que terminan pagando por compras sea diferente. De hecho, en el Anexo 6 de su Resolución 2006, la SGCAN reconoce que ‘el análisis se enfocará exclusivamente en Supermercados, Mayoristas y Distribuidores’³⁴. Sin embargo, cuando analiza los precios no hace una diferencia por cada tipo de clientes.

En segundo lugar, la agregación a través de índices mensuales no permite evaluar los cambios de precios que se podrían realizar diariamente. En ese sentido, los índices mensuales presentados podrían considerarse como ‘incremento concertado’, incrementos que se realizaron en días no cercanos. Incluso si fueran precios mensuales los que se desea comparar, la propia agregación podría mostrar resultados que no reflejan la realidad del mercado.

En tercer lugar, la agregación realizada para la construcción del índice de precios del canal institucional sólo indica que se agruparon los productos ‘blanco, doble hoja, de 250 m’, pero no se ha indicado específicamente qué productos se consideraron ni tampoco se explicó cómo fueron construidos los índices. En ese sentido, podrían existir series de precios de productos individuales que no incrementaron sus precios pero que, dada la forma en que

⁵⁹ Folios 7680 del expediente.

⁶⁰ *Ibidem*.



se han agregado los productos, podrían mostrar incrementos en sus índices mensuales.

En cuarto lugar, el índice de precios está tratando de analizar el comportamiento de los precios independientemente del precio efectivo, lo que no permite analizar si estos efectivamente coinciden. En otras palabras, aun cuando los índices podrían mostrar una conducta similar mensual, los niveles de precios efectivos pueden ser muy diferentes entre ellos, lo que contradice una hipótesis de concertación.

En quinto lugar, en algunos casos se han creado productos hipotéticos para comparar precios, producto que no se transan en el mercado. Así, para el análisis de lo ocurrido en el segmento institucional se ha estandarizado el producto 'toallas de papel en rollos, de color blanco, de distintos metrajes, cuyos valores fueron expresados en valores de venta de 100 metros'. Pese a que en los hechos se contaban con productos de KCE y Familia Ecuador con diferentes metrajes, para hacerlas comparables se estandarizaron las series de precios en términos de un producto de 100 metros.

En sexto lugar, el uso de índices de precios mensuales no es una práctica recomendada para llevar a cabo el análisis de una práctica concertada porque no permite identificar los niveles de precios efectivos y las fechas en las que estos se ajustan.”⁶¹ [notas al pie de página omitidas y énfasis añadido]

[238] Así, para CKC el análisis hecho por la SGCAN sobre la base de una evaluación de índices de precios y no sobre los precios efectivos, no permite extraer conclusiones válidas sobre la existencia de un comportamiento paralelo de los precios y menos sobre su vinculación con una concertación de precios origina en Colombia⁶².

[239] Finalmente, agrega CKC que, la SGCAN no concedió a las empresas imputadas un acceso completo a la información de precios y ventas utilizada por la SGCAN para emitir la Resolución 2006. Según indica la empresa, no conoció los precios de las otras empresas imputadas, con ello, la SGCAN habría vulnerado su derecho de defensa, reconocido en el literal c) artículo 3 de la Decisión 608, que comprende el derecho a producir material probatorio que les permita contradecir los resultados de la investigación, hecho que por sí solo determina la nulidad de la Resolución 2006, en virtud del literal a) del artículo 12 de la Decisión 425⁶³.

Análisis de la SGCAN

[240] La SGCAN observa cuestionamientos generales sobre el análisis de los precios efectuados en la Resolución 2006, pero también comentarios específicos sobre determinados productos de los segmentos de mercados analizados en dicho acto administrativo (canal institucional o canal consumo). Por tanto, al momento de evaluar los cuestionamientos generales, se abordará, cuando corresponda, la evaluación específica del cuestionamiento presentado sobre determinado producto del segmento de mercado al cual hacen referencia las Partes.

⁶¹ Folios 8101 a 8103 del expediente.

⁶² Folio 8103 del expediente.

⁶³ *Ibidem*.



- [241] Ahora bien, a modo de resumen, se encuentra que los cuestionamientos generales formulados por la SIC, PFSE y CKC abordan los siguientes aspectos:
- a) Utilización de precios de venta promedio en el mercado ecuatoriano, expuestos a nivel de índices.
 - b) Análisis de la inflación sobre los precios de venta en el mercado ecuatoriano y su efecto en el poder adquisitivo de sus consumidores.
 - c) Incidencia de los ajustes presupuestales de las compañías o de la inflación en el incremento de los precios de venta en el mercado ecuatoriano registrados en el primer mes de cada año.
 - d) Determinación de los precios de venta en el mercado ecuatoriano.
- [242] A continuación, se evaluará cada uno de los literales precedentes.
- a) *Sobre la utilización de precios de venta promedio en el mercado ecuatoriano, expuestos a nivel de índices***
- [243] Respecto a este asunto, tanto la SIC, como PFSE y CKC cuestionan que el análisis de precios efectuado en la Resolución 2006 de la SGCAN recaigan sobre promedios mensuales y no sobre precios efectivamente transados en el mercado, que los precios agreguen diferentes artículos para representar un producto que en efecto no se comercializa en el mercado; y que, además, se expongan a nivel de índices.
- [244] Según sugieren las Partes, la metodología empleada por la SGCAN en la Resolución 2006 de evaluar precios promedios de los productos investigados no es una práctica recomendada, pues sesga el análisis y no conlleva a obtener conclusiones acertadas.
- (i) Sobre la determinación de precios promedios mensuales*
- [245] Al respecto, se señala que los precios promedios mensuales eliminan las oscilaciones que pudieran presentar los precios de manera diaria, por esta razón resulta difícil sacar conclusiones apropiadas frente a un supuesto comportamiento paralelo derivado de un acuerdo anticompetitivo.
- [246] En primer lugar, se debe señalar que en la Resolución 2006 de la SGCAN se emplea para el análisis de precios, los promedios ponderados, obtenidos a partir de la información disponible en el expediente, en concreto, de la base de datos de ventas que proporcionaron CKE en su escrito de fecha 4 de setiembre de 2017 y PFSE en su escrito de fecha 10 de agosto de 2017⁶⁴.
- [247] Para obtener los precios promedio ponderados se empleó la base de datos de ventas reales de las empresas, disponible de manera mensual. Así, respecto a cada categoría de producto, el precio implícito con el que se realiza el análisis respectivo en la Resolución 2006 de la SGCAN refleja los ingresos reales percibidos por las empresas respecto a cada gama de productos, tomando en cuenta las cantidades vendidas. De allí que el precio implícito refleja el precio de aquel producto que haya sido comercializado en mayores volúmenes en cada mes.

⁶⁴ A modo de ejemplo, ver notas a pie de página N° 246 o N° 251 de la Resolución 2006 de la SGCAN.



[248] La explicación anterior fue dada en la Resolución 2006 de la SGCAN, en donde se señala que el análisis de precios se efectuó tomando como referencia los registros reales de las empresas investigadas en la medida que la lista de precios no constituía un buen referente para obtener determinaciones apropiadas, a saber:

“[950] Respecto al uso de precios promedio ponderados en lugar de usar los precios de lista, se debe aclarar que esto se realizó así por dos razones principales: i) La empresa KCE inicialmente se negó a entregar las listas de precios señalando que no tenía esa información disponible y que sus listas simplemente eran referenciales y no reflejaban el precio real del mercado. ii) una vez se obtuvo bajo insistencia la lista de precios de KCE, se encontró que dichas listas tenían muy pocas variaciones, es decir, se encontraba una lista o máximo dos listas de precios por año, las cuales incluso en periodos de más de dos años no registraban cambios.”

[249] En otra parte de la Resolución, específicamente en la nota a pie de página 252 se hace notar las limitaciones que presentaban las listas de precios:

“Esta evaluación no se realiza sobre las listas de precios de cada una de las empresas investigadas, debido a que representantes de cada una de ellas, indicaron que las mismas son guías referenciales de los precios de venta a nivel nacional, pues sobre los mismos se aplican descuentos de acuerdo al tipo de cliente. Al respecto, revisar entrevista a Manuel Muñoz (archivo 170801_001) minuto 32:00 y al director KCP de KCE (archivo 170803_002) minuto 15:50.”

[250] Como consta en la Resolución 2006 de la SGCAN, hubo razones justificadas por las cuales el análisis de los precios se realizó sobre promedios ponderados mensuales: (i) por la información disponible en el expediente; (ii) la veracidad de los datos al reflejar los ingresos reales de las empresas; y (iii) por las limitaciones que presentan las listas de precios.

[251] Ahora bien, contrariamente a lo señalado por las recurrentes, respecto a que el uso de precios promedio mensuales supuestamente no es una práctica recomendada para llevar adelante el análisis de una conducta concertada, en la medida que no permite identificar los niveles de precios efectos y las fechas en los que estos se ajustan, se debe advertir que este proceder también ha sido adoptado por las agencias de competencia de los Países Miembros, como un ejercicio más para constatar las presuntas conductas anticompetitivas, como se ha hecho en la Resolución 2006 de la SGCAN.

[252] A modo de ejemplo, y justamente para el caso de papeles suaves adelantado en Colombia, la SIC al momento de investigar la conducta de la empresa Kimberly empleó los precios promedio ponderados, dado que para cada segmento se contaba con muchas referencias respecto a los bienes que participan del mercado relevante⁶⁵:

⁶⁵ Folio 0170 del expediente.



“Debido a que cada empresa tiene diferentes referencias en cada segmento, es decir, tienen más de un producto doble hoja y más de un producto triple hoja, se hace necesario tener en cuenta las cantidades vendidas para cada una de estas referencias, por lo que se considera pertinente para simplificar el análisis obtener los precios promedio ponderado (...).” [énfasis añadido]

- [253] Así, la SIC con el ejercicio de análisis de precios promedio ponderado, junto a la valoración de otros elementos recopilados durante su procedimiento de investigación pudo constatar la práctica anticompetitiva cometida en su mercado, con lo cual determinó sancionar a las empresas infractoras. Similar proceder se ha efectuado en la investigación comunitaria que ha culminado con la expedición de la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [254] Por tanto, contrariamente a lo señalado por las recurrentes, el análisis de los precios promedio ponderados mensuales constituyen un elemento válido dentro de un procedimiento administrativo sancionador sobre el cual, acompañadas de la evaluación de otros elementos, se pueden obtener conclusiones apropiadas frente a un supuesto comportamiento paralelo derivado de un acuerdo anticompetitivo⁶⁶.
- [255] Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por la SIC, PFSE y CKC.

(ii) Sobre la agregación de productos

- [256] Tanto la SIC, PFSE y CKC cuestiona que en el análisis de precios se hayan agregado productos, sin tomar en cuenta algunas características como presentación, cantidad de rollos, calidad, tipo de cliente. De manera explícita cuestionan la agregación de los siguientes productos: de manera específica, se cuestiona que en la construcción del precio del papel higiénico jumbo del canal institucional no hubo una explicación; y de manera general, se cuestiona la agregación de los productos del canal consumo.
- [257] Como se ha señalado en el punto anterior (i), cuando se hace referencia al caso adelantado por la SIC respecto a papeles suaves, es una práctica usual que en los procedimientos adelantados por las agencias de competencia se puedan agregar productos si existen diferentes referencias respecto a los bienes que participan del mercado relevante.
- [258] Ahora bien, se señala en los cuestionamientos de las partes que la SGCAN no explicó cómo se definió el precio del papel jumbo institucional. Al respecto, se debe aclarar que en la Resolución 2006 se efectuó una precisión sobre el particular el cual se encuentra plasmado en la nota a pie de página 251, que señala lo siguiente:

⁶⁶ Si bien se cuestiona que aparentemente el precio de los artículos incorporados en la categoría Familia Económico se diferencian, debe señalar que, la agregación de los mismos es un método empleado por las agencias de competencia cuando se cuenta con diversidades de productos de similar categoría. En el caso específico que PFSE expone, se debe hacer notar que en el Anexo 6 se observa que los artículos se diferencian principalmente por el número de rollos de papel (1x48, 12x48, 4x48, 4PQx12 rollos, 48PQx12 rollos, 12PQx12 rollos). De allí que, el precio del producto se calculó por rollo. Además, se indica que aquellas diferencias abruptas que pudieran existir sobre los precios de los artículos, como podría estarse evidenciando en el gráfico que muestra PFSE, en el análisis de la SGCAN se realizó lo siguiente: “(...) se encontraron valores atípicos (los valores atípicos eliminados principalmente fueron en PFSE correspondientes a registros con ingresos negativos o ventas con precio cero o negativo) que podrían distorsionar la muestra, por lo que fueron eliminados, que resultan insignificantes y en todo caso representaban menos del 1% de las ventas de PFSE”. Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado, los precios promedio ponderados constituye un referente apropiado para efectuar el análisis de precios.



“En el caso de Kimberly, se empleó la base de datos de ventas que proporcionó dicha empresa en su escrito de fecha 4 de septiembre de 2017. El ámbito de productos registrados en la base de datos que se tomó en cuenta para calcular la serie de precios mensual del papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros, correspondiente al periodo 2006 – 2016, comprende a productos de la marca “Scott” y “Kleenex” de los siguientes códigos comerciales: 30160293, 30200242, 30212316, 30216419, 30160311 y 30200255. Sobre el particular, se debe precisar que en septiembre de 2010 se registró una sola venta, por apenas 40 rollos de papel higiénico, cantidad que fue, en promedio, 2 514 veces menor al volumen de ventas registrado en los demás meses del año 2010. Este registro de venta (de septiembre de 2010), de valor atípico, generaba como resultado un precio de venta promedio ponderado que se ubicaba 65% por arriba de los precios calculados para los demás meses del año 2010. Considerando ello, se procedió a estimar dicho valor como el promedio de los precios ponderados calculados para los meses de agosto y octubre de 2010.

En el caso de Familia, se empleó la base de datos de ventas que proporcionó dicha empresa en su escrito de fecha 10 de agosto de 2017. El ámbito de productos registrados en la base de datos que se tomó en cuenta para calcular la serie de precios mensual del papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros, correspondiente al periodo 2006 – 2016, comprende a productos de los siguientes códigos comerciales: 71150, 71152, 71154, 71151 y 71300. Sobre el particular, se debe precisar que para obtener los precios promedio ponderados mensuales (calculados como el valor de venta entre la cantidad vendida, para cada mes del periodo 2006 – 2016), no se tomó en cuenta los valores de venta negativos. Ello, con la finalidad de obtener un precio que no se encuentre distorsionado por transacciones que pudieran corresponder a devoluciones.

La serie de precios de ambas empresas (expresadas en números índice) pueden ser revisados en el Anexo 1 de este documento.”

- [259] Que en el caso de las toallas de papel en rollo (página 180), servilletas (página 191) y pañuelos desechables (página 198) también se detallan en la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [260] Respecto al canal consumo, también se puede indicar que existe una descripción detallada de cómo se agruparon los artículos, en el Anexo 6 de la Resolución 2006 de la SGCAN. Allí, se explica cuáles fueron los criterios tomados en cuenta para la agregación de productos, entre ellos las características de las múltiples referencias que presentaba este segmento de mercado⁶⁷.

⁶⁷ Si bien la SIC cuestiona un posible análisis segado de los precios en el canal consumo, por comparar aquellos productos cuyos precios presentan un mayor grado de correlación, se debe señalar que esta metodología fue sustentada en la Resolución 2006 de la SGCAN. En efecto, se explicó que, debido a la multiplicidad de referencias de productos en este segmento de mercado, una manera de poder acercarse al análisis a un posible paralelismo de precios fue realizando las correlaciones respectivas sobre productos comparables. Ahora bien, se debe destacar que el análisis no sólo se circunscribe al paralelismo de precios, sino, como se evidencia entre los párrafos [848] y [913] existe una evaluación de la variabilidad de los precios (incrementos) de manera



[261] Así, como se podrá apreciar, contrariamente a lo señalado por la SIC, PFSE y CKC, en la Resolución 2006 de la SGCAN al momento de agrupar los productos para efecto de realizar el análisis de precios se tomó en cuenta las características de las distintas referencias.

[262] Por tanto, corresponde desestimar los alegatos presentados por la SIC, PFSE y CKC respecto a este extremo.

(iii) Sobre la presentación de índices de precios

[263] En específico PFSE cuestiona que la presentación de los precios en índices no permite observar con claridad las oscilaciones de los artículos que se expenden en el mercado y tampoco de su dispersión.

[264] Respecto al hecho de presentar las cifras en índice de precios se puede traer a colación lo señalado por la SGCAN en la Resolución 2006:

“[947] Con relación al uso de un índice de precios con base enero de 2006 en el caso institucional se realizó simplemente por ser el primer dato de la muestra. No tuvo ningún interés de sesgar el análisis ni cambia en ningún momento los resultados de las variaciones de precios ni ningún otro indicador, pues el cambio de base únicamente genera un cambio de nivel y no modifica los comportamientos de las series. De la misma manera, como se mencionó en el análisis del canal consumo, el uso de la base julio de 2010 en dicho canal corresponde al mes en el que una mayor cantidad de productos de la muestra estaba disponible. Si se tomaba otros meses, por disponibilidad de información se debían utilizar bases distintas para los distintos productos lo cual no los haría comparables. Es decir, que el alegato de las partes es infundado.

(...)

[951] (...), se utilizaron los precios de venta efectivos, como indicadores del comportamiento a más corto plazo de las empresas. Cabe señalar que, por la forma como realizan los incrementos de precios en las empresas, consistente en un incremento por categorías de productos en los principales canales al mismo tiempo, este precio se aproxima sustancialmente a los precios de venta por canal y es un indicador apropiado del efecto en Ecuador de la conducta originada en Colombia. Dado que las modificaciones en los precios de lista de las empresas se daban una o a lo sumo dos

conjunta con los hallazgos encontrados en correos electrónicos o declaraciones efectuadas por altos funcionarios de las empresas investigadas, que sumados al examen económico del test de Pearson permitieron a la autoridad regional sacar sus conclusiones.



veces al año, la información de venta con una frecuencia de venta mensual (no diaria como señala el grupo Kimberly) es suficiente para encontrar los incrementos comunes de precios.”

[265] Respecto a este punto, traer a colación también que, la SGCAN elaboró un resumen de carácter no confidencial que contenía la información relativa a los índices de precios, tanto de las empresas investigadas como de sus competidores con el objetivo de que las partes presentaran los alegatos que consideraran pertinentes⁶⁸.

