GACETA OFICIAL

Año XXXIX - Número 4419

Lima, 17 de febrero de 2022

PROCESO 03-AN-2021



Pág.

SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Acción de nulidad interpuesta por las empresas

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





TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 03-AN-2021

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

Magistrado sustanciador: Hugo R. Gómez Apac

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la ciudad de San Francisco de Quito, reunido en Sesión Judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 16 de febrero de 2022, adopta por unanimidad el presente Auto.

Los señores Magistrados Luis Rafael Vergara Quintero y Hernán Rodrigo Romero Zambrano emiten voto aclaratorio.²

En la acción de nulidad interpuesta por las empresas Productos Familia S.A. (en adelante, **Familia Colombia**) y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Familia Ecuador**) contra las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) números 2006 y 2236 del 28 de mayo de 2018 y 19 de noviembre de 2021, respectivamente³.

VISTO:

El escrito de demanda presentado por las empresas demandantes el 15 de

Publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena núm. 3292 del 28 de mayo de 2018 y núm. 4369 del 19 de noviembre de 2021.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Los Magistrados Luis Rafael Vergara Quintero y Hernán Rodrigo Romero Zambrano, si bien están de acuerdo con el sentido de los doce extremos de la parte decisoria del presente Auto, discrepan de los fundamentos 2.2.7 y siguiente; 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11 y 2.12 del presente Auto, tal como consta en la Nota Interna N° 001-MC-TJCA-2022 de fecha 16 de febrero de 2022.



Proceso 03-AN-2021

diciembre de 2021 y sus escritos complementarios del 6, 20 y 27 de enero de 2022; así como los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022 remitidos por la SGCA el 4 de febrero, los dos primeros, y el 9 de febrero de 2022, el último.

CONSIDERANDO:

A. ANTECEDENTES

- 1. Mediante escrito del 15 de diciembre de 2021, las empresas Familia Colombia y Familia Ecuador interpusieron ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**) acción de nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA. Asimismo, solicitaron medida cautelar consistente en la orden de suspensión de la sanción impuesta por la SGCA mediante la Resolución 2006, confirmada por la Resolución 2236, hasta que el TJCA resuelva su demanda de nulidad.
- 2. Por escrito del 6 de enero de 2022, las demandantes solicitaron al TJCA les conceda audiencia informativa con el fin de informar los motivos por los cuales resultaría imperioso el estudio inmediato de la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA, así como de la acción de nulidad ejercida contra dichos actos administrativos.
- 3. Mediante escrito del 20 de enero de 2022, las empresas Familia Colombia y Familia Ecuador insistieron en la urgencia de la admisión a trámite de su demanda y del pronunciamiento respecto de la solicitud de medida cautelar de suspensión de la ejecución de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA, en atención a lo dispuesto por la Resolución 2248 de la SGCA del 19 de enero de 2022⁴, la cual, principalmente, ordena proceder con la ejecución de las garantías otorgadas por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante, **Kimberly Colombia**), Kimberly Clark Ecuador S.A. (en lo sucesivo, **Kimberly Ecuador**), Familia Colombia y Familia Ecuador.

En el escrito del 20 de enero de 2022, Familia Colombia y Familia Ecuador adjuntan la Resolución 2248 de la SGCA, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4408 del 19 de enero de 2022, que en su página 5 señala lo siguiente:

SECRETARIA DE SE

Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4408 del 19 de enero de 2022.



- «2. SOBRE LAS ACCIONES DE NULIDAD INTERPUESTAS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA
- [32] En sus comunicaciones del 17 de diciembre de 2021, el Grupo Kimberly y el Grupo Familia, informaron sobre la interposición de Acciones de Nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCAN ante el TJCA.»
- 4. Por escrito del 27 de enero de 2022, las empresas demandantes informaron al TJCA respecto de la emisión de la Resolución 2251 de la SGCA del 24 de enero de 2022⁵, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por ellas contra la Resolución 2248 de la SGCA. Asimismo, reiteraron su pedido de pronunciamiento sobre la solicitud cautelar relativa a la suspensión provisional de la ejecución de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.
- Por Oficio SG/E/DS/160/2022 del 4 de febrero de 2022, la SGCA otorgó poderes a los abogados Ricardo Schembri Carrasquilla, María Cecilia Pérez Aponte y Olga Sofía Ponce Quiñónez para actuar dentro de los Procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021.
- 6. Mediante Oficio SG/E/SJ/161/2022 del 4 de febrero de 2022, la SGCA informó sobre acciones judiciales interpuestas ante jueces nacionales que tienen como pretensión la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones 2006 y 2236.

En el Oficio SG/E/SJ/161/2022, la SGCA señala lo siguiente:

«Cabe mencionar que ese mismo 17 de diciembre de 2021, la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. informa que ha interpuesto Acción de Nulidad contra las Resoluciones 2006 y 2236, asimismo, solicitó a la SGCAN no ejecutar la multa impuesta por la Resolución 2006 y, por tanto, no ejecutar la caución rendida por Productos Familia Ecuador en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución 2017, hasta que el TJCA se pronuncie sobre la medida cautelar provisional solicitada».6

Segundo párrafo del numeral 33 del Oficio SG/E/SJ/161/2022.



Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4412 del 24 de enero de 2022.