[266] El hecho de no exponer los datos reales (los precios efectivos), se debió a un derecho de las partes aportantes de resguardar la confidencialidad de la información proporcionada. Todo lo antes mencionado ya se había dejado en claro en los párrafos [497] a [500] y [930] de la Resolución 2006 de la SGCAN⁶⁹, por lo que se traen a consideración nuevamente:

“[497] Así las cosas, cabe señalar que la referida declaratoria de confidencialidad no ha implicado ningún detrimento del ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción de las investigadas, ya que cada una de estas piezas declaradas confidenciales tiene en el expediente público un resumen no confidencial en el cual se puede conocer el contenido.

(...)

[499] Asimismo, debe considerarse con respecto a la data económica que ha sido declarada como confidencial, que las partes han podido ejercer su derecho de defensa y contradicción sobre ella en tanto en los anexos del informe de resultados de investigación dicha información se plasmó bajo la modalidad de índices, que permiten observar el comportamiento de las variables sin develar datos comerciales que pueden dañar a las empresas.

[500] Teniendo en cuenta lo anterior, la SGCAN ha otorgado carácter confidencial a la información que ha cumplido con los requisitos de la norma comunitaria, tanto de aquella que fue proporcionada por las empresas investigadas como por otras empresas a las que se les requirió información.”

[267] Continúa la SGCAN su argumento en el párrafo [930] de la Resolución recurrida:

“[930] Respecto a la disponibilidad de la información de precios de los competidores, la SGCAN realizó en el informe un resumen no confidencial de la información consistente en índices de los precios utilizados, que permite a las partes observar el comportamiento de sus precios y de sus competidores. El hecho de no otorgar las bases originales se basa en un derecho de los aportantes de garantizar la confidencialidad de la información.”

⁶⁸ Ver párrafo de la resolución 2006 de la SGCAN.

⁶⁹ Ver páginas 91, 92 y 233 de la resolución 2006 de la SGCAN.



- [268] De esta manera, en la Resolución recurrida, se aclara por qué la reserva de la información respecto a los precios, derecho que debe preservar la SGCAN a fin de no exponer información comercial de las empresas investigadas y por ello, no debe entenderse como un acto que ponga en indefensión a las Partes.
- [269] La información económica presentada en los anexos del informe de resultados de investigación y en la Resolución No.2006, expresada en índice de precios permite observar el comportamiento de las variables, sin revelar información comercial que comprometiera a cualquiera de las empresas que colaboraron en la investigación.
- [270] Cabe resaltar que el uso de índices de precios no fue el indicador escogido para analizar la presencia de acuerdos en el mercado de papeles suaves, sino que fueron expresados los precios efectivos analizados para resguardar el criterio de confidencialidad bajo el cual cada firma a la que se le solicitó, entregó la información.
- [271] Así, por todo lo expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos presentados por PFSE respecto a este extremo.

b) *Respecto el análisis de la inflación sobre los precios de venta en el mercado ecuatoriano y su efecto en el poder adquisitivo de sus consumidores*

- [272] En el recurso de reconsideración de la SIC se cuestiona que en la Resolución 2006 de la SGCAN no se haya tomado en cuenta la inflación en la evaluación sobre los precios de venta en el mercado ecuatoriano. Ello, a fin de analizar el incremento en precios durante el periodo investigado descontado el efecto de inflación y determinar si realmente el poder adquisitivo de los ecuatorianos se vio disminuido.
- [273] Respecto a este punto es importante rescatar el argumento utilizado por la SGCAN para defender su postura de no haber deflactado la serie de precios de las empresas investigadas:

“[943] Respecto a no incorporar factores como la inflación en el análisis de las series de precios, en primer lugar, se debe dejar claro que el hecho de que exista inflación o un incremento generalizado de los precios en una economía no implica que todas las empresas deban subir en el mismo momento ni el mismo porcentaje que se incrementó la inflación. De hecho, la inflación es un promedio ponderado de incrementos y disminuciones de precios de distintos productos, por lo que una empresa no necesariamente debe comportarse con base en los indicadores de inflación.

[944] En segundo lugar, si se deflactan las series por la inflación, si bien el comportamiento creciente de los precios se reduce, el incremento similar en los mismos periodos de tiempo no se modifica, toda vez que las variables de precios de las dos compañías son divididas por el mismo deflactor, lo que implica una variación en la misma proporción para las dos series y el comportamiento similar se sigue observando.



[945] *Adicionalmente, cabe recordar la declaración del señor Rafael Hincapié, que en los minutos 17 a 18 de la grabación indica:*

“[Pregunta SCPM:] ¿En función de qué se preparó?

*[Responde Rafael Hincapié:] Nos sentamos en ese momento con el señor Manuel Muñoz y él me indicaba “deberíamos subir el Jumbo, no, necesito que tú subas el toalla” y yo en mi interior decía “pero si yo subo el toalla debería subir en otro producto”. ¿Los incrementos de precios en base a qué eran? **Usualmente se ponían estos incrementos de acuerdo a la inflación que podría existir. Supongamos que la inflación hubiera sido 4 o 5%, se decía sube el 4 o 5% y ahí se analizaba si se podía o no subir.**” En este sentido el argumento de las partes de la falta de la inflación en el análisis es infundado.”*

- [274] Respecto al párrafo 943, bajo la declaración de Rafael Hincapié⁷⁰ que afirma de que, la estrategia de las empresas investigadas para pasar por desapercibido cualquier alteración no justificada en los niveles de precios, era utilizar el argumento de un ajuste inflacionario. Queda aclarado que, si la SGCAN buscara seguir la recomendación de deflactar la serie, estaría en todo caso, descontando el efecto “concertación” que se imputa en la evolución de la serie de precios.
- [275] Además, con la comparación de la serie de precios se busca determinar ese paralelismo que, analizado conjuntamente con otros factores permitan a la autoridad regional constatar la conducta anticompetitiva en el mercado de papeles suaves en el Ecuador. Como se indicó en la Resolución 2006 de la SGCAN deflactar ambas series de precios tendrá un resultado inocuo a fin de observar o no ese paralelismo de precios, más aún, sabiendo que dicho factor (inflación) fue una variable tomada en cuenta en la coordinación de precios por parte las empresas investigadas.
- [276] Por otro lado, se debe indicar que la pérdida del bienestar del consumidor en Ecuador (tanto a nivel del mercado institucional como del mercado consumo) se evaluó de dos formas, por un lado, comparando los niveles de precios de venta de papeles suaves de las empresas investigadas con las de una tercera empresa no cartelizada en Ecuador; y por otro lado, de manera indirecta, tomando en cuenta el porcentaje de sobre ganancia que usualmente tienen las empresas que se coluden.
- [277] Así, nuevamente, deflactar los precios en la primera metodología empleada por la SGCAN para establecer la pérdida de bienestar del consumidor en Ecuador no tendrá ningún efecto, bajo las consideraciones expuestas por la SIC.
- [278] Por tanto, corresponde desestimar los cuestionamientos presentados por la SIC en este extremo.

⁷⁰ Declaración realizada al señor Rafael Hincapié el 28 de enero de 2015 en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador. Remitida por la SCPM a la SGCAN como anexo a la solicitud de investigación de fecha 20 de octubre de 2016.



c) Sobre la incidencia de los ajustes presupuestales de las compañías o de la inflación en el incremento de los precios de venta en el mercado ecuatoriano registrados en el primer mes de cada año

- [279] Sobre este punto, la SIC recomienda a la SGCAN hacer un análisis adicional a los precios para verificar si el incremento que registraban a inicios de los años era a causa del ajuste presupuestal o de la posible concertación de precios.
- [280] En primer lugar, se debe indicar que la recomendación planteada por la SIC en su recurso de reconsideración no viene acompañada de los elementos que permitan a esta autoridad regional realizar dicha contrastación.
- [281] En segundo lugar, dentro de la información que obra en el expediente no se cuenta con la documentación pertinente, como podría ser los presupuestos anuales de cada una de las compañías denunciadas en Ecuador para el periodo 2006 – 2016. Ello, con la finalidad de efectuar el ejercicio sugerido por la SIC.
- [282] Así, entendiendo que la SIC tampoco ha podido efectuar dicha evaluación a fin de presentar en su escrito de reconsideración los hallazgos encontrados, este hecho impide a la SGCAN contar con nuevos elementos probatorios que puedan ser evaluados en este procedimiento de reconsideración contra la Resolución N° 20006.
- [283] Siendo ello así, la SGCAN mantiene los resultados de su evaluación efectuada y expuesta en la Resolución 2006 de la conducta originada en Colombia con efectos reales en Ecuador cometidos por el Grupo Kimberly y el Grupo Familia.
- [284] Por tanto, corresponde desestimar los cuestionamientos de la SIC en este extremo.

d) Sobre la determinación de los precios de venta en el mercado ecuatoriano

- [285] En su recurso de reconsideración la SIC sugiere evaluar los determinantes de los precios de cada producto para concluir que dichos comportamientos no se deberían a choques comunes, por ejemplo, en costos o demanda de los productos.
- [286] Se parecía que, el cuestionamiento de la SIC es general, pues hace referencia a “*choques comunes*” pero no queda claro para esta autoridad regional a qué se refiere con ello. En todo caso, a modo de ejemplo, señala como variables que puedan explicar la determinación del precio, el costo o la demanda de los productos.
- [287] Ahora bien, se advierte que la SIC no presenta ejercicio alguno que contradiga las constataciones efectuadas por la SGCAN. Tampoco presenta información que deba evaluarse a fin de contrastar su argumento. No presenta información relativa al costo, o el alcance de esta variable; no entendemos si sugiere una evaluación sobre el costo total de fabricación, sobre el costo de fabricación sin considerar gastos administrativos y financieros, o sobre el costo de la materia prima. Por otro lado, tampoco presenta información relativa a la demanda que pueda ser analizada.
- [288] Sin perjuicio de lo anterior, se debe indicar que la Resolución 2006 de la SGCAN se hace referencia a los determinantes del precio del producto investigado, cuando se señala que “*los precios de venta de papeles suave se fijan, en función a sus costos de producción, siendo el principal componente del costo de la materia prima*”⁷¹. Además,

⁷¹ Párrafo [749] de la Resolución N° 2006 de la SGCAN.



se precisa que es la pulpa de madera la materia prima que registra una participación superior al 80% en el costo de producción de papeles suaves⁷².

- [289] Así, tomando en cuenta esa información disponible en el expediente, se procede a efectuar determinadas evaluaciones que permiten observar que la evolución registrada de los precios de KCE y PFSE durante el periodo 2006 – 2016 respondían más al comportamiento del socio cartelizado que a la evolución del precio de la materia prima, constituyendo este resultado como un elemento más para evaluar los efectos reales en Ecuador de la conducta originada en Colombia.
- [290] Por todo lo expuesto, corresponde desestimar los alegatos presentados por la SIC respecto a este extremo.

8.5.1 Coeficiente de Pearson

- [291] En el recurso de reconsideración interpuesto por la SIC se plantea lo siguiente:

“(...) el ejercicio en sí mismo no puede ser utilizado como prueba irrefutable de la existencia del acuerdo cartelista. De hecho destacados autores como Harrington (2006) reconocen este ejercicio como parte de un set de muchos marcadores de colusión que, al estar presentes en conjunto, podría servir como evidencia económica comportamental que indique que el mercado está probablemente coludido, evidencia económica que, como se dijo anteriormente, debe estar acompañada de un elemento que permita determinar con certeza, y no con probabilidades únicamente, que tal es el caso. De lo contrario, en mercado oligopólicos como el que se investiga podrían presentarse resultados similares aun cuando compitan intensamente.”⁷³

- [292] De lo expuesto la SIC cuestiona lo siguiente:

“(...) ¿Cómo descartó la SGCAN la posibilidad de que la dinámica de precios y los resultados obtenidos del coeficiente de Pearson hayan correspondido a un periodo de colusión tácita post cartel y no a un periodo en donde todavía estuvieran cartelizados?

¿Consideraron el hecho de que en el periodo post cartel existe ya un aprendizaje de los cartelistas sobre las estrategias de sus competidores y por ende sus decisiones pueden no ser muy diferentes a las que se tomaban en época de cartel?”⁷⁴

- [293] Por su parte, PFSE presenta en su recurso de reconsideración sus propios resultados del coeficiente de Pearson, junto con una dinámica comparativa de los resultados obtenidos por la SGCAN en la Resolución N° 2006 y alega lo siguiente:

“176. En primer lugar, es importante destacar que no está probada la existencia de un efecto real sobre el mercado durante el periodo 2006 –2011, por lo tanto, nada puede concluirse acerca de las semejanzas o diferencias en las estadísticas

⁷² Párrafo [750] de la Resolución N° 2006 de la SGCAN.

⁷³ Folio 7267 del expediente.

⁷⁴ *Ibidem*.



descriptivas entre un periodo y otro, menos aún, considerar dicho análisis como prueba de continuidad de una conducta anticompetitiva que no está probada.

177. *Si en gracia de discusión, fueron calculadas diferentes estadísticas descriptivas, así como el coeficiente de variación de los precios del producto. El ejercicio permitió constatar que, aun tomando series de precios promedio ponderados que reducen los niveles de variabilidad como ya se explicó en el capítulo anterior, y sin aislar el efecto de la inflación, la volatilidad de los precios en el canal institucional de la categoría de papel higiénico es diferente entre el periodo 2006-2011 y el periodo 2012-2016, por lo cual no puede afirmarse que se cuente con evidencia económica que señale la continuidad de una supuesta conducta anticompetitiva.*⁷⁵

[294] En el recurso de consideración de la CKC se señala que, sin perjuicio de que no se ha podido realizar la réplica del test dado que no se cuenta con la información de precios de las empresas imputadas, los resultados obtenidos del uso de coeficiente de Pearson por parte de la SGCAN no demuestran que el periodo 2012 – 2016 y, por ende, el periodo 2012 – 2013 es concertado.

Análisis de la SGCAN

[295] De todo lo argumentado por las investigadas y la autoridad de competencia de Colombia la SGCAN resume los argumentos presentados en los siguientes:

- a) El análisis del coeficiente de Pearson por sí mismo, no puede ser utilizado como prueba irrefutable de la existencia del acuerdo cartelista. Debe estar acompañado de un elemento que permita determinar con certeza, y no con probabilidades únicamente la concertación de precios.
- b) La posibilidad de que la dinámica de precios y los resultados obtenidos del coeficiente de Pearson hayan correspondido a un periodo de colusión tácita post cartel y no a un periodo en donde todavía estuvieran cartelizados las investigadas.
- c) Los resultados obtenidos del uso de coeficiente de Pearson por parte de la SGCAN no demuestran que el periodo 2012 – 2016 y, por ende, el periodo 2012 – 2013 sea concertado.

[296] En respuesta al inciso a) precedente se debe precisar que en la misma Resolución 2006 se expone una cartera de pruebas de carácter económico, así como correos, declaraciones, que valorados en conjunto dieron lugar a demostrar que efectivamente hubo una concertación de precios originado en el territorio colombiano con efectos distorsionantes en el mercado del Ecuador. Por tanto, resulta inapropiado afirmar que, solo se utilizó el análisis del coeficiente de Pearson para constatar los efectos de la coordinación de precios durante el periodo 2006 – 2016.

[297] En efecto, como parte de la evaluación conjunta realizada por la SGCAN y expuesta en la Resolución 2006, el coeficiente de Pearson fue un elemento más. Con dicho

⁷⁵ Folio 7685 del expediente.



coeficiente se realiza un análisis de las dinámicas de precios de las dos empresas investigadas para un periodo en el cual las propias empresas confirman su conducta anticompetitiva (2006 – 2011). Cuando esta dinámica de precios se comparada con un periodo posterior (2012 – 2016) no se observa un cambio en el comportamiento de los precios.

[298] Los resultados obtenidos con el coeficiente de Pearson, de suponer que los efectos de la conducta anticompetitiva sobre el mercado se mantuvieron hasta 2016, fueron contrastados también, con el comportamiento de precios de una tercera empresa no cartelizada, observándose que esta última ostentaba precios muy por debajo de las empresas cartelizadas. Así también, se pudo corroborar que la evolución de los precios de KCE y PFSE durante el periodo 2006 – 2016 respondían más al comportamiento del socio cartelizado que a la evolución del precio de la pulpa de madera, materia prima que representa más del 80% de sus costos de producción.

[299] Así, con lo explicado es que en la Resolución 2006 la SGCAN se concluye lo siguiente:

“[940] Como se muestra en el análisis de la SGCAN, el comportamiento similar de precios de las dos empresas, se comparó frente a terceros, frente al precio de la pulpa de madera y se realizó un análisis de volatilidad (a través del cálculo y evaluación del coeficiente de Pearson) para descartar factores comunes o un posible rompimiento de las conductas a partir del año 2011. El análisis de estas variables confirmó el paralelismo para papel higiénico y toallas en el canal institucional y en los cuatro papeles analizados para el canal consumo.” [énfasis añadido]

[300] Con relación a los incisos b) y c) precedentes, de que la conducta continuada fue a causa de los efectos de una colusión tácita post cartel evidenciada en el periodo 2006 – 2011, se debe advertir que en la Resolución 2006 de la SGCAN y tal como se ha venido señalando en los acápite anteriores de este documento, si bien las empresas investigadas no reconocieron los hallazgos obtenidos por la SGCAN respecto a una supuesta conducta anticompetitiva entre 2013, e incluso 2014, ello no desvirtúa que los efectos en el mercado del Ecuador se hayan evidenciado hasta el 2016, último año del periodo de investigación.

[301] Por todo lo expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos presentados por la SIC, PFSE y CKC sobre este extremo.

8.5.2. Sobre el precio de los investigados vs el precio internacional de la pulpa de madera

[302] El recurso de reconsideración interpuesto por la SIC contra la Resolución 2006, refiere:

“Al respecto esta superintendencia llama la atención en el hecho de que es un coeficiente de correlación alto entre los precios de las investigadas únicamente implica que las dinámicas de ambas series son bastante similares elemento que por sí mismo no prueba la existencia del cartel empresarial. Ahora bien, el hecho de que la correlación entre los precios y el costo de la pulpa de madera sea baja, no elimina la posibilidad de que en el mercado se encuentre en una etapa competitiva en la que los agentes tienen suficiente poder de mercado para fijar precios supra competitivos. De nuevo,



esta evidencia no daría cuenta de que la concertación de precios se hubiera mantenido durante el periodo 2012-2016”⁷⁶

[303] Continúa en la hoja 21 del escrito:

“Así no necesariamente debe esperarse un cambio significativo en las variables de competencia del mercado en un plazo corto superior al rompimiento de un cartel empresarial, más aún en un escenario en donde los cartelistas representan una muy alta proporción de un mercado oligopólico. Por lo anterior esta Superintendencia no es suficiente catalogar al periodo 2012-2016 como un periodo de cartel con base únicamente en el comportamiento de los precios de las investigadas”⁷⁷

[304] PFSE hace los siguientes señalamientos en su recurso de reconsideración sobre la incidencia del precio de la pulpa de madera en los precios de los productos analizados:

“186. Contrario a lo señalado en la Resolución 2006, la tendencia de los precios es muy similar a la tendencia que exhibe el Índice de costos de producción del país, el Índice de actividad económica y el precio internacional de la pulpa de madera.”

187. Dado que Kimberly está expuesta a estos mismos factores económicos, podría resultar que la tendencia de sus precios sea semejante, sin embargo, en la medida que existen variables económicas que explican este fenómeno, no sería posible adjudicar el resultado a una concertación de precios, pues ello solo indica la pertenencia a un mismo mercado y la exposición a los mismos fundamentales económicos, principalmente a la evolución de la demanda y la elasticidad de esta.”⁷⁸

[305] PFSE continúa su análisis, argumentando:

“209. En cuanto tiene que ver con el precio internacional de la pulpa de papel, no puede perderse de vista si bien Productos Familia Ecuador produce el papel higiénico localmente, Kimberly-Clark Ecuador realiza conversión de bobinas con lo cual no importa pulpa de papel, razón por la cual no es posible construir una estimación acerca de un cartel de precios entre ambas empresas basado en una supuesta correlación negativa frente al precio internacional de la pulpa de madera.

210. Pese a que la SGCAN trata de restar valor a este aspecto, aduciendo que las bobinas “[s]on producidas también a partir de la pulpa de madera y de papel reciclado y el comportamiento del precio de la pulpa debe transmitirse, por su alta participación en el costo, a la bobina...”, lo cierto es

⁷⁶ Folio 7268 del expediente.

⁷⁷ Folio 7269 del expediente.

⁷⁸ Folio 7688 del expediente.



que en la Resolución 2006 no aparece ninguna prueba que le permita sustentar tal afirmación, ya que en ningún momento se efectuó un análisis sobre series de precios internacionales de las bobinas.”

[306] Finalmente, PFSE concluye indicando:

“211. Es errado asumir que el precio internacional de la pulpa fue el mismo que pagaron las dos compañías investigadas, ya que ello puede variar dependiendo de la ubicación geográfica del proveedor de la materia prima, la habilidad de cada una de las compañías investigadas para negociar, de su nivel de inventarios y de la calidad de la materia prima, entre muchos otros factores.”⁷⁹

Análisis de la SGCAN

[307] En resumen, las partes investigadas alegan los siguientes puntos:

- a) Al haber un alto coeficiente de correlación solo demuestra que ambas series son bastantes similares. Eso por sí que por sí mismo no prueba la existencia del cartel empresarial.
- b) El hecho de que la correlación entre los precios y el costo de la pulpa de madera sea baja, no elimina la posibilidad de que en el mercado se encuentre en una etapa competitiva en la que los agentes tienen suficiente poder de mercado para fijar precios supra competitivos.
- c) La tendencia de los precios es muy similar a la tendencia que exhibe el índice de costos de producción del país, el Índice de actividad económica y el precio internacional de la pulpa de madera. Por lo que al contrastar que ambas investigadas están expuestas a factores económicos similares no sería posible adjudicar el resultado a una concertación de precios. Pues ello solo indica la pertenencia a un mismo mercado y la exposición a los mismos fundamentales económicos, principalmente a la demanda y su elasticidad.
- d) Es errado asumir que el precio internacional de la pulpa fue el mismo que pagaron las dos compañías investigadas, ya que ello puede variar dependiendo de la ubicación geográfica del proveedor de la materia prima, la habilidad de cada una de las compañías investigadas para negociar, de su nivel de inventarios y de la calidad de la materia prima, entre muchos otros factores.

[308] Respecto al literal a) precedente, como ya se ha venido señalando, la SGCAN valoró un cumulo de elementos a fin de determinar si la conducta originada en Colombia tuvo efectos reales en Ecuador, pues además de la evaluación de la dinámica del precio de la pulpa de madera en comparación con los precios de las investigadas, también se empleó los resultados del coeficiente de Pearson, el análisis comparado con los precios de Protisa, las declaraciones y correos electrónicos. Por tanto, resulta inapropiado afirmar que, solo se utilizó el análisis de los precios de la pulpa de madera

⁷⁹ Folio 7294 del expediente.



para constatar los efectos de la coordinación de precios durante el periodo 2006 – 2016.

- [309] En referencia al literal b) precedente, se debe considerar que para que el mercado se encuentre en una etapa competitiva no solamente se debe tomar en cuenta que el poder de mercado de los agentes económicos. También, hay factores externos de propician tal efecto en el mercado, tales como la capacidad innovadora, la sofisticación del ambiente de negocios, aspectos estructurales como el tamaño de los mercados interno y externo. la calidad de la demanda, entre otros. Ahora bien, se observa que el alegato presentado por las recurrentes, respecto a suponer que la correlación entre los precios y el costo de la pulpa de madera no elimina la posibilidad de que en el mercado se encuentre en una etapa competitiva en la que los agentes tienen suficiente poder de mercado para fijar precios supra competitivos no viene acompañado de pruebas que permita a la SGCAN desvirtuar los hallazgos encontrados en su investigación.
- [310] Respecto al literal c) precedente, nuevamente se encuentra que las recurrentes se basan en declaraciones que no vienen acompañada de elementos que la autoridad regional pueda contrastar a fin de ser revisados en este procedimiento de recurso de reconsideración. En efecto, este espacio constituye la oportunidad para que, las Partes puedan presentar pruebas que tal vez en el momento de la investigación no estuvieron disponibles, pero que de estar al alcance de las empresas en esta oportunidad resulta fundamental para revisar los actos de la SGCAN. Sin embargo, en la medida que las recurrentes no presentan, por ejemplo, la información de la demanda de los productos o de su elasticidad, impide que la SGCAN pueda corroborar sus alegatos.
- [311] Respecto al literal d) precedente, en el cual se cuestiona el hecho de tomar el precio de la pulpa de madera como un referente apropiado para efectuar el análisis propuesto en la Resolución 2006 de la SGCAN, y más bien se sugiere tomar en cuenta el precio realmente pagado por las empresas por la adquisición de dicha materia prima.
- [312] Sobre este cuestionamiento en particular, se debe indicar en primer lugar, en la Resolución recurrida se explican los motivos por los cuales se decide tomar en cuenta el precio internacional de la pulpa de madera y su comportamiento en el mercado:

“[749] Durante el procedimiento de investigación se indicó que la materia prima empleada en la producción de papeles suaves es la pulpa de madera. Además, se mencionó que los precios de venta de los papeles suaves se fijan, en función a sus costos de producción, siendo el principal componente el costo de la materia prima²⁵⁴.

[750] Si bien, las empresas investigadas indicaron que la materia prima constituye más del 50% del costo de producción de los papeles suaves, no precisaron el porcentaje de dicha participación. No obstante, en el expediente se dispone de información de costos de producción de papeles suaves de una empresa colombiana, que si bien no corresponde a una de las empresas investigadas en el presente procedimiento, dicha información podría ser un referente apropiado para conocer la importancia que tiene la pulpa de madera en el costo de producción de papeles suaves. Así, de la revisión de dicha información se pudo apreciar que la pulpa de



madera registra una participación superior al 80% en el costo de producción de papeles suaves.

[751] Siendo ello así, y considerando que KCE y PFSE han indicado que la pulpa de madera es el principal componente sobre el cual se determinan los precios de los productos investigados, se ha procedido a revisar la evolución que han registrado los precios de venta del papel higiénico objeto de análisis durante el periodo 2006 – 2016, así como la evolución del precio internacional de la pulpa de madera²⁵⁶, de acuerdo a cada una de las etapas de evaluación.

²⁵⁴ Al respecto, revisar la entrevista efectuada al gerente de Supply Chain de Kimberly realizada el 3 de agosto de 2017 en Guayaquil (Archivo 170803_003 minuto 4 al 6) y al gerente de Marketing Institucional de Familia realizada el 2 de agosto de 2017 en Guayaquil (Archivo 170802_002 minuto 40 al 41).

²⁵⁵ Esta información fue proporcionada por la SIC mediante comunicación de fecha 9 de junio de 2017 (expediente confidencial). En dicha comunicación se adjuntó el archivo en formato Excel denominado “Punto 3-31-4 (Matriz de costos relativos)” el cual consigna información del valor (expresado en moneda nacional) del costo de producción de papeles suaves (producto terminado); de bobinas (producto intermedio); y, de pulpa de madera (materia prima), correspondiente a la empresa reportante, para el año 2014. En dicho documento, se detallan los componentes de cada estructura de costos (para papeles suaves, bobinas y pulpa de madera) y se precisa, en términos porcentuales, la participación de cada uno de esos componentes sobre el costo total de producción. Para el caso específico de la estructura de costos de bobinas y papeles suaves, se pudo apreciar lo siguiente: la pulpa de madera tuvo una participación promedio de 94.24% en el costo de producción de bobinas (empleadas para fabricar los distintos tipos de papeles suaves), y la bobina tuvo una participación promedio de 82.57% en el costo de producción de papeles suaves (para los distintos tipos).

²⁵⁶ La serie histórica del precio internacional de la pulpa de manera se encuentra disponible en la página web del Banco Mundial. Al respecto, cfr.: <http://www.worldbank.org/en/research/commodity-markets>.”

[313] Como se aprecia, existe una motivación y un razonamiento por el cual en la Resolución 2006 de la SGCAN se efectúa el análisis de precios de la pulpa de madera, además que en dicho acto administrativo se deja la fuente de la cual fue extraída la información la cual puede ser corroborada por las partes al constituir información pública.

[314] No obstante, se debe agregar que, si bien las recurrentes señalan que se bebió trabajar el análisis con los precios efectivamente pagados, en esta oportunidad no se



ha proporcionado dicha información que permitan desvirtuar los hallazgos expuestos en la Resolución 2006 de la SGCAN.

- [315] Por tanto, corresponde desestimar todos los alegatos presentados por las recurrentes respecto a este extremo.

8.5.3 Sobre la dinámica de precios de PROTISA

- [316] El recurso de reconsideración interpuesto por la SIC refiere lo siguiente:

(...) “En algunas referencias la dinámica de los precios del competidor principal PROTISA también es muy similar a la de los investigados. Así, los incrementos simultáneos o secuenciales utilizados por la SGCAN para concluir el efecto del acuerdo colombiano en Ecuador, podrían también tener una explicación válida diferente a la existencia del acuerdo como lo es una competencia oligopólica en donde una empresa líder en establecer sus precios y las demás siguen. Con lo anterior se llama la atención nuevamente sobre la necesidad de complementar el análisis económico con pruebas indirectas (plus factor) de que el paralelismo era consciente y no producto de la competencia.”⁸⁰

- [317] Por su parte, PFSE en su recurso de reconsideración manifiesta que:

“[208] Frente a lo anterior, debemos anotar que la comparación de los precios de “terceros” a que se refiere la Resolución 2006, corresponde exclusivamente al caso de Protisa que, como se dijo, es una empresa que ingresó al mercado hasta el año 2012 y que ante la necesidad de romper mercado e introducir su marca es razonable desde el punto de vista económico que adopte una estrategia agresiva en precios, razón por la cual, la supuesta distancia en el comportamiento de precios de esta compañía frente a las investigadas, sólo demuestra una estrategia competitiva propia de un competidor maverick, pero de ninguna manera que la similitud en el comportamiento de precios de los actores preestablecidos derive de una coordinación de precios entre Productos Familia Ecuador y Kimberly-Clark Ecuador.”

[253] Frente al uso del precio de venta efectivo de Protisa para calcular el precio hipotético, debe ponerse de presente que el precio de venta efectivo de Protisa no puede ser tenido en cuenta para calcular el precio hipotético, pues los productos de Protisa se venden a un precio sustancialmente diferente al precio de venta de los productos investigados, pues existen diferencias notables entre unos y otros.

[254] En efecto, en la Resolución 2006 se ignora que el precio de un producto refleja, además del valor de sus características intrínsecas como son el reconocimiento y posicionamiento de marca, asociados a la experiencia y respaldo de la

⁸⁰ Folio 7269 del expediente.



empresa, la eficiencia de gestión administrativa y post venta que garantizan recibir el producto a tiempo y evitar sobrecostos por reprocesos ante incumplimientos o deficiencia en la gestión logística.

[255] *En este sentido, es equívoco asumir que el precio de venta efectivo de Protisa puede ser usado para calcular cual habría sido el precio de los productos investigados sino se hubiera presentado la supuesta conducta anticompetitiva que se atribuye a las investigadas, pues bajo ningún supuesto los precios de las investigadas pueden ser comparados con los de Protisa, pues se presentan diferencias sustanciales entre los productos de unas y otras las cuales se reflejan directamente en los precios.*⁸¹

Análisis de la SGCAN

[318] En relación con lo expresado por las partes, la SGCAN permite resumir los cuestionamientos de las recurrentes en los siguientes:

- a. Los incrementos simultáneos o secuenciales utilizados por la SGCAN para concluir el efecto del acuerdo colombiano en Ecuador, podrían también tener una explicación válida diferente a la existencia del acuerdo como lo es una competencia oligopólica en donde una empresa líder en establecer sus precios y las demás siguen.
- b. Al haber diferencias notables entre los productos de Protisa y las investigadas, el precio de venta efectivo de Protisa no puede ser tenido en cuenta para calcular el precio hipotético, ya que la diferencia en precios vendría a ser explicada por la heterogeneidad presente entre los productos de las investigadas con la tercera de referente, y no por un criterio precio real versus precio concertado.

[319] Respecto al literal a) precedente la SGCAN en la Resolución se señala que, sobre el comportamiento de los precios de terceras empresas las investigadas tienen una participación significativa en el Ecuador que les permite actuar independiente de dichos competidores⁸².

[320] En efecto, se menciona que Protisa entró al mercado ecuatoriano en el año 2012, siendo el tercer competidor más importante en participación de mercado en los últimos años y la entrada de dicho competidor no se vio reflejado en una disminución de precios. Por el contrario, lo que se pudo observar posteriormente al ingreso del tercer competidor, es un ajuste del precio de dicha empresa para acercarse a los líderes del mercado y no un ajuste por parte de las empresas investigadas⁸³.

[321] Lo anterior no desvirtúa que esa diferencia de precios entre las investigadas y Protisa (al menos, en los mercados específicos donde se pudo hacer la comparación de precios) responda a una cartelización de precios llevada adelante por dos empresas que de manera conjunta ostentaban una importante cuota de mercado en Ecuador, ya que esta evidencia, juntos a otras más expuestas en la Resolución 2006 de la

⁸¹ Folio 7701 del expediente.

⁸² Párrafo [952] de la Resolución 2006 de la SGCAN.

⁸³ *Ibidem*.



SGCAN permitieron a la autoridad regional observar que el comportamiento de precios de las investigadas no respondían a la interacción natural de un mercado oligopólico.

[322] Respecto al literal b) precedente en la Resolución se hace referencia a las consideraciones metodológicas para validez de la dinámica de comparación frente a un tercero, así como la idoneidad de la misma por su importante participación en el mercado, después de las investigadas.

[323] Para la comparación de precios metodológicamente se señaló lo siguiente entre las notas a pie de página 259 y 260 de la Resolución 2006 de la SGCAN:

“El precio de venta a distribuidores - pues Protisa dirigió, entre noviembre de 2012 y junio de 2016, el 93.81% de sus ventas a este canal comercial (distribuidores mayoristas, distribuidores de productos masivos y distribuidores institucionales). Durante similar periodo, las ventas conjuntas de Kimberly y Familia hacia dicho canal representaron el 47.4% (entre distribuidores y mayoristas) de sus ventas totales.”

“Estos precios fueron calculados, para cada periodo (noviembre – diciembre de 2012, 2013, 2014, 2015 y enero – junio de 2016), sumando los valores de venta de Kimberly y Familia y dividiendo tales valores entre el volumen total de las ventas efectuadas de manera conjunta por dichas empresas.”

[324] Por otro lado, si bien el diferencial de precios promedio ponderado de KCE y PFSE se ubicaron siempre por arriba de los precios de Protisa, se señaló en la nota a pie de página 261 de la Resolución recurrida lo siguiente:

“(…) que los resultados obtenidos no cambian significativamente cuando se efectúa el diferencial de precios de cada empresa investigada respecto al precio de venta de Protisa. Ello por cuanto los precios de Kimberly y Familia durante el periodo noviembre de 2012 – junio de 2016 fueron muy cercanos. Así, de manera diferenciada, se observó que durante el periodo antes referido los precios de Kimberly y de Familia se ubicaron, en promedio, 32% y 33% por arriba de los precios de venta de Protisa en ese mismo periodo, respectivamente.”

[325] Finalmente, se menciona que, entre 2012 y 2016 la participación de Protisa fue del 8%, mientras que otras empresas como Inpaecsa, Papelmersa y Absorpelsa registraron de manera individual entre 2011 y 2016 menos del 2% de cuota de mercado. Adicionalmente, dichas empresas proporcionaron información agregada de sus ventas de papel higiénico, sin especificar color, contenido de hoja o metraje⁸⁴.

[326] Así que, a partir de la información disponible en el expediente se pudo efectuar una comparación equitativa de precios que permitió demostrar los sobre precios de los productos de las investigadas, en comparación de los precios de un tercer agente económico no cartelizado.

⁸⁴ Nota a pie de página N° 258 de la Resolución 2006 de la SGCAN.



[327] Por tanto, no resulta apropiado señalar que en la Resolución 2006 de la SGCAN no se establecieron criterios claros para asegurar una comparación equitativa entre los precios de las empresas investigadas con los de Protisa.

[328] Por tanto, corresponde desestimar los alegatos de las recurrentes respecto a este extremo.

8.5.4 Sobre la estructura de Mercado

[329] PFSE en su recurso de reconsideración manifiesta que:

“188. Para la SGCAN el movimiento similar en los precios de las empresas investigadas es el resultado de un acuerdo de precios entre las mismas. Sin embargo, pretermitió en su análisis que nos encontramos frente a un mercado oligopólico, esto es, un mercado altamente concentrado, en el cual es natural que los precios especialmente de los actores más importantes presenten un comportamiento similar derivado de una interdependencia entre sí.

189. En cualquier mercado bajo estas características, los agentes económicos tienen en cuenta los precios de la competencia, no para dejar de competir, sino justamente lo contrario, esto es, para no salirse del mercado y mantenerse dentro de parámetros competitivos, por lo que es normal que los precios de los competidores tiendan a ser bastante próximos.”⁸⁵

[330] También se destacan los siguientes argumentos en su recurso:

“193. En esa medida, es equivocado considerar que la tendencia similar que presentan los precios de Kimberly-Clark Ecuador y Productos Familia Ecuador en el mercado ecuatoriano, sea el resultado indefectible de un acuerdo anticompetitivo, pues, contrario a lo aducido en la Resolución 2006, tal situación corresponde al reflejo natural del mercado de los dos principales jugadores que están compitiendo de manera más cercana. En todo caso debe enfatizarse que, aunque según la Resolución 2006 los precios de dichas compañías presentan una tendencia similar, lo cierto es nunca llegan a ser iguales pues mantienen diferencias en absoluto despreciables y en todo caso registran una tendencia decreciente.”

194. Justamente, en la Resolución 2006 se afirma que “El precio de venta efectivo del papel higiénico jumbo ‘blanco’, doble hoja, de 250 metros, de los operadores comerciales Kimberly y Familia se incrementó entre 2006 y 2016, en 18% y 10%, respectivamente”. Significa lo anterior que, durante el periodo analizado, los niveles de precios entre ambas compañías tuvieron diferencias en una magnitud mínima del 8% en términos de valor, pero en términos de incremento la

⁸⁵ Folio 7690 del expediente.



diferencia fue del 80%, pues mientras Kimberly incrementó en un 18%, Familia lo hizo en tan sólo un 10%, aspecto que desvirtúa por completo una supuesta coordinación de precio y un interés de no competir.

(...)

197. *Por todo lo anterior, la tendencia similar en el movimiento de los precios no puede atribuirse a un acuerdo anticompetitivo entre ambas compañías, toda vez se trata de un mercado bajo estructura oligopólica que además está marcado por las mismas condiciones, y que en términos reales evidencia una tendencia decreciente en los precios, ero que además deja ver diferencias en los precios de los productos de ambas compañías que, en virtud de las condiciones de demanda y frecuencia de uso del producto, resultan significativas para el consumidor.”⁸⁶*

Análisis de la SGCAN

- [331] En resumen, con respecto a la estructura de mercado, PFSE alega lo siguiente:
- a) El movimiento similar de precios, así como la tendencia similar podría darse a causa de que tanto PFSE como KCE participan de un entorno oligopólico derivado de una interdependencia entre sí.
 - b) El incremento registrado entre 2006 y 2016 de los precios del papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros de las empresas investigadas se diferencian en 8 puntos porcentuales en términos absolutos u 80% en términos relativos, hecho que desvirtúa por completo una supuesta coordinación de precio y un interés de no competir.
- [332] Respecto a los comentarios realizados en el inciso a) sobre el entorno oligopólico, en el que las investigadas PFSE y KCE tienen participación, es factible aceptar dicha afirmación, sin embargo, es importante destacar que, uno de los factores comunes en las colusiones explícitas, que tienen como objeto realizar prácticas anticompetitivas, es justamente que las empresas que mantienen contacto, suelen tener un alto grado de participación de mercado y fuerte posición de dominio en el mismo, en otras palabras, se adecuan a las configuraciones de un mercado oligopólico.
- [333] Es así que los movimientos similares entre ambas empresas, representados por incrementos de precios realizados de manera cíclica en el periodo 2006 – 2016, podrían ser explicados por lo mencionado anteriormente por PFSE. No obstante, la SGCAN hace énfasis en presentar respaldo a los números y conclusiones obtenidas de los datos, a partir de correos (donde se confirman la interacción entre las firmas desestimando la interdependencia entre ambas), declaraciones de los altos mandos, gerentes andinos, funcionarios, etc. El potencial valor que la SGCAN da a la investigación realizada, recae en el set de ejercicios y factores plus que añade a lo largo de la investigación, para sustentar el argumento de un acuerdo anticompetitivo.

⁸⁶ Folio 7691 del expediente.



- [334] Por tanto, contrariamente a lo señalado por PFSE el comportamiento de precios registrado por las investigadas no puede ser explicado por esa competencia oligopólica que se alega, teniendo en cuenta que la misma empresa reconoció su conducta anticompetitiva de concertación de precios durante el periodo 2006 – 2011 y la evidencia encontrada, tanto económica como de material probatorio para todo el periodo de investigación.
- [335] Por todo lo anteriormente expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos de PFSE en este extremo.
- [336] En respuesta al inciso b) respecto a la diferencia que existe entre las tasas de crecimiento de los precios del papel jumbo institucional de las empresas PFSE y CKE entre los años 2006 y 2016, la SGCAN permite rescatar de igual forma la tabla N° 6⁸⁷ expuesta en la Resolución 2006 donde denota la comparación realizada año por año entre las investigadas, donde se demuestra la similitud en variaciones, pues se buscaba evidenciar incrementos periódicos de los precios más que el incremento acumulado dentro del periodo de investigación.
- [337] De la misma se puede realizar las inferencias necesarias y suficientes para afirmar que la evolución de precios con similitud en variaciones en determinados periodos de tiempo, es solo una prueba más que fortalece el argumento de un acuerdo anticompetitivo, pues como ya se ha explicado de manera reiterada, la SGCAN evaluó un cúmulo de pruebas para llegar a la determinación que la conducta originada en Colombia tuvo efectos en Ecuador.
- [338] Por tanto, el hecho que los incrementos porcentuales de los precios de las empresas investigadas no coincidan, no constituye un hecho para desvirtuar los hallazgos encontrados y expuestos en la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [339] En virtud de lo anteriormente expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos de PFSE en este extremo.

8.6. Sobre la cuantificación de los efectos de la práctica en el mercado ecuatoriano

- [340] La SIC en su recurso de reconsideración manifiesta que la SGCAN no logró probar la existencia de los efectos reales de la concertación:

“(...) La SIC manifiesta que, con el fin de que un ejercicio de cálculo del efecto de un cartel en el mercado sea adecuado, es indispensable contar con un escenario contra factual correcto. Esto es, es necesario encontrar una metodología que permita encontrar aquellos precios que se hubiesen cobrado en el mercado de no haber existido el cartel empresarial.

Frente a esta consideración, los precios de PROTISA no son los adecuados pues, por un lado, no existe en la Resolución No.2006 de 2018 un análisis detallado que permita concluir que los productos de los investigados son comparables con el de PROTISA en materia de calidad, componentes, reconocimiento de marca, entre otras características y por otro lado, tal y como se reconoce en la Resolución No.2006 de 2018, la marca comercializada por

⁸⁷ Párrafo [741] de la Resolución 2006 de la SGCAN.



PROTISA tiene una estrategia de seguidor en cuanto al desarrollo de productos acompañada de una estrategia de precios bajos. Con este último y aun considerando que los productos son comparables, se estaría sobre estimando el efecto del acuerdo por cuanto en un escenario de ausencia de cartel, los precios de KIMBERLY y FAMILIA no serían tan bajos como los de PROTISA.”⁸⁸

[341] Por otro lado, se encuentran los alegatos de PFSE donde señala lo siguiente:

“199. (...) los precios de Protisa se han mantenido de manera confidencial para las investigadas. De esta manera, el Grupo Familia no ha podido conocer, ni corroborar los precios en el mercado ecuatoriano que dicen haber sido tomados de dicha compañía, ni los productos o período de tiempo al cual corresponden. Dado que se trata de una prueba irregular, la misma no puede ser tenida en cuenta para ningún propósito y menos para construir una supuesta responsabilidad de nuestras representadas en esta investigación.

(...)

201. Pasa de largo la SGCAN en su análisis que Protisa ingreso al mercado ecuatoriano de papeles suaves sólo hasta el año 2012. Por tanto, se trata de un jugador relativamente nuevo, con una marca menos posicionada y con un nivel tecnológico inferior a las empresas Productos Familia Ecuador y Kimberly-Clark Ecuador, y que no cuenta además con todo el portafolio de productos y referencias que ofrecen en el mercado las empresas investigadas. No puede, entonces, compararse la estrategia comercial de Protisa con la de las empresas Kimberly-Clark Ecuador y Productos Familia Ecuador que son empresas establecidas y fuertemente posicionadas en el mercado ecuatoriano, ya que lo esperable, como ocurre en el caso de cualquier competidor entrante, es que adopte una estrategia agresiva de precios que le permita “romper mercado” y dar a conocer su marca. Simplemente, Protisa no puede tener niveles de precios similares a los de las empresas líderes y posicionadas en el mercado, pues en tal escenario los consumidores se inclinarían por las marcas reconocidas en el mercado, con lo cual Protisa fracasaría en su estrategia comercial.”

202. En este escenario el comportamiento racionalmente económico de Protisa es mantener los precios de sus productos por debajo de los niveles de precios de las marcas líderes en el mercado, lo que le permitiría ir introduciendo su marca, abrirse espacio y arrebatarles mercado a los jugadores pre-existentes, en lo que se conoce en la teoría de competencia como el comportamiento natural

⁸⁸ Ver folio 7271 del expediente.



de una estrategia “maverik”, la cual consiste en fijar precios más bajos para aumentar su participación en el mercado.”⁸⁹

203. Por ende, los supuestos precios bajos de Protisa en que se apoya la SGCAN para reforzar el argumento de un supuesto acuerdo competitivo de Kimberly-Clark Ecuador y Productos Familia Ecuador, corresponden a una lectura incorrecta de lo que está ocurriendo en el mercado, particularmente en cuanto a la estrategia comercial de Protisa de tener que adoptar una estrategia comercial agresiva en precios para poder penetrar en el mercado en forma exitosa (...)⁹⁰

Análisis de la SGCAN

[342] De los cuestionamientos antes expuestos, la SGCAN destaca en resumen los siguientes cuestionamientos presentados sobre la cuantificación de los efectos de la práctica en el mercado ecuatoriano:

- c. Ausencia de un análisis detallado para concluir que los productos que se investigan son realmente comparables con los de Protisa en materia de características como calidad, componentes y reconocimiento de marca.
- d. Los precios de Protisa, a partir de los cuales se realiza el análisis comparativo, se usan de manera confidencial ante las empresas investigadas.
- e. Críticas al análisis metodológico utilizado para comparar los precios de Protisa con los de las empresas investigadas y concluir que existe un acuerdo anticompetitivo entre ellas, mencionando que Protisa sigue en realidad una estrategia “maverick” junto con una de líder-seguidor.

[343] A continuación, se procederá a responder cada uno de los cuestionamientos:

f. *Respecto a la supuesta ausencia de un análisis detallado para concluir que los productos que se investigan son realmente comparables con los de Protisa en materia de características como calidad, componentes y reconocimiento de marca*

[344] Respecto a este punto, es importante resaltar que para el análisis realizado dentro del canal institucional frente a terceras empresas, como se ha mencionado con anterioridad, se eligió a Protisa por ser el tercer competidor después de KCE y PFSE registrando un nivel de participación del 8% frente a otras empresas con menor participación como Inpaecsa, Papelmercsa y Absorpelsa⁹¹.

[345] Así, se buscó que los productos al ser comparados tuvieran características homogéneas, estableciendo también una estandarización y dando a lugar a que tales características se encontraran manifiestas en temas de presentación de cada producto. Por ello de manera inicial se compara para las 3 empresas el papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros, encontrándose esto en el párrafo [760] de la Resolución 2006 de la SGCAN:

⁸⁹ Ver folio 7692 del expediente.

⁹⁰ Ver folio 7693 del expediente.

⁹¹ Ver Nota a pie de página N° 173 de la Resolución 2006 de la SGCAN.



[759] (...) En el expediente se dispone de información detallada de las ventas mensuales de papel higiénico jumbo de la empresa Protisa, empresa que no se encuentra investigada por presuntos actos de colusión”.

[760] Siendo ello así, a continuación, se procederá a comparar cual fue el comportamiento que registraron los precios de venta de esta empresa frente a los de las empresas investigadas por actos de colusión (KCE y PFSE), en términos de la evolución y los niveles de precios registrados para el periodo noviembre de 2012 – junio de 2016; periodo del cual se dispone de información de ventas detalladas de papel higiénico jumbo “blanco”, doble hoja, de 250 metros de la empresa Protisa”.

[346] Continuando con lo anterior, incluso se hace referencia en la Resolución 2006 de la SGCAN, en su párrafo [797], a cómo para el caso de las toallas de papel, ni Protisa ni otro competidor contaba con un producto **de características similares** en cuanto a presentación al de KCE Y PFSE, para realizar la comparación de precios:

[797] Para el análisis de las repercusiones económicas sobre el mercado del Ecuador en el caso de toallas de papel del canal institucional, se dispone de información detallada de las ventas mensuales de toallas de papel en rollos de la empresa Protisa, empresa que no se encuentra investigada por presuntos actos de colusión, pero no se encontró información de este u otro competidor que registre un producto con características similares al ofrecido por KCE y PFSE. En tal virtud no se realiza la comparación de precios ni las pérdidas del consumidor ecuatoriano por efectos de la cartelización en este producto”.

[347] Cabe agregar que la SGCAN para poder realizar la comparación de los precios de las investigadas frente a terceros, definió que Protisa era la empresa más cualificada para lo mencionado a partir de la información con que se contaba sobre sus productos y su poder de negociación en el mercado, estableciendo también cuáles eran los productos sobre los cuales sí se podía hacer tal análisis, definiendo así que el mejor criterio a utilizar sería el de comparar productos lo más homogéneos posible.

[348] Finalmente, respecto a la propuesta de la SIC de realizar un análisis detallado respecto a los productos de Protisa, para determinar si realmente son comparables contra los de KCE y PFSE, al carecer de una propuesta metodológica más específica y mayor información para llevar a cabo tal análisis, la SGCAN no puede tomar más acción en la elaboración del antes mencionado.

[349] Por tanto, corresponde desestimar los argumentos de la SIC y PFSE en este extremo.

b) Respecto a que los precios de Protisa se usan de manera confidencial ante las empresas investigadas



[350] Respecto a este punto, se debe indicar que la SGCAN elaboró un resumen de carácter no confidencial que contenía la información relativa a los índices de precios, tanto de las empresas investigadas como de sus competidores con el objetivo de que las partes presentaran los alegatos que consideraran pertinentes⁹².

[351] También se mencionó que, si no fueron otorgadas las bases originales de la información, se debió a un derecho de las partes aportantes de resguardar la confidencialidad de la información proporcionada. Todo lo antes mencionado ya se había dejado en claro en los párrafos [497] a [500] y [930] de la Resolución 2006 de la SGCAN⁹³, por lo que se traen a consideración nuevamente:

[497] Así las cosas, cabe señalar que la referida declaratoria de confidencialidad no ha implicado ningún detrimento del ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción de las investigadas, ya que cada una de estas piezas declaradas confidenciales tiene en el expediente público un resumen no confidencial en el cual se puede conocer el contenido.

(...)

[499] Asimismo, debe considerarse con respecto a la data económica que ha sido declarada como confidencial, que las partes han podido ejercer su derecho de defensa y contradicción sobre ella en tanto en los anexos del informe de resultados de investigación dicha información se plasmó bajo la modalidad de índices, que permiten observar el comportamiento de las variables sin develar datos comerciales que pueden dañar a las empresas.

[500] Teniendo en cuenta lo anterior, la SGCAN ha otorgado carácter confidencial a la información que ha cumplido con los requisitos de la norma comunitaria, tanto de aquella que fue proporcionada por las empresas investigadas como por otras empresas a las que se les requirió información.”

[352] Continúa la SGCAN su argumento en el párrafo [930] de la Resolución recurrida:

[930] Respecto a la disponibilidad de la información de precios de los competidores, la SGCAN realizó en el informe un resumen no confidencial de la información consistente en índices de los precios utilizados, que permite a las partes observar el comportamiento de sus precios y de sus competidores. El hecho de no otorgar las bases originales se basa en un derecho de los aportantes de garantizar la confidencialidad de la información.”

[353] De esta manera, en la Resolución recurrida, se aclara por qué la reserva de la información respecto a los precios, derecho que debe preservar la SGCAN a fin de no exponer información comercial de las empresas investigadas y por ello, no debe entenderse como un acto que ponga en indefensión a las Partes.

⁹² Ver párrafo de la resolución 2006 de la SGCAN.

⁹³ Ver páginas 91, 92 y 233 de la resolución 2006 de la SGCAN.



- c) **Respecto a las críticas al análisis metodológico utilizado para comparar los precios de Protisa con los de las empresas investigadas y concluir que existe un acuerdo anticompetitivo entre ellas, mencionando que Protisa sigue en realidad una estrategia “maverick” junto con una de líder-seguidor**

[354] Respecto a este asunto, como se ha manifestado en reiteradas ocasiones, se han utilizado los precios de Protisa como tercera empresa para calcular el beneficio ilícito de las empresas investigadas, ya que es el operador comercial más importante después de KCE y PFSE. Además de ello se mencionó que la estrategia de líder seguidor fue adoptada por Protisa únicamente en el canal consumo, refiriendo así la resolución 2006:

“[865] Del comportamiento de los precios del competidor Protisa se puede inferir que es cierto lo mencionado por el competidor (...) en el sentido que la marca Elite actúa como seguidora (...).

(...)

[867] Lo anterior confirma que el efecto real y la afectación al consumidor ecuatoriano de papeles suaves por parte de las empresas del grupo Kimberly y del grupo Familia no solo se da por el aumento de sus propios precios, sino también por el incremento en los precios de sus principales competidores. Esta situación no permite utilizar la información del tercer competidor para cuantificar el daño causado a los consumidores ecuatorianos como efecto de la conducta establecida en Colombia en los altos niveles directivos de las compañías.

(...)

[938] En el canal consumo, no se realizó el análisis de bienestar frente a un tercer competidor, pues como se mencionó, se encuentra que dicho competidor es seguidor, teniendo en cuenta que en dicho canal existe mucha más información disponible a través de empresas que realizan análisis de mercados, los precios son mucho más visibles en la góndola y los competidores pueden ajustarse más fácil a las condiciones de la competencia. Ante dicha situación, no se realizó el cálculo de los beneficios de la cartelización en el canal consumo mediante la metodología utilizada en el canal institucional.”

[355] Por otro lado, en el canal institucional se realizó el análisis frente a terceros a partir de la similitud en las características de cada producto y cabe resaltar que el precio más conveniente a utilizar era el de las empresas cartelizadas, al respecto ya se había mencionado con anterioridad respecto a esta metodología:

“[935] El medir la pérdida de bienestar de los consumidores con base en precios implícitos de las empresas cartelizadas, es un ejercicio que permite ver el efecto en el consumidor, sea este el consumidor final o un intermediario. Si el intermediario también es un “consumidor” en sí mismo y su pérdida también es un efecto de la cartelización, por lo que



los precios implícitos de las empresas cartelizadas son un instrumento adecuado para analizar si hubo o no cartelización y para calcular la potencial pérdida del consumidor. Cabe adicionar que el que genera la cartelización en el presente caso es el productor, por lo que el precio que se debe utilizar para realizar el análisis es el que aplica la empresa cartelizada.”

[356] Finalmente, respecto a una supuesta estrategia maverick, se había resaltado ya en la misma Resolución 2006 de la SGCAN que, al ingreso de la empresa al mercado, no se percibió una disminución en los precios para concluir que en el canal institucional Protisa utilizaba este tipo de estrategia comercial:

“[952] Protisa entro al mercado ecuatoriano en el año 2012, siendo el tercer competidor más importante en participación de mercado en los últimos años y la entrada de dicho competidor no se vio reflejado en una disminución de precios. Por el contrario, lo que se observa posterior al ingreso del tercer competidor, es un ajuste del precio de dicha empresa para acercarse a los líderes del mercado y no un ajuste por parte de las empresas investigadas.”

[357] Por tanto, de todo lo expuesto, corresponde desestimar los recursos de reconsideración de la SIC y PFSE respecto a este extremo.

8.7. Sobre la utilización de los factores PLUS

[358] En la Resolución 2006 de la SGCAN se han evaluado diversos factores para determinar la práctica anticompetitiva, sobre los cuales las Partes han esgrimido cuestionamientos, sobre:

- g. La existencia de reuniones e intercambio de información entre las empresas.
- h. La existencia de un cartel en el mismo “mercado producto” con los mismos actores y la orden Kimberly Clark Corporation de cesar cualquier contacto con la competencia.

[359] A continuación, se desarrollarán cada uno de los puntos siguientes.

a) Sobre la existencia de reuniones e intercambio de información entre las empresas

[360] PFSE en su recurso de reconsideración contra la Resolución 2006 de la SGCAN manifiesta lo siguiente:

“215. Frente a las reuniones y correos electrónicos que dan cuenta de un supuesto acuerdo anticompetitivo, no está probado dentro de la investigación que correspondieran a un acuerdo de fijación de precios realizado desde el territorio colombiano. Por el contrario, las diferentes pruebas de la investigación apuntan a demostrar que los precios fueron fijados de manera conjunta por ambas compañías directamente desde el territorio ecuatoriano. Adicionalmente, dichas pruebas van hasta el año 2011, tal y



como lo reconoce la propia SGCAN, con lo cual a partir de tales elementos probatorios no es posible concluir que en el mercado ecuatoriano hubiera tenido lugar un acuerdo de fijación de precios entre los años 2012 al 2016, máxime cuando el señor Manuel Muñoz de forma reiterada manifestó en su declaración que las reuniones con la competencia culminaron en el año 2011.⁹⁴ [énfasis añadido]

Análisis de la SGCAN

[361] Como se aprecia, el cuestionamiento de PFSE recae sobre dos aspectos, el primero, enfatizando que no se fijaron precios desde Colombia para el mercado del Ecuador; y segundo, enfocado en desvirtuar que no existen pruebas para el periodo 2012 – 2016 que demuestren la práctica anticompetitiva.

[362] Respecto al primer punto, vale la pena traer a colación lo ya aclarado entre los párrafos [154] a **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este documento, que a modo de resumen se puede resaltar lo siguiente:

1. En ninguna parte de la Resolución 2006 de la SGCAN se busca demostrar que las matrices de las empresas investigadas fijaron los precios para el mercado del Ecuador. Lo que se ha podido constatar durante la investigación es que desde las casas matrices en Colombia se recibieron las directrices para que las filiales en Ecuador puedan llevar adelante la coordinación de precios para este último mercado.
2. La SGCAN ha tenido siempre en cuenta, durante todo el procedimiento y así se refleja en la Resolución recurrida, que los mercados de Colombia y Ecuador responden a distintas realidades económicas, por lo que los precios fijados en Colombia económicamente no resultan viables para ser extrapolados al mercado ecuatoriano.

[363] Por tanto, contrariamente a lo que sugiere PFSE respecto a su primer alegato, nunca se buscó demostrar que las compañías matrices de las investigadas fijaban los precios para los productos en el mercado ecuatoriano.

[364] En ese sentido, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por PFSE.

[365] Respecto al segundo punto, sobre el hecho que no existen pruebas que demuestren las conductas anticompetitivas durante la etapa 2012 – 2016 del periodo de investigación (2006 – 2016), del mismo modo, se debe recalcar lo ya señalado en entre los párrafos [222] a [230] de este documento. A modo de resumen, entre tales párrafos puede resaltar lo siguiente:

3. Para determinar la coordinación de precios la autoridad comunitaria se basó para todo el periodo de investigación (2006 – 2016) en el comportamiento que registraron los precios durante dicho periodo, pero además, además de otros elementos de información, como aquel obtenido de reuniones entre los competidores, las constataciones encontradas en la investigación de la SIC, así como de aquella información relativa a la orden de la casa matriz del Grupo Kimberly en los Estados Unidos de América de cesar los

⁹⁴ Folio 7695 del expediente.



acercamientos con la competencia, tal como se resumen en el párrafo [942] de la Resolución recurrida.

4. Sumado a lo anterior, se efectuaron algunos contrastes a las series de precios de los productos de las empresas investigadas en Ecuador a fin de determinar si los mismos respondían a comportamientos naturales del mercado. Por ejemplo: (i) se comparó el precio frente a terceros, (ii) frente al precio de la pulpa de madera; y (iii) se realizó un análisis de volatilidad (a través del cálculo y evaluación del coeficiente de Pearson) para descartar factores comunes o un posible rompimiento de las conductas a partir del año 2011 (límite del periodo sobre el cual las investigadas reconocieron su conducta anticompetitiva en Ecuador: periodo 2006 – 2011), tal como se precisa en el párrafo [940] de la Resolución 2006 de la SGCAN.
5. A mayor precisión, para la expedición de la Resolución 2006 de la SGCAN se tomó en cuenta información específica respecto a elementos que dan cuenta que la conducta anticompetitiva regional se mantenía en 2012, 2013 y 2014. Ello, a partir del rol que tenía el gerente andino en cabeza de Luis Fernando Palacios, la declaración de Sr. Manuel Muñoz como gerente institucional en PFSE y del Sr. Alvira como gerente general de CKC, expuestos en los párrafos [610], [715] y [973] la Resolución 2006 de la SGCAN.

[366] Así las cosas, queda claro que el análisis económico de los precios fue acompañado de pruebas directas, como correos o declaraciones, pero además de contraste con información económica de precios de terceras empresas, del costo del principal insumo empleado en la elaboración de papeles, entre otros, por medio de los cuales permitieron a la autoridad regional llegar a la conclusión razonable que la conducta de alcance regional se desarrolló durante todo el periodo investigado, es decir entre 2006 y 2016, por lo que la afirmación de PFSE, de señalar que en la etapa 2012 – 2016 se carece de pruebas del cartel regional resulta improcedente.

[367] Ahora bien, a modo de aclaración, no resulta cierto la afirmación que hace PFSE al señalar que la propia SGCAN reconoce que sólo cuenta con pruebas directas hasta el año 2011 (al parecer, haciendo referencia a lo señalado en el párrafo [737] de la Resolución 2006 de la SGCAN). Sobre el particular, se debe precisar la SGCAN indica que en la etapa 2006 – 2011 existe un reconocimiento expreso del Grupo Kimberly y del Grupo Familia de la participación del cartel empresarial con efectos en Ecuador. Lo anterior no implica que la SGCAN haya obtenido pruebas para la etapa 2012 – 2016, pero sobre las cuales las investigadas hayan desconocido su participación, como así por ejemplo se precisa en la Resolución recurrida:

[737] (...) en el mercado institucional este análisis se realizará en dos (2) etapas, diferenciadas entre el periodo del cual se cuenta con pruebas directas de la concertación de precios entre el grupo Kimberly y el grupo Familia, reconocidas por las partes (es decir, entre enero de 2006 y noviembre de 2011) y el periodo del cual se dispone de pruebas económicas (entre diciembre de 2011 y diciembre de 2016), además de las reuniones evidenciadas por la SIC en los años 2012 y 2013, pero no reconocidas por las partes como un periodo de



colusión con efectos en el Ecuador. Así, se han definido las siguientes etapas: primera etapa, que comprende el periodo: 2006 – 2011, y la segunda etapa, que comprende el periodo: 2012 – 2016.” [énfasis añadido]

[368] Ahora, si bien el párrafo citado hace referencia al canal institucional, vale la pena recordar que las pruebas demuestran que las conductas anticompetitivas no solamente abarcaban concertación de precios sobre dicho canal, sino también sobre el canal consumo, tal como se ha explicado a detalle en los acápite 4.1, 4.2 y 4.3 de este documento.

[369] Así, por todas las consideraciones antes expuestas corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por PFSE.

b) La existencia de un cartel en el mismo “mercado producto” con los mismos actores y la orden de Kimberly Clark Corporation de cesar cualquier contacto con la competencia

[370] PFSE en su recurso de reconsideración manifiesta:

“216. Por otra parte, el que el acuerdo realizado en el canal institucional en mercado colombiano se hubiere extendido hasta el mes de noviembre del 2013, tampoco constituye una prueba de que la práctica anticompetitiva realizada en el mercado ecuatoriano se hubiera mantenido entre los años 2012 y 2016, toda vez que las últimas reuniones que se llevaron en Colombia en el año 2013, estuvieron relacionadas única y exclusivamente con temas de distribuidores y cartera en el mercado colombiano, tal y como se demuestra en las declaraciones de Andrés Álvarez y de Francia Tanaka, quienes fueron las únicas personas que estuvieron presentes en tales reuniones, lo que pone en evidencia que en dichas reuniones entre funcionarios de Productos Familia Colombia y Colombiana Kimberly-Clark en el año 2013, no se abordó absolutamente ningún aspecto relacionado con el mercado ecuatoriano.

217. En todo caso, representa una contradicción absoluta que la SGCAN sostenga, de una parte, que la práctica sancionada por la SIC se originó y culminó exclusivamente en el territorio colombiano al señalar: “[l]a autoridad colombiana asumió competencia sobre una conducta en territorio Colombiano con efectos en el mercado de dicho país”; y que a pesar de ello, haga referencia en el mismo acto a las últimas reuniones del cártel en Colombia, para sobre las mismas pretender demostrar la prolongación de una conducta anticompetitiva en el mercado del Ecuador.”⁹⁵

[371] Respecto a la orden de Kimberly Clark Corporation de cesar cualquier contacto con la competencia cesar, PFSE en su escrito de reconsideración argumenta lo siguiente:

⁹⁵ Folio 7695 del expediente.



“219. De hecho, resulta contraevidente frente a la tesis de la SGCAN, según la cual eran las matrices colombianas quienes daban la orden a sus filiales de llevar a cabo las conductas anticompetitivas, pues de haber sido así realmente, no tendría sentido que Colombiana Kimberly-Clark hubiera dado la orden de cesar la conducta anticompetitiva y que a pesar de ello la filial ecuatoriana hubiera mantenido la práctica anticompetitiva hasta el año 2016.”⁹⁶

Análisis de la SGCAN

- [372] Respecto a la existencia de un cartel en el mismo “mercado producto” con los mismos actores, la SGCAN entiende que para PFSE la práctica extendida hasta el año 2013 solo da cuenta a correos utilizados para establecer un acuerdo en territorio colombiano más no en territorio ecuatoriano. Por lo que, a juicio de dicha empresa, el horizonte temporal para la investigación correspondiente a la etapa 2012 – 2016 no tiene fundamento.
- [373] Respecto a la tesis planteada por la SGCAN de que eran las matrices en Colombia quienes impartieron la orden de empezar las concertaciones en el mercado ecuatoriano, si bien los alegatos de PFSE refieren que los mercados de Ecuador y Colombia son independientes, se trae a consideración nuevamente el criterio de la estructura empresarial (desarrollado ampliamente en el punto 4.1. de este documento).
- [374] De la revisión de la estructura organizacional del Grupo Kimberly y del Grupo Familia, así como de los correos examinados y las declaraciones efectuadas (ver puntos 4.1., 4.2 y 4.3 de este documento) se pudo constatar que las decisiones se toman desde la casa matriz en Colombia y se ejecutaban en las empresas de Ecuador como subordinadas, demostrando así que estas trabajaban como una unidad, tal como se expuso en el párrafo [917] de la Resolución 2006 de la SGCAN.
- [375] También, en el mismo acto administrativo recurrido se señala claramente cómo se desarrollaron los hechos y hasta qué momento se tuvo conocimiento del último indicio de la conducta regional, a saber:

“[670] Con base en lo anterior, no es el lugar físico en el que se realizaron las reuniones el que determina el origen de la conducta, pues las reuniones señaladas por el señor Hincapié y Muñoz se llevaron a cabo en Quito y Guayaquil. Lo que determina realmente el origen de la conducta, es que las empresas sean filiales de empresas legalmente establecidas en el territorio de la República de Colombia y recibieron la orden de las matrices, lo cual está probado con la participación accionaria, la estructura de mando de las empresas y adicionalmente en las declaraciones que confirman que la señora María Carolina Arenas, quien siendo gerente del mercado institucional de la empresa

⁹⁶ *Ibidem.*



Productos Familia S.A., empresa colombiana, realizó contactos a través del señor Luis Fernando Palacio Gonzalez, funcionario de la empresa Colombiana Kimberly Colpapel para reunirse con el gerente comercial en el mercado institucional de la compañía en el Ecuador”.

(...)

[680] *De la misma manera, aunque no fue referenciado en el informe, en folio (SIC 14-151027) 767, el vicepresidente andino, comparte la información remitida desde la matriz con los gerentes regionales. En tal virtud, se observa que se dio la orden desde la corporación hacia el nivel gerencial andino de dejar de realizar conductas anticompetitivas a raíz del inicio de las investigaciones en Colombia y de ahí se traslada la información hacia las demás gerencias de la compañía. No es como lo indica la defensa del grupo Kimberly un envío de información reiterado respecto a mantener una buena conducta sino una información respecto al inicio de la investigación en la SIC, en tal virtud, dicha información fue tomada como prueba de la finalización de la cartelización regional por parte de dicho grupo, el 24 de diciembre del año 2013. [énfasis añadido]*

[376] Como se aprecia, el cese de la conducta en noviembre de 2013 constituye un indicio de hasta cuando continuó la práctica anticompetitiva. Sin embargo, otros hallazgos revelan que incluso conducta se pudo haber mantenido hasta febrero de 2014, periodo en el que culmina el cargo de director regional el Sr. Luis Fernando Palacios:

“[610] *Indica también la SCPM que ‘de los resultados de la investigación constante en el informe de la Autoridad de Competencia Colombiana se llega a determinar que los señores **Luis Fernando Palacio y María Carolina Arenas Aristizabal**, por sus calidades dentro de sus respectivas empresas ostentaban un poder de decisión sobre el mercado andino, decisiones, que eran ejecutadas y materializadas por Rafael Hincapié, Manuel Muñoz, Francia Elena Tanaka Ramón y Andrés Álvarez López. Cabe destacar también que el señor **Luis Fernando Palacio mantuvo su cargo de dirección a nivel regional andino hasta el mes de febrero de 2014.***

(...)

[973] *En el caso del grupo Familia, los principales directivos en el Ecuador, y en especial el señor Muñoz 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.

[974] En el caso de Kimberly-Clark, se registra en el expediente confidencial de la SIC 14- 151027 (folios 763-765) una comunicación remitida por Kimberly Clark Corporation a los directivos de la región Andina con fecha 23 de diciembre de 2013, en la que les informa del inicio de las investigaciones en la SIC. En dicha comunicación se instruye a los directivos de la región abstenerse de realizar cualquier contacto con los competidores e informar al área legal sobre cualquier situación de la que tuvieran conocimiento.

[975] En ese sentido, se encuentra que la orden para terminar cualquier relación con la competencia por parte de Kimberly Clark se dio en diciembre de 2013 y de la información que obra en el expediente no existen pruebas que muestren que las empresas desmontaron su conducta cartelizadora previo a dicha fecha. El comportamiento paralelo de los precios por lo tanto, se constituye en una prueba contundente del mantenimiento de la conducta al menos hasta diciembre de 2013, en consecuencia, los alegatos respecto a la prescripción presentados por las partes no están fundados, toda vez que se verifica que la conducta continuada se presenta dentro del periodo en el que la norma permite a la SGCAN investigar y sancionar conductas anticompetitivas, a excepción de toallas y servilletas en el canal consumo, productos sobre los que se observa un rompimiento de la conducta paralela unos meses antes de la fecha de prescripción.”

[377] Ahora bien, como lo sugiere PFSE no existe ninguna contradicción al señalar que las ordenes se daban en Colombia y se ejecutaban en Ecuador y que siendo ello así, cuando supuestamente cesaron las conductas en 2013, debieron dejarse de ejecutar los acuerdos de precios en Ecuador, razón por la cual, a su juicio, o tendría sentido el análisis económico efectuado para la etapa 2012 – 2016 en la Resolución N° 2016 de la SGCAN.

[378] Al respecto, se debe señalar que la SGCAN no entra en la aparente contradicción que señala PFSE, pues debe dejarse claro que por un lado se encuentra el desarrollo de la conducta y por otro lado los efectos reales sobre el mercado, en este caso andino. Es así, que en la Resolución 2006 de la SGCAN existen dos acápite distintos para desarrollar cada uno de estos elementos, el primero “4.2. Elementos probatorios



de la conducta” y el segundo “5. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS REALES DE LA CONDUCTA”.

- [379] Así, a partir del análisis económico efectuado en el acápite 5 de la Resolución 2006 de la SGCAN, tanto para el canal institucional⁹⁷ como para el canal consumo⁹⁸ se pudo constatar a partir de la evolución de precios, y de otros factores adicionales, que los efectos reales evidenciados durante la etapa 2006 – 2011, periodo en el cual las investigadas reconocieron su conducta anticompetitiva, se mantuvieron para la segunda etapa 2012 – 2016 para determinados papeles suaves.
- [380] Por tanto, contrariamente a lo señalado por PFSE, de la información expuesta en la Resolución recurrida se encuentran los hallazgos de la conducta regional al menos hasta 2013, incluso hasta febrero de 2014, que tuvieron efectos hasta 2016 en el mercado ecuatoriano sobre determinados productos.
- [381] De esta manera, por todas las consideraciones antes expuestas corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto por PFSE.

8.8. Sobre a la interpretación del objetivo, alcance y limitaciones del Artículo 5 de la Decisión 608

- [382] El recurso de reconsideración del MINCETUR manifiesta lo siguiente respecto a los supuestos bajo competencia de la SGCAN al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Decisión 608:

“25. (...) [D]icho supuesto debe restringirse a afectaciones al comercio transfronterizo entre países de la Comunidad Andina y no incluir casos en los que el supuesto origen de la conducta anticompetitiva esté relacionado a la ubicación de las matrices de las empresas investigadas.

26. (...) [C]onsideramos que cuando el artículo 5 de la Decisión 608 refiere a que son objeto de la presente Decisión, “aquellas conductas practicadas en (...) el territorio de uno o más países miembros, y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países miembros(...)” se refiere a conductas que tienen un impacto en el comercio internacional entre dos o más países andinos.”⁹⁹

- [383] Por su parte PFSE, en su recurso de reconsideración manifiesta lo siguiente:

“27. A la luz de los hechos del presente caso y conforme se desprende de la Solicitud de Investigación, de la Resolución de Inicio de Investigación, del Informe de Resultados de la Investigación y de la Resolución 2006, la investigación se refiere a la configuración de una práctica anticompetitiva

⁹⁷Véase párrafo 770 – Canal Institucional: *Conclusión en papel higiénico institucional*; Véase párrafo 797- Canal Institucional: *Conclusión Respecto del análisis de toallas de papel para el canal institucional*.

⁹⁸ Véase párrafos 908 – Canal Consumo: *Papel Higiénico básico vs Scott Plus*; Véase párrafo 911 – Canal Consumo: *Caso pañuelos de bolsillo 4x10; pañuelos para auto y pequeños 36x50; pañuelos en cubo 16x60; pañuelos súper grande 36x80*.

⁹⁹ Folios 7295 y 7296 del expediente



descrita en el literal a) del artículo 5 de la Decisión 608. La Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina (la “Guía”), emitida por la propia SGCAN y que ahora la SGCAN pretende desconocer, incluye una descripción gráfica de los únicos escenarios en los que se configuraría la conducta con efecto regional (..)

28. Como se expone a continuación, los acuerdos supuestamente arribados entre Familia Sancela Ecuador y Kimberly-Clark Ecuador sólo pudieron haber tenido efectos en Ecuador y los acuerdos entre Productos Familia Colombia y otros operadores económicos del mercado de papeles suaves de Colombia sólo tuvieron efecto en ese país.”¹⁰⁰

[384] Con respecto a la interpretación ofrecida por la SGCAN respecto al artículo 5 de la Decisión 608 a investigada se pronuncia con lo siguiente:

- “40. La interpretación de la SGCAN no toma en cuenta los más elementales métodos de hermenéutica jurídica. Siguiendo su razonamiento, si, por ejemplo, mañana un productor de alimentos en Bolivia actúa de tal forma que termina afectando al bienestar de los consumidores del departamento de Potosí por, digamos, hacer aseveraciones imprecisas sobre la composición nutricional de sus productos, para la SGCAN esos consumidores podrían válidamente iniciar acciones ante el organismo supranacional andino toda vez que el requisito de efectos subregionales solo aplicaría a actos que directamente distorsionen la oferta o demanda en el mercado, mas no a afectaciones al consumidor de cualquier otro tipo (!). Ese razonamiento es, a todas luces, descabellado.
41. En este caso, la SGCAN omite interpretar el texto que cita a la luz del literal a) del artículo 5 de la Decisión 608, esto es, que la CAN es competente para conocer sobre actos realizados 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**”.
42. Para efectos de la Resolución 2006, inexplicablemente, la SGCAN parece haber leído solo la primera parte de la norma que pretende aplicar. El análisis hecho por el TJCAN en el Proceso 05-AN-2015 sobre el significado de la expresión “efectos reales” no puede extenderse de tal manera que se termine modificando el sentido de la Decisión 608 –y del Derecho Internacional; los dos tipos de “efectos reales” a los que se refiere el texto citado por la SGCAN están delimitados, pues, por el documento

¹⁰⁰ Folios 7648 y 7649 del expediente



legislativo que se refiere a ellos en primer lugar. Lo contrario sería otorgar un “cheque en blanco” para que las autoridades comunitarias intervengan en cualquier caso de afectación a los consumidores andinos, sobreponiéndose a las autoridades y a las leyes de los Países Miembros.”¹⁰¹

[385] Por su parte CKC en su recurso de reconsideración esgrime lo siguiente:

“(…) En la presente investigación, no se produjeron efectos reales en el comercio en tanto (i) el comercio entre Colombia y Ecuador se concentra en insumos (productos no terminados) y (ii) las operaciones de comercio en las que participan las empresas imputadas solo involucran a empresas que integran a un mismo grupo económico.

En el supuesto negado de que se aceptara la interpretación de la SGCAN respecto a que ‘basta la afectación del bienestar del consumidor’ para demostrar “efectos reales” de la conducta imputada, la SGCAN no ha cumplido con demostrar que haya existido una afectación al consumidor, dado que el análisis es el resultado de índices de precios contruidos en base a los precios efectivos promedios ponderados aplicados a los canales de comercialización.”¹⁰²

[386] De lo anteriormente expresado, la SGCAN comprende que los cuestionamientos sobre la aplicación la interpretación del objetivo, alcance y limitaciones del Artículo 5 de la Decisión 608 se destacan los siguientes puntos:

- a) La SGCAN ha hecho una incorrecta interpretación del Artículo 5 de la Decisión 608, sus objetivos y su aplicación.
- b) No se ha demostrado el “efecto real” en el comercio y tampoco se ha demostrado la afectación sobre el bienestar del consumidor.

[387] A continuación, se evaluarán cada uno de los puntos mencionados.

Análisis de la SGCAN

a) *Respecto a que la SGCAN habría hecho una incorrecta interpretación del Artículos 5 de la Decisión 608 y sus alcances*

[388] MINCETUR y PFSE manifiestan que en la Resolución 2006 la SGCAN se ha realizado una incorrecta interpretación sobre el ámbito de aplicación objetivo y alcances del Artículo 5 de la Decisión 608.

[389] Al respecto, se debe señalar que la Resolución 2006 de la SGCAN considera la interpretación y aplicación del artículo 5 en virtud a que en este caso específico se circunscribe a las conductas practicadas en un País Miembro con efecto en otro País Miembro, tal como se ha expuesto entre los párrafos [701] y [702] de dicho acto administrativo, a saber:

¹⁰¹ Folios 7651 y 7652 del expediente

¹⁰² Folio 7871 del expediente



[701] *El artículo 5 de la Decisión 608 establece:*

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

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

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

[702] *Al respecto, el TJCAN en sentencia respecto del Proceso 05-AN-2015 (Acción de Nulidad interpuesta por ANGELCOM S.A. en contra de las comunicaciones SG.C/D.1/2450/2013, SG/E/106/2014 y SG/E/311/2014 emitidas por la SGCAN) señala que:*

‘1.6. El artículo 5 de la Decisión 608, como ha quedado sentado, se refiere al ámbito de aplicación del régimen comunitario sobre competencia, concluyendo que corresponde investigar a nivel comunitario aquellas prácticas cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros.

(...)

4.1. De la lectura de las normas transcritas, se desprende que se requiere un “efecto real” en el comercio, que afecte no solo a un País Miembro, sino que la práctica anticompetitiva traspase fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros, y de no suceder así, el procedimiento que deberá aplicarse se regirá por la normativa nacional de cada País Miembro.

(...)

4.5. Si la presunta conducta anticompetitiva nace y tiene efectos reales en el mismo país, no corresponde que la SGCA inicie una investigación. La norma comunitaria establece que sea la autoridad nacional competente la que investigue la presunta conducta anticompetitiva si los efectos reales tienen origen y afectación en el mismo País Miembro de la Comunidad Andina.

(...)

4.9. Este Tribunal considera pertinente determinar el concepto de “efectos reales transfronterizos”, tema en el cual la competencia para investigar la tiene la SGCA, en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el literal a) del Artículo 5 de la Decisión 608, la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para iniciar una



investigación por prácticas restrictivas de la competencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando:

c) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País Miembro de la Comunidad Andina, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.

d) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un País Miembro de la Comunidad Andina, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro País Miembro de la CAN.

Se debe entender por ‘efecto real’:

e) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,

f) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.”
[notas a pie de página omitidas]

[390] De manera complementaria, se puede citar el Proceso 484-IP-2018¹⁰³ concerniente a la Interpretación Prejudicial interpuesta por la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. de la República de Colombia, el cual menciona que:

“2.2. Como señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608, un aspecto importante en el diseño de un sistema de defensa de la libre competencia de ámbito regional es la definición del ámbito objetivo de su aplicación; es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas y su alcance geográfico.

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

¹⁰³ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nro. 3961 del 08 de mayo de 2020



2.4. De conformidad con lo establecido en el Artículo 5 de la Decisión 608, esta norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y otro u otros países miembros.

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

- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:
 - (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.
- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

2.5. Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y donde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término "transfronterizo". Estos casos, dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la SGCAN con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608." [nota a pie de página omitida]

[391] De acuerdo a lo interpretado en las sentencias del TJCA, se reafirma lo establecido en la Decisión N° 2006 de la SGCAN que, en primer lugar, se cumple con el hecho de que la práctica colusoria se realizó por empresas ubicadas en más de un País Miembro (Colombia y Ecuador), como se desprende del literal a), y, en segundo lugar, que dicha conducta tuvo efecto real en al menos un País Miembro (Ecuador), es decir que como se obtiene del literal b) significó una afectación al bienestar de los consumidores.

[392] En ese sentido, la SGCAN ha hecho una interpretación cabal del Artículo 5 de la Decisión 608, sustentada tanto por la parte jurisprudencial emitidas por el TJCAN y por las pruebas existentes del expediente.

[393] Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso interpuesto MINCETUR Y PFSE.



b) Respetto a que no se habría demostrado el “efecto real” en el comercio y tampoco la afectación sobre el bienestar del consumidor

- [394] Como se ha explicado ampliamente en el acápite 4.1. de este documento, debe quedar absolutamente claro que en la Resolución 2006 de la SGCAN no se buscó evaluar el efecto del comercio de papeles suaves de origen colombiano en el mercado del Ecuador. El efecto real evaluado fue sobre el bienestar del consumidor ecuatoriano.
- [395] Ahora bien, sobre el efecto real en el bienestar del consumidor ecuatoriano se debe señalar que, en la Resolución 2006 de la SGCAN se aclaró que en el análisis del bienestar de los consumidores se efectuó sobre el canal institucional y sobre canal consumo.
- [396] En el canal institucional, queda claro que quienes consumen los productos de las empresas investigadas son los “intermediarios”, que a través de ellos distribuyen los papeles suaves, y que además son afectados por la conducta de sus proveedores, que en este caso son los mismos productores. Por tanto, se deben evaluar los precios de estos productores para analizar la potencial pérdida del consumidor.
- [397] En este segmento, debido a que las negociaciones de precios se realizan directamente con las empresas productoras, no se tienen disponibles estudios de mercados de permitan evaluar los criterios que se consideran para realizar un análisis del bienestar del consumidor (los intermediarios).
- [398] Lo anteriormente expuesto fue explicado en la Resolución 2006 de la SGCAN, por medio del cual justificó la metodología utilizada para evaluar el efecto real, a saber:

“[935] En ese sentido, el medir la pérdida de bienestar de los consumidores con base en precios implícitos de las empresas cartelizadas, es un ejercicio que permite ver el efecto en el consumidor, sea este el consumidor final o un intermediario. Si el intermediario también es un “consumidor” en sí mismo y su pérdida también es un efecto de la cartelización, por lo que los precios implícitos de las empresas cartelizadas son un instrumento adecuado para analizar si hubo o no cartelización y para calcular la potencial pérdida del consumidor. Cabe adicionar que el que genera la cartelización en el presente caso es el productor, por lo que el precio que se debe utilizar para realizar el análisis es el que aplica la empresa cartelizada.

[936] Adicionalmente, se debe tener en cuenta que en el canal institucional los consumidores son empresas. En ese sentido, el índice de precios al consumidor (sea medido por una firma de investigación de mercados o por las entidades estadísticas) no es un indicador adecuado para medir el efecto en el bienestar en dicho canal como lo sugiere el grupo Kimberly.

[937] El cálculo de efectos en el bienestar solamente se realizó en papel higiénico institucional, puesto que en este producto se tenían características homogéneas de los productos de las tres empresas analizadas, pudiendo realizar una mejor



comparación de los precios de un producto denominado papel higiénico Jumbo blanco en rollos de 250 hojas en los distintos competidores. De acuerdo con lo señalado por las empresas investigadas, en el canal institucional no existen estudios de mercado por parte de firmas especializadas ni se puede hacer un mayor seguimiento de los precios, ventas, participaciones de mercado ni condiciones de competencia, dado que las negociaciones son directamente con las empresas. En esa medida, tomar a Protisa como precio de referencia frente a los precios implícitos de KCE y PFSE resulta apropiado.”

- [399] Una situación distinta ocurriría para el canal consumo, al constatarse que en el mercado ecuatoriano KCE y PFSE tienen un fuerte posicionamiento de marca y que los competidores más cercanos son seguidores y por lo tanto sería dificultoso encontrar precios que no se encuentren distorsionados, se justificó la razón por la cual se dejó de efectuar la evaluación del efecto real sobre el bienestar del consumidor tomando como referencia el precio de un tercer competidor:

“[938] En el canal consumo, no se realizó el análisis de bienestar frente a un tercer competidor, pues como se mencionó, se encuentra que dicho competidor es seguidor, teniendo en cuenta que en dicho canal existe mucha más información disponible a través de empresas que realizan análisis de mercados, los precios son mucho más visibles en la góndola y los competidores pueden ajustarse más fácil a las condiciones de la competencia. Ante dicha situación, no se realizó el cálculo de los beneficios de la cartelización en el canal consumo mediante la metodología utilizada en el canal institucional. En tal virtud, se reafirma que el análisis que realizó la SGCAN de efectos en el bienestar de los consumidores en el canal institucional es correcto y en el caso del canal consumo por las limitantes de no contar con un precio libre de distorsiones, solo se puede estimar el efecto sobre los consumidores de manera indirecta.”

- [400] Así, tal como se ha expuesto, la SGCAN en ningún momento buscó determinar el efecto real sobre el comercio subregional, sino más bien lo hizo sobre el bienestar del consumidor ecuatoriano, para el caso del canal institucional tomando como referencia el precio de un tercer competidor y para el caso del canal consumo de manera indirecta.

- [401] Por tanto, contrariamente a lo señalado por CKC en la Resolución 2006 de la SGCAN si se ha determinado el efecto real sobre el bienestar del consumidor ecuatoriano.

- [402] En razón de lo expuesto, corresponde desestimar los cuestionamientos de CKC respecto a este extremo.

8.9. Sobre la sanción impuesta a las investigadas

- [403] CKC en su recurso de reconsideración manifiesta:

“El cálculo realizado por la SGCAN para estimar la multa en el producto de papel higiénico comercializado en el canal



institucional es incorrecto, debido a que el “precio hipotético”, que es el precio que se alcanzaría en un escenario de competencia, del periodo 2006-2011, es: i) un precio promedio obtenido de años diferentes (2012, 2013) y ii) un precio de un producto con características diferentes al producto sancionado, que no puede ser considerado como un precio comparable.

(...) en el cálculo realizado para estimar la multa correspondiente a los productos de toallas -de canal institucional-, así como de papel higiénico y pañuelos desechables – de canal consumo-, la SGCAN no ha explicado por qué el margen anticompetitivo que aplica para el cálculo de multa en estos casos (10%) sería aplicable a un caso como el que se está analizando. El referido margen podría ser menor a 10% o incluso podría haber sido variable durante todo el periodo sancionado de cada producto.¹⁰⁴

[404] Continuando con su recurso de reconsideración CKC manifiesta:

“5.1 Sobre la dosimetría de la sanción:

(...)

5.1.1 En cuanto a la dimensión del mercado afectado (mercado producto):

Vale la pena, mencionar que a efectos de la dimensión del mercado afectado, el mercado de papel tisú tiene un peso limitado en términos de rentabilidad para KCE, compañía que según la SGCAN obtuvo todo el provecho de la conducta. En tal sentido, si se agregaran los ingresos y utilidades de esta compañía únicamente en los productos donde supuestamente se consumió el cartel, la cifra de dieciocho millones de dólares (USD 18.000.000) es exagerada e incluso superaría el 10% de los ingresos por esos conceptos.

5.1.2 En cuanto a la dimensión del mercado afectado (dimensión comunitaria)

Si una conducta con efectos comunitarios podría hipotéticamente afectar a todos los países miembros de la CAN y a todos sus habitantes, no se comparte que se haya impuesta la máxima multa, pues la SGCAN reconoció que el acuerdo investigado sólo tuvo efectos en Ecuador. Es decir, el acuerdo investigado solo afectó a uno de los países miembros, que cuenta con menos del 15% de la población de

¹⁰⁴ Folio 8221 del expediente.



la CAN y consecuentemente la dimensión del mercado afectado debió tenerse en cuenta.

5.1.3. El porcentaje de participación de mercado

(..) En primer lugar, no se explica si la participación del mercado total afectado tenía que considerar el mercado andino y no mercado regional. Pero en segundo lugar, se sancionó con una cifra menor a PSFE quien curiosamente tiene una participación de mercador mayor a la de KCE.

5.1.4. No hay reiteración, es el primer caso andino de la historia

La SGCAN consideró que el hecho de que el acuerdo investigado hubiera durado varios años es una causal de agravación doble, ya que en el literal "h". usa indebidamente el término reiteración de la conducta, puesto que considera que esto refiere a la conducta continuada, cuando la conducta continuada hace referencia al literal "g". (..)

5.1.5 El comportamiento KCE, la génesis de la investigación

*Tampoco se tuvo en cuenta que las pruebas principales de su investigación fueron dadas por KCE dentro de un proceso de delación en la República del Ecuador, en donde la compañía por iniciativa propia reportó una situación anticompetitiva en el mercado del papel Tisú ecuatoriano. En tal sentido, no vemos cómo dicha situación no fue considerada en lo más mínimo por SGCAN.
(...)*

Por lo tanto, la multa total impuesta por la SGCAN de 18.3 millones de dólares es desproporcionada, en tanto no excluye de su cálculo aquellos productos que no están vinculados con la conducta, es decir, aquellos que no provienen de Colombia.¹⁰⁵ [énfasis añadido]

[405] PFSE también formula cuestionamientos respecto a la fijación de la multa, respecto al precio hipotético:

"253. Frente al uso del precio de venta efectivo de Protisa para calcular el precio hipotético debe ponerse de presente que el precio de venta efectivo de Protisa no puede ser tenido en cuenta para calcular el precio hipotético, pues los productos de Protisa se venden a un precio sustancialmente diferente al precio de venta de los productos investigados, pues existen diferencias notables entre unos y otros.

¹⁰⁵ Folio 8222 y 8225 del expediente.



254. *En efecto, en la Resolución 2006 se ignora que el precio de un producto refleja, además del valor de sus características intrínsecas como son el conocimiento y posicionamiento de marca, asociados a la experiencia y respaldo de la empresa, la eficiencia de gestión administrativa y post venta que garantizan recibir el producto a tiempo y evitar sobrecostos por reprocesos ante incumplimiento o deficiencias en la gestión logística.*
255. *En este sentido, es equívoco asumir que el precio de venta efectivo de Protisa puede ser usado para calcular habría sido el precio de los productos investigados sino se hubiera presentado la supuesta conducta anticompetitiva que se atribuye a las investigadas, pues bajo ningún supuesto los precios de las investigadas pueden ser comparados con los de Protisa, pues se presentan diferencias sustanciales entre los productos de unas y otras las cuales se reflejan directamente en los precios*
256. *Así las cosas, es a todas luces evidente que al emplearse el precio de los productos de Protisa como precio hipotético se está empleando un método por completo erróneo y nada inclusivo para calcular el monto de la multa, pues bajo ningún escenario, incluso un supuesto escenario anticompetitivo, los productos investigados pueden ser comparados y equiparados con productos de Protisa, y mucho menos los precios de los mismos, pues estos reflejan características propias de cada producto, tales como calidad, posicionamiento de marca, eficiencia en costos, entre otros”¹⁰⁶*

[406] Ahora, sobre el porcentaje empleado para calcular el precio hipotético PFSE indica que:

- “258. *Sobre este punto, es pertinente aclarar que el citado estudio de la OECD fue realizado respecto a investigaciones de carteles internacionales exitosos, es decir, en los cuales fue posible demostrar que los acuerdos realizados por las empresas se materializaron de forma efectiva y generaron un efecto en los precios. En el presente caso, no está probada la existencia de un acuerdo anticompetitivo ni está probado un efecto real sobre el mercado ecuatoriano, de hecho, aun las pruebas documentales del acuerdo en Colombia citadas en la Resolución 2006 dan cuenta de la imposibilidad de afectar los precios del mercado.*
259. *Pero adicionalmente, no existe ninguna evidencia objetiva que demuestre que en el presente caso hubiera tenido lugar un sobreprecio en los productos investigados en magnitudes entre el 10% y el 30%. Por el contrario, el análisis de comportamiento de los precios reales (deflactados)*

¹⁰⁶ Folio 7701 del expediente.



evidencia que, durante el periodo analizado, los precios de PFCE registraron una tendencia decreciente, lo que descarta la existencia de cualquier posible sobreprecio.

260. *Por consiguiente, no es posible asumir este rango estimado por la OECD con fines ilustrativos, pues cada caso requiere realizar este ejercicio para obtener respuestas objetivas a diferentes interrogantes que plantea el análisis de la evidencia económica, lo cual se ha manifestado en varias oportunidades a lo largo del documento.*¹⁰⁷

[407] Respecto a la base para cuantificar la multa PFSE señala lo siguiente:

“262. *En primer lugar, al tomar como base la totalidad de los ingresos brutos del Grupo Familia, la Resolución 2006 desconoce su propia definición de mercado relevante la cual se limita al mercado de papeles suaves en Ecuador.*

263. *Así, al tener en cuenta para la cuantificación de la multa las ventas en Colombia, se desconoce que la supuesta conducta habría tenido efectos exclusivamente en el Ecuador y que en dicho mercado no participa Productos Familia Colombia. Por demás debe señalarse que los ingresos brutos de Productos Familia ya fueron objeto de una sanción, por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de calcular la multa de Productos Familia Ecuador.*

264. *Por otra parte, se incurre en una arbitrariedad al tomar la totalidad de ingresos pues están teniendo en cuenta las ventas de aquellos productos en que la SGCAN incluso reconoció que no existió un acuerdo anticompetitivo. Aunado a lo anterior, debe señalarse que las pruebas en la investigación únicamente darían cuenta de contactos y reuniones relacionadas con el canal institucional. No existe ninguna prueba que permita sustentar la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el canal consumo.*¹⁰⁸

[408] Respecto a la relación entre la conducta procesal y la graduación de la multa PFSE sostiene:

“265. *En el párrafo 998 de la Resolución 2006 se establece lo siguiente:*

‘Con relación al comportamiento de las partes, se señala que Productos Familia y PFSE entregaron de manera oportuna la totalidad de información requerida en el marco del plan de investigación. Por su parte el Grupo Kimberly desde el principio de la investigación solicitó múltiples plazos de entrega de la información, especialmente lo correspondiente a las listas de precios

¹⁰⁷ Folio 7702 del expediente.

¹⁰⁸ Folios 7702 y 7703 del expediente.



generando de esta manera demoras en el procedimiento.'

266. *Resulta contradictorio que, si bien se reconoce en la Resolución 2006 que las empresas del grupo Familia entregó de manera oportuna la totalidad de información requerida, lo cual es prueba que tanto Productos Familia Colombia y Productos Familia Ecuador tuvieron una conducta procesal ejemplar, al atender siempre de manera oportuna los requerimientos de información demostrando así un alto grado de colaboración y un legítimo interés por esclarecer los hechos, la conducta procesal de ambas empresas no haya sido tenida en cuenta para la graduación de la sanción.*

267. *En efecto, si bien se reconoce la conducta procesal ejemplar de las empresas del Grupo Familia, la misma se deja de lado para efectos de graduar la conducta, pues al momento de definir el monto de la sanción, se impone la misma sanción en la misma proporción que a la otra empresa investigada, cuando el Grupo Familia debió haberse aplicado un elemento de atenuación.¹⁰⁹*

[409] De todo lo anterior, la SGCAN comprende que los cuestionamientos sobre la sanción interpuesta a las firmas investigadas, se enfatiza los siguientes puntos:

- a) Sobre los criterios utilizados en la construcción del precio hipotético a partir de un tercero Protisa y de un porcentaje sobre el precio.
- b) Sobre la base del cálculo del monto de la multa.
- c) Sobre las consideraciones valoradas para fijar la multa a las investigadas.

[410] A continuación, se desarrollarán cada uno de los puntos antes señalados.

Análisis de la SGCAN

a) *Cuestionamiento sobre los criterios utilizados en la construcción del precio hipotético a partir de un tercero Protisa y de un porcentaje sobre el precio*

[411] Al respecto CKC y PFSE cuestionan el uso del precio de Protisa como "*precio hipotético*", por el periodo empleado para su estimación y por no corresponder a un producto comparable al de las investigadas, pues según refieren el menor precio que presenta Protisa, en comparación a las investigadas, se explica por diferencias en calidad, marca, costos, entre otros.

[412] Por otro lado, se cuestiona que no se haya explicado el uso del porcentaje de 10% para el cálculo del sobre precio y que tampoco existe evidencia que esa diferencia se mantenga en la medida que aparentemente el precio de PFSE fue disminuyendo.

(i) Respecto al uso del precio de Protisa

¹⁰⁹ Folio 7703 del expediente.



[413] Al respecto se debe señalar que en la Resolución 2006 de la SGCAN se explican las razones por las cuales se emplea el precio de Protisa, respecto al periodo empleado y las referencias de los artículos contemplados, de manera tal se garantice una comparación equitativa de precios frente al de las investigadas. Todo ello, en función a la información disponible en el expediente.

[414] Por ejemplo, entre los párrafos [989] y [990] de la Resolución 2006 de la SGCAN se explica el razonamiento del porqué usar el precio de Protisa como precio hipotético para determinar el sobre precio en el canal institucional:

“[989] Definir el “Precio hipotético” supone considerar la determinación de un escenario contra factual. Esto es, identificar lo que hubiese pasado en un caso hipotético de no haberse dado la conducta: es decir, consiste en estimar o aproximar cual hubiese sido el precio de mercado de los productos cartelizados. Es importante reconocer que en el proceso de identificación del escenario contra factual no es necesario que dicho referente corresponda a una situación de competencia perfecta, tan sólo basta reconocer aquella situación que hubiere sucedido en ausencia de la conducta anticompetitiva.”

990. Así, una vez definido el “Precio hipotético”, se puede determinar el sobre precio pagado por los consumidores como resultado de un proceso de cartelización, que en términos absolutos corresponde a la diferencia aritmética entre el “Precio del cartel” menos el “Precio hipotético.”

[415] Así también, en el párrafo [993] se explica las razones del periodo empleado para determinar el precio hipotético, con base en los precios de Protisa:

[993] Para establecer el beneficio del cartel del periodo en que se verificó la práctica anticompetitiva (2006 – 2013), primero se determinaron los sobre precios de ese periodo. Dado que para los años 2006 – 2011 no se contaba con precio de Protisa, dicha información se estimó como el promedio simple del sobre precio realmente obtenido en 2012 (42%) y 2013 (41%), es decir 41%. En la siguiente Tabla se muestran los resultados de manera acumulada a fin de preservar la confidencialidad de la información.

[416] Finalmente, en el pie de página [259] así como el Gráfico 10 de la Resolución 2006 de la SGCAN, dan cuenta que la comparación de precios se hace sobre similares productos y que se han destinado a los mismos canales de comercialización, a partir de la información disponible en el expediente. Todo ello con el fin de busca comparar precios equitativos de Protisa con el de las investigadas, tal como se puede apreciar a continuación:

²⁵⁹ Para efectuar un análisis objetivo, se compararon los precios de venta a distribuidores, pues Protisa dirigió, entre noviembre de 2012 y junio de 2016, el 93.81% de sus ventas a este canal comercial (distribuidores mayoristas, distribuidores de productos masivos y distribuidores institucionales). Durante similar periodo, las ventas



conjuntas de Kimberly y Familia hacia dicho canal representaron el 47.4% (entre distribuidores y mayoristas) de sus ventas totales.”

- [417] Ahora bien, respecto al alegato que el precio de Protisa es menor al de las investigadas atribuible a temas de marca, calidad entre otros, es un argumento sobre el cual no se ha proporcionado información a fin de poder contrastar en este recurso de reconsideración, que permita desvirtuar los hallazgos encontrados en la investigación. Además, como se ha explicado las comparaciones de precios se han efectuado sobre la base de información disponible en el expediente.
- [418] Por tanto, contrariamente a lo señalado por CKC y PFSE en la Resolución 2006 de la SGCAN se explican las razones por las cuales se emplea el precio de Protisa como un referente apropiado para calcular el sobre precio de las investigadas en el mercado ecuatoriano.
- [419] Con base en lo anterior, corresponde desestimar los alegatos formulados por CKC y PFSE en este extremo.

(ii) Respecto al uso del 10% para calcular el sobreprecio de las investigadas

- [420] Como se ha indicado, CKC y PFSE cuestionan el hecho de no haber explicado el uso del porcentaje de 10% para el cálculo del sobre precio y que tampoco existe evidencia que esa diferencia sea apropiada, pues ponen en entre dicho que podría ser menor.
- [421] Al respecto, se debe traer a colación lo señalado en el párrafo [991] de la Resolución 2006 de la SGCAN:

“[991] Sobre este último aspecto, se debe precisar que la jurisprudencia en materia de libre competencia advierte que el sobre precio pagado por los consumidores en un mercado cartelizado se encuentra entre el 10% y 30% por encima de un escenario en ausencia del cartel empresarial. Dato obtenido de un estudio efectuado por la OCDE en que se presenta una lista de 38 carteles relevantes detectados en diferentes autoridades de competencia del mundo³²⁷. Este resultado coincide con mediciones realizadas en diversos estudios académicos, como el de Connor y Lande (2008), Werden (2003), Posner (2001); y Levenstein y Suslow (2002)³²⁸. Por ejemplo, en el estudio realizado por Connor y Lande (2008), tales autores tomando una muestra de más de 100 carteles en el mundo considerados de manera conjunta, estiman que el sobre precio medio producto de un cartel oscila alrededor del 25%, dependiendo de si se trata de un cartel doméstico o internacional.”

- [422] Como se aprecia, en el acto administrativo recurrido se llega a explicar el razonamiento para emplear como parte del ejercicio del cálculo del sobre precio el porcentaje del 10% y del 40% que ha sostenido la OCDE como sobrepuestos encontrados en casos por prácticas de colusión de precios. Metodología que fue empleada dada la información disponible en el expediente.



[423] Sobre este hecho, cabe resaltar que la SGCAN efectuó un análisis de escenarios sobre la base de ambos porcentajes, tomando los resultados del escenario más conservador (10%) para calcular la multa a las investigadas.

[424] Con base en lo anterior, corresponde desestimar los alegatos formulados por CKC y PFSE en este extremo.

b) *Sobre la base del cálculo de la base de la multa*

[425] Respecto a este asunto, tanto CKC y PFSE cuestionan aspectos que se podrán responder brindando una explicación de cómo se calculó la multa. Ello, en la medida que las recurrentes hacen referencia a distintos aspectos que no fueron tomados en cuenta para dicho cálculo, como señalar que se han tomado los ingresos para calcular la multa, los ingresos y utilidades de las empresas ubicadas tanto en Colombia y Ecuador para calcular la multa, o sobre todos los ingresos que percibe la empresa, considerando otras líneas de negocios, entre otros.

[426] Para tal efecto, se debe precisar que la multa se calculó sobre el sobreprecio cobrado por la conducta anticompetitiva, estimado en algunos casos con el precio de Protisa y en otros casos de aplicar el respectivo 10%. Los sobreprecios cobrados por las investigadas generaron sobre ganancias en el mercado del Ecuador las cuales fueron estimadas con dicho sobre precio. En ningún momento la multa se calculó sobre los ingresos brutos de la empresa, ya sea de la línea de negocios de papeles suaves o de otras, tampoco sobre los ingresos del Grupo como lo insinúa CKC y PFSE.

[427] Así, se calculó un beneficio ilícito de las investigadas de US\$ 18' 344, 916 para el Grupo Kimberly y de US\$16' 857, 278 para el Grupo Familia, que luego, con fines comparativos y a fin de toar en cuenta el umbral de monto máximo de la multa que permite la Decisión 608 se confrontó con los ingresos brutos respectivos de cada empresa. Luego de hacer dicha comparación se corroboró que las multas no superaban el 10% que establece la norma andina como sanción máxima, pues llegaba en el caso del Grupo Kimberly a 4.1% de sus ingresos totales brutos de 2017 y del Grupo Familia a 3.5% de sus ingresos totales brutos de 2017.

[428] Por todo lo explicado, corresponde desestimar los cuestionamientos formulados por CKC y PFSE respecto a este extremo.

c) *Sobre las consideraciones valoradas para fijar la multa a las investigadas*

[429] CKC y PFSE sostienen que en la valoración del cálculo de la multa no se han tomado en cuenta algunos aspectos señalados en sus respectivos recursos de reconsideración. Por ejemplo, en el caso de CKC la información proporcionada por dicha empresa a la autoridad de competencia del Ecuador y en el caso de PFSE su conducta procesal en el marco de la investigación comunitaria.

[430] Respecto a lo alegado por CKC, la SGCAN debe aclarar que la conducta de la empresa investigada respecto a la información entregada a la agencia de competencia del Ecuador, es un hecho que debió haber sido valorado en el fuero nacional. En el procedimiento comunitario que se inició a solicitud de parte y sobre el cual la autoridad comunitaria desplegó una serie de actuaciones, la recurrente mostró una conducta procesal que no facilitó la investigación.

[431] En efecto, tal como se precisa en el párrafo [1000] de la Resolución 2006 de la SGCAN, el Grupo Kimberly desde el principio de la investigación solicitó múltiples



plazos de entrega de información, especialmente en lo referente a la entrega de listas de precio, generando de esta manera demoras en el procedimiento. Esta conducta mostrada en el marco de la investigación que compete a esta Secretaría General fue valorada para establecer la multa.

- [432] Por tanto, extrapolar una figura jurídica como lo es la exención de multas o reducción de multas como pretende la investigada es inviable en la medida que no se encuentra contemplada en el marco jurídico andino, si bien esta situación se encuentra en la normativa nacional de los 4 Países Miembros, ello no implica que ante la ausencia de una norma andina de reducción o exención de multas, este Órgano Comunitario pueda aplicar dicho mecanismo en los procedimientos a los que hace referencia la Decisión 608, pues ello implicaría un irrespeto al principio de legalidad, tal como lo ha hecho saber el TJCA en el proceso de ARBITRAJE 01-2028¹¹⁰
- [433] Ahora bien, la Decisión 608 contempla en su artículo 34 elementos a tomar en cuenta para graduar la multa, mismos que han sido considerados en la Resolución 2006 para este propósito.
- [434] Por tanto, en razón a la conducta procesal demostrada por el Grupo Kimberly durante todo el procedimiento de investigación, resulta inviable la modificación de la sanción ya establecida y justificada en la Resolución 2006.
- [435] Respecto a la observación de PFSE, sobre que la SGCAN no habría tomado en cuenta su conducta procesal para la graduación de la multa, cabe señalar que la misma no es el único criterio valorado por el Órgano Comunitario para la determinación de la sanción.
- [436] Es necesario recalcar que la SGCAN ha impuesto una multa considerablemente inferior a lo que la Decisión 608 dispone (10%), lo que demuestra que esta Secretaría ha considerado todo lo dispuesto en la normativa para el tratamiento de este tema y que está reflejado en la Resolución 2006.

9. Sobre el respeto al debido proceso

- [437] En sus recursos de reconsideración, tanto el Grupo Familia y el Grupo CKC ha alegado que no se ha cumplido con el derecho al *debido proceso* en el presente caso.
- [438] Sobre el particular, es preciso, en primer lugar, tener presente qué se entiende por debido proceso. Al respecto, señala Elizabeth Salmón que:

*“El proceso «es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», a lo cual contribuyen «el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal».*¹¹¹

*En este sentido, dichos actos «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial».*¹¹²

¹¹⁰ Publicado en la Gaceta Nro. 3675 del 20 de junio de 2019.

¹¹¹ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

¹¹² Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 118.



En buena cuenta, el debido proceso supone «el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales».¹¹³ Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un prerequisite indispensable para la protección de cualquier otro derecho.

Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática,¹¹⁴ lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador.¹¹⁵

[439] En efecto, este derecho ha sido reconocido como un derecho inalienable, propio de la persona, incluso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo ha desarrollado en su jurisprudencia, a propósito de su sentencia en el Proceso 486-IP-2016 sobre la lectura de las cuestiones procedimentales en el marco del respeto al debido proceso:

“3.1. Al respecto, en el acápite anterior se ha explicado el alcance del Artículo 124 de la Decisión 486. Esta disposición, al igual que otras disposiciones procedimentales contenidas en la Decisión 486 (v.g. los Artículos 122 y 123) deben ser leídas, interpretadas y aplicadas a la luz de una adecuada y efectiva protección de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho al debido proceso, el cual es un principio y un derecho que instrumentaliza que en cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial se respete el derecho de defensa de las partes involucradas.

(...)

3.4. Si bien no es vinculante, este Tribunal considera que la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino el 26 de julio de 2002, constituye un parámetro interpretativo del derecho comunitario andino¹¹⁶.

3.5 En ese sentido, las disposiciones procedimentales contenidas en el derecho comunitario andino deben ser interpretadas considerando lo establecido en los Artículos 64 y 66 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, sobre la promoción y protección de los derechos humanos, a través la aplicación de las leyes nacionales e instrumentos internacionales.

3.6 (...) En este sentido, en todo procedimiento se deben asegurar todas las garantías necesarias para la defensa de las personas y para el respeto del debido proceso, entre ellas el derecho de defensa¹¹⁷.

¹¹³ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

¹¹⁴ Cf. Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 78.

¹¹⁵ SALMÓN, E. (2012) El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. PUCP. Pág. 24.

¹¹⁶ Al respecto, revisar las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en el Proceso 100-IP-2011 del 8 de febrero de 2012 y en el Proceso 60-IP-2012 del 24 de octubre de 2012.

¹¹⁷ Proceso 486-IP-2021 Interpretación Prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XXXIV – Número 3010 publicada 28 de abril del 2017. Consultante: Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú. Expediente interno del Consultante: 650-2013/DIN. Referencia: Diseño Industrial para “Protector de cerradura con tirador”.



- [440] Como se ha demostrado a lo largo de la presente Resolución, y corre en diversos instrumentos en el expediente, esta Secretaría General ha sido cautelosa y celosa en el respecto al derecho del debido proceso.
- [441] En efecto, desde el inicio del proceso de investigación, la SGCAN ha cursado a las partes involucradas Grupo Familia y Grupo CKC, así como a la SCPM, y a los Países Miembros de la Comunidad Andina, todos los instrumentos actuados en el proceso. Desde el levantamiento de información, ya sea a través de instrumentos escritos, como orales, respetando también la información confidencial remitidas por las partes. Ello ha quedado claramente demostrado en el levantamiento de los argumentos infundados presentados por los accionantes en el punto 8 de la presente Resolución.
- [442] Cabe mencionar que, en adición al análisis efectuado en este apartado de la Resolución, el Grupo Familia señala que se habría violado el debido proceso en tanto la SGCAN habría adelantado opinión en el Informe de Resultados de Investigación (folios 7644 y 7645) y ante el mantenimiento de la SCPM como miembro del comité (*a título de presidencia pro tēpore*) en violación a lo dispuesto en la Decisión 608 y en la normativa interna del Ecuador sobre exclusas (ver folio 7663 y siguientes). Sobre este punto, también ha señalado el MINCETUR, como cuestión previa,
- [443] Al respecto, es preciso indicar que, con relación al Informe de Resultados del mencionado Comité, tal como lo disponen los artículos 20 al 22 de la Decisión 608, esta Secretaría General procedió a convocar al Comité para tratar el presente caso presentando el informe técnico correspondiente. Al respecto, el procedimiento seguido se explica en las páginas 75 y 76 de la Resolución 2006 de la Secretaría General. En efecto, como fase final, la SGCAN emite su Resolución motivada con la cual se cierra el caso en sede administrativa.
- [444] Como se hizo referencia en el Resolución 2006, el profesor CHAMORRO ha señalado que el principio de debido procedimiento se relaciona con la prohibición de indefensión de los administrados¹¹⁸ y tal como ha señalado la doctrina, “(...)para que se produzca indefensión es preciso que la imposibilidad de contradicción afecte a la totalidad de la tramitación, por lo que no puede producir indefensión un acto aislado del trámite si en posteriores momentos y antes de que la correspondiente resolución se dicte, la parte tiene la posibilidad de argumentar sus pretensiones. Así lo entiende el Tribunal de Defensa de la Competencia”¹¹⁹.

Al respecto el TJCAN en el proceso 02-AN-2017 ya referido ha indicado lo siguiente:

”03.2.18 Un derecho subjetivo clave al interior de esta clase de investigaciones ante la SGCA es el derecho al debido proceso, lo cual supone la posibilidad real y concreta de poder defenderse. La defensa, como es evidente, es la posibilidad de presentar descargos, pruebas y alegatos complementarios contra los fundamentos (indiciarios) del auto que da inicio al procedimiento de investigación. Por tanto, cabría hablar de indefensión si es que el administrado fue impedido de presentar descargos, pruebas o alegatos complementarios (...).”

- [445] El artículo 22 de la Decisión 608 hace referencia a la obligación de la Secretaría General de expresar en su resolución, de manera motivada, las razones para apartarse de las conclusiones y recomendaciones del Informe de Resultados del

¹¹⁸BUSTAMANTE, R; CHAMORRO, F; MARIONI, L; PRIORI POSADA, G. (2009). Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva. Revista Ius Et Veritas., m. 39, 320.

¹¹⁹ PASCUAL Y VICENTE, Julio. (2002). Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Madrid: Civitas Ediciones. Pág 232.



Comité. Sin embargo, en el presente caso, no se llegó a aprobar un Informe de Resultados por parte del Comité. De otro lado, es preciso traer a colación el artículo 3 de la Decisión 425 que dispone que el Secretario General no podrá dejar de resolver todos los asuntos que dentro de su ámbito de competencia sean sometidos a su consideración.

- [446] En ese sentido, la Secretaría General, como órgano técnico y ejecutivo del Sistema Andino de Integración, y en virtud de las facultades otorgadas en el artículo 93 Acuerdo de Cartagena, se encontraba obligada a emitir su Resolución, sin que por ello se encuentre obligada a incluir los alegatos presentados por los Países Miembros en sus diferentes informes.
- [447] Como se aprecia, la Secretaría General resolvió el proceso con total transparencia e independencia, sin negar el acceso a la información que corre en los expedientes, respetando de esta manera el derecho de defensa de las partes.
- [448] En ese sentido, queda claramente demostrado que los argumentos presentados por Grupo Familia, Grupo CKC, la SIC, y MINCETUR carecen de sustento, habiéndose respetado el debido proceso durante todo el proceso de investigación del presente caso, por lo que no proceden los recursos de reconsideración presentados en los puntos tratado en el presente punto.

10. SUPUESTOS EFECTOS NOCIVOS AL SISTEMA ANDINO DE LIBRE COMPETENCIA

- [449] En sus recursos de reconsideración, tanto el MINCETUR como la SIC han manifestado su preocupación con relación a los supuestos efectos nocivos que la Resolución 2006 ocasionaría a los procedimientos de investigación sobre libre competencia en sus territorios, en particular por los resultados exitosos que el uso de la clemencia ha tenido en sus investigaciones internas en la lucha contra las prácticas que distorsionan la competencia y las manipulaciones indebidas de los precios.
- [450] 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.
- [451] Así lo resalta también la SCPM en su escrito del pasado 16 de noviembre de 2021 *“(…), sin perjuicio de que el acto administrativo No. SCPM-IG-DES001-2016, de 14 de octubre de 2016, ha sido declarado nulo, no es menos cierto que esta nulidad al solo hacer referencia a la desclasificación de la información que constaba en el Expediente Administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-2014-009, no refiere a la validez de la prueba documental actuada por la SGCAN”*.
- [452] De otro lado, como bien ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el auto del proceso 04-AN-2018, la clemencia es una herramienta utilizada para detectar y desarmar los cárteles.
- “2.1.3 Por virtud de un programa de clemencia, la autoridad de defensa de la competencia exonera (o exime) del pago de la multa a la empresa que, habiendo participado de un cártel, denuncia su existencia y es la primera en*



aportar pruebas sustantivas y cuando cese en su conducta infractora y no haya liderado, promovido o instigado la realización del acuerdo prohibido. El programa puede extenderse a otros involucrados que aporten elementos de prueba que ya dispone la autoridad, caso en el cual se beneficiarían, si bien no de la exoneración total de la sanción, sí de una reducción de esta en función de los porcentajes establecidos en la normativa correspondiente.

2.1.4 El programa de clemencia busca incentivar a los involucrados en un cártel a delatarlo, a traicionarlo. **El objeto de un programa de clemencia es animar a que empresas involucradas en un cártel revelen su existencia a la autoridad de competencia, de manera espontánea, colaborando en su detección y contribuyendo en su efectiva persecución.** (...)

2.1.5 Un elemento intrínseco y de vital importancia del programa de clemencia **es la confidencialidad de la información aportada** por la empresa o empresas que se acogen a dicho programa. **Si no existiera la garantía de la confidencialidad, quedaría en entredicho la eficacia misma del programa**". (Énfasis añadido)

[453] Con relación al manejo de la confidencialidad en el programa de clemencia en el modelo ecuatoriano, es importante el alcance que hace Trujillo:

"En el Ecuador el programa se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), la cual en sus artículos 83 y 84 establece el régimen del programa de clemencia. Estos artículos son una copia de lo que se tiene en la UE; por un lado, el solicitante debe ser el primero en acudir a la autoridad, la información y las pruebas entregadas por este deben ser suficientes para realizar una inspección o poder declarar una violación al Derecho de competencia, todo tal cual las condiciones de la UE. Igualmente, si el solicitante entrega información que la autoridad -en este caso la Superintendencia- ya tenía en su poder, no podrá ser sujeto al programa, como ocurre en EE. UU. y en la UE. De igual manera, para obtener clemencia el solicitante debe colaborar al 100% con la autoridad correspondiente. Por otro lado, al igual que en la UE en Ecuador el peticionario debe terminar su actuar ilícito, caso contrario no podrá acceder a la inmunidad de la multa. Finalmente, en los tres sistemas, si se es ring leader la petición no será aceptada por la autoridad.

*(...) en Ecuador no se menciona el tema de qué hacer con la información que se entrega a la Superintendencia al momento de realizar el pedido de clemencia. No se sabe si dicha información puede ser sujeta a revelación posteriormente para futuras demandas, o si debe ser confidencial o privada. Entendemos que en la LORCPM se habla de la reserva de la información y la confidencialidad que los empleados de la Superintendencia deben mantener al momento de manejar información sobre los operadores económicos. No obstante, con el programa el operador se declara culpable y entrega a la Superintendencia las pruebas necesarias para esto. Además, una vez que la Superintendencia lo declara culpable debe expedir una resolución y en este momento dicha información ya se considera pública, por lo cual, en teoría, podría ser de acceso a terceras partes para iniciar cualquier demanda, como ocurría en Europa hasta 2015. Esto se ve reforzado por el art. 91 de la Constitución del Ecuador que permite realizar una acción para obtener acceso a la información que es pública una vez que la Superintendencia haya realizado su informe. (...)"*¹²⁰

¹²⁰ Trujillo, Carlos. (2017). Análisis de la figura "Programa de Clemencia" en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador. Foro, Revista de Derecho, (26), 87-105.



[454] Asimismo, el Tribunal ha señalado "(...) 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 su lucha contra los cárteles". (Proceso 04-AN-2018)

[455] En ese sentido, si bien la norma comunitaria no contempla programas de clemencia en sus investigaciones en materia de libre competencia, de los argumentos esgrimidos en los recursos de reconsideración de la SIC y el MINCETUR, así como lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina queda claro que el uso de la información otorgada en el marco de estos programas no debería utilizarse en otros procesos contra los colaboradores.

11. DE LA REVISIÓN DE LAS SANCIONES

[456] En el auto del proceso 04-AN-2018 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al declarar la inadmisibilidad de la acción de nulidad interpuesta por Kimberly Clark Ecuador S.A. en tanto los efectos jurídicos de la Resolución 2006 se encontraban suspendidos por la Resolución 2017 emitida por la SGCAN el 28 de mayo de 2018, manifestó lo siguiente:

*"Podría ocurrir, hipotéticamente hablando, que la SGCA, al resolver los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución 2006, declare que no se ha probado la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza, que las declaraciones autoincriminatorias efectuadas en el marco de un programa de clemencia no debieron ser utilizadas en su procedimiento de investigación, o que **habiéndose probado la existencia de la conducta infractora la sanción a imponer sea menor**, etc. Como puede verse, son muchos los escenarios posibles, desconocidos en el momento actual". (Énfasis añadido)*

[457] Al respecto, el artículo 34 de la Decisión 608 estipula que la conducta procesal de los investigados es uno de los factores a tener en cuenta en la graduación de la multa; esta es la norma del derecho comunitario andino que sustenta o posibilita la revisión de las sanciones impuestas en el marco de la Resolución 2006.

[458] Sobre el particular, de la información que corre en autos, y en particular a folios 2191 del expediente confidencial, la SCPM reconoce a Kimberly Clark Ecuador S.A., mediante Oficio SCPM-IIAPMAPR-2014-375, que los elementos aportados por dicha empresa en el proceso interno ante las autoridades ecuatorianas constituyen una condición para realizar una reducción a la multa a dicha empresa, en tanto mostró colaboración con las autoridades de ese país.

[459] Sin embargo, en el marco del procedimiento subregional su conducta fue contraria, para nada colaborativa ni aportante, sino antagónica y obstructiva, así que mal puede pretender esa empresa el que su solicitud inicial ante la SCPM la ampare plenamente ante la SGCAN.

[460] En ese sentido, en el marco de lo dispuesto en el artículo 34 de la Decisión 608 y bajo las consideraciones expresadas en la presente resolución, corresponde una revisión de la sanción aplicada a Kimberly Clark Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A.



- [461] A tal efecto, es preciso tener presente las siguientes consideraciones. La primera, la participación y conducta presentada por Kimberly Clark Ecuador S.A. en el programa de exoneración de multas que contempla la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento en el Ecuador. La segunda, lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia del Proceso 04-AN-2018 [348]. Y tercero, su comportamiento en el presente proceso de investigación subregional.
- [462] 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.
- [463] Con relación al tercer considerando, las empresas Kimberly Clark Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. no contribuyeron en ninguna etapa del presente proceso de investigación subregional.
- [464] Con relación a las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., no se han hallado en el expediente ni en su comportamiento en el presente proceso, condiciones que permitan aplicar una gradualidad a la sanción aplicada en la Resolución 2006 bajo las consideraciones descritas en el párrafo precedente.
- [465] Es necesario recalcar en todo caso que la SGCAN impuso en la Resolución 2006 una multa considerablemente inferior a lo que la Decisión 608 dispone (10% del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo, inciso 4 artículo 34 Decisión 608), lo que demuestra que esta Secretaría ha considerado todo lo dispuesto en la normativa para el tratamiento de este tema y que está reflejado en la indicada Resolución.
- [466] 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.

12. DESTINO DE LAS MULTAS.

- [467] Kimberly Clark Ecuador S.A. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A. en el punto 7.5 de su escrito del pasado 5 de octubre de 2021 cuestiona las facultades que tiene esta Secretaría General *“(...) a imponer una multa y a ordenar su pago en favor de unos de los Países Miembros donde, aparentemente, tuvo origen o efectos la comisión de la conducta investigada y sancionada, a razón por la cual la orden de pago de esta sanción es ilegal al exceder las facultades que la normativa andina le otorga a la SGCAN”*.
- [468] Al respecto, es preciso traer nuevamente a colación el artículo 34 de la Decisión 608 que señala:

“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.**

(...)

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.” (Énfasis añadido)

- [469] En ese sentido, la multa impuesta a Kimberly Clark Ecuador S.A. de manera solidaria con Colombiana Kimberly Colpapel S.A.; y a Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. se encuentra debidamente acorde a lo dispuesto en la normativa comunitaria antes mencionada.
- [470] Sin embargo, con relación al destinatario de la multa, la Decisión 608 no señala nada al respecto. Por este motivo, es necesario traer nuevamente a colación el artículo 4 de la Decisión 425 que señala que el Secretario General deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de sus competencias o que surjan con motivo del recurso, aunque no hubieran sido alegados por los interesados.
- [471] En este sentido, en tanto que por mandato del artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 15 y siguientes de la Decisión 608, confieren a la Secretaría General de la Comunidad Andina las facultades de investigación y sanción en los casos de violación de la libre competencia, el pago de las multas constituyen recursos de la Secretaría General Comunidad Andina. En este sentido, el dinero proveniente de las multas deberá ingresar a una cuenta que para tal fin determinará este organismo.
- [472] Cabe mencionar que, en el marco del literal i) del artículo 22 del Acuerdo de Cartagena, que dispone que corresponde a la Comisión aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General; en concordancia con la Decisión 471 que contiene el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina; la Comisión, en su calidad de autoridad presupuestal de la Secretaría General de la Comunidad Andina, deberá determinar el destino de los fondos.
- [473] Por lo expuesto, de conformidad con las consideraciones antes señaladas, esta Secretaría General;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por el Grupo Familia y el Grupo Kimberly contra la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en el extremo de que en los procesos con base a pruebas surgidas en el marco de un programa de clemencia podrían afectar los programas de delación compensada aplicada en los Países Miembros.

Artículo 2.- Declarar infundados los recursos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de



la República del Perú, y los presentados por las empresas investigadas con relación a la competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina, pues ha quedado demostrado que hubo efectos transfronterizos de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Declarar fundados parcialmente los recursos de reconsideración presentados por las empresas investigadas en cuanto a las pruebas aportadas por Kimberly Clark Ecuador S.A. sobre la existencia de un programa de clemencia en el marco del Proceso Nro. SCPM-11APMAPR-EXP-009-2014 ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, sin embargo, dichas pruebas no afectaron el proceso de investigación supranacional de conformidad con las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4.- Confirmar la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina con relación a la denuncia presentada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador - SCPM - en contra de las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608.

Artículo 5.- Modificar el valor de las multas impuestas en el artículo 6 de la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en virtud de la sanción por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608, bajo las razones establecidas en la parte considerativa de la presente Resolución de la siguiente manera:

- Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$17,060,772 (Diecisiete millones sesenta mil setecientos setenta y dos dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.
- Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

Artículo 6.- La sanción será cancelada a la Secretaría General de la Comunidad Andina dentro de treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente Resolución mediante giro bancario a una cuenta especial que determine este órgano comunitario de manera exclusiva para el recaudo y administración correspondiente.

El gasto de los recursos de la sanción será autorizado por la Comisión de la Comunidad Andina, de conformidad a lo dispuesto en el literal i) del artículo 11 de la Decisión 471.

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

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los diecinueve días del mes de noviembre de dos mil veintiuno.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General