- En la Sesión Judicial 03-J-TJCA-2022 del 8 de febrero de 2022, el Pleno 7. del Tribunal acordó que los Magistrados sustanciadores incorporen a los Procesos 01-AN-2021 y 03-AN-2021 toda la información y documentación que viene remitiendo la SGCA relacionada con los referidos procesos.
- 8. Mediante Oficio SG/E/SJ/188/2022 del 9 de febrero de 2022, la SGCA remitió al TJCA el expediente público de la investigación seguida contra Familia Colombia y Familia Ecuador por la presunta comisión de una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 9. Por Auto de fecha 15 de febrero de 2022, el Magistrado sustanciador incorporó al Proceso 03-AN-2021, la información y documentación remitida por la SGCA mediante los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022.

B. **CUESTIONES EN DEBATE**

En el presente Auto corresponde analizar:

- Sobre la admisión a trámite de la demanda, lo que a su vez significa (i) verificar:
 - (i.1) El término de presentación de la demanda de acción de nulidad conforme a lo previsto en el Artículo 20 del Tratado de Creación del TJCA y el Artículo 103 de su Estatuto.
 - (i.2) El cumplimiento de los requisitos formales de la demanda de acción de nulidad y sus anexos previstos en los Artículos 45, 46 y 47 del Estatuto del TJCA.
 - (i.3) El cumplimiento de los requisitos adicionales de la demanda de acción de nulidad previstos en el Artículo 48 del Estatuto del Tribunal.
- Sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.
- Sobre la solicitud de confidencialidad.
- (iv) Sobre lo informado por la SGCA en la comunicación SG/E/SJ/161/2022.
- Sobre los terceros interesados en el presente proceso judicial.
- (vi) Sobre la pertinencia de publicar el presente Auto en la Gaceta





Oficial del Acuerdo de Cartagena.

C. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

- 1. Sobre la admisión a trámite de la demanda
- 1.1. Término de presentación de la demanda de acción de nulidad conforme a lo previsto en el Artículo 20 del Tratado de Creación del TJCA y el Artículo 103 de su Estatuto
- 1.1.1. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 20 del Tratado de Creación del TJCA⁷ y el Artículo 103 de su Estatuto⁸, la acción de nulidad debe ser presentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor de la Decisión, Resolución o Convenio impugnado.
- 1.1.2. En el presente caso, se comprueba que el último acto impugnado, la Resolución 2236 de la SGCA, es de fecha 19 de noviembre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4369 de la misma fecha, por lo que el escrito de acción de nulidad de las empresas demandantes, recibido el 15 de diciembre de 2021, ha sido presentado dentro del plazo establecido por las precitadas normas.

«Artículo 20.- La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17.

Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél.»

8 Estatuto del TJCA.-

«Artículo 103.- Caducidad

La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda.»



⁷ Tratado de creación del TJCA.-



1.2. Del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda de acción de nulidad y sus anexos previstos en los Artículos 45, 46 y 47 del Estatuto del TJCA

Presentación de la demanda (Artículo 45 del Estatuto del TJCA)

- 1.2.1. Del expediente se comprueba que las demandantes dirigieron su acción de nulidad al entonces Presidente de este Tribunal⁹, la presentaron ante su Secretario y se recibió físicamente el 15 de diciembre de 2021¹⁰, conforme lo prevé el Artículo 45 del Estatuto del TJCA.¹¹
- 1.2.2. El escrito de demanda se encuentra firmado por los señores:
 - (i) María Fernanda Mora Karan, apoderada general de Familia Colombia;
 - (ii) Eybbel Santiago Rosero Camacho, representante legal de Familia Ecuador;
 - (iii) Francisco Xavier Rosales Kuri, abogado;
 - (iv) Manuel Guillermo Sossa González, abogado; y,
 - (v) Ana María Samudio Granados, abogada.¹²

Contenido de la demanda (Artículo 46 del Estatuto del TJCA)

«Artículo 45.- Presentación de la demanda

Todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento, con el recurso por omisión o inactividad y con las reclamaciones de carácter laboral se iniciará mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante el Secretario en original y tres copias.

También podrá enviarse la demanda vía facsímil, por correo o por medios electrónicos con el debido soporte de confirmación de recibo por parte del Tribunal. En este caso, el demandante tendrá un plazo de tres días para remitir por correo el original de la demanda y sus anexos. De lo contrario, la demanda se tendrá por no presentada. En el caso de que la demanda no se presente personalmente ante el Tribunal, y cuando el demandante sea una persona natural o jurídica, las firmas de la parte o de su representante legal y la del abogado, deberán estar debidamente reconocidas ante notario o juez competente del respectivo País Miembro.»

Ver foja 35 del expediente.



⁹ Ver foja 1 del expediente.

Ver foja 1 del expediente.

Estatuto del TJCA.-



1.2.3. Los nombres y domicilio de los actores y de la parte demandada: La demanda es interpuesta por Familia Colombia, sociedad constituida y existente al amparo de las leyes colombianas, y Familia Ecuador, sociedad constituida y existente al amparo de las leyes ecuatorianas, las cuales indican como domicilio las oficinas de la firma de abogados CorralRosales, ubicadas en la calle Francisco Robles E4-136 y Av. Amazonas, Edificio Proinco Calisto, piso 12, de la ciudad de Quito, República del Ecuador.

La parte demandada es la SGCA, como órgano emisor de las resoluciones impugnadas, la cual está domiciliada en la Av. Paseo de la República 3895, distrito de San Isidro, ciudad de Lima, República del Perú.

- 1.2.4. <u>La identificación de los abogados de las demandantes</u>: se acredita como abogados de la causa a los siguientes profesionales:
 - (i) Francisco Xavier Rosales Kuri con cédula de ciudadanía 170386279-5¹³ y Matrícula del Colegio de Abogados de Pichincha 3627¹⁴;
 - (ii) Manuel Guillermo Sossa González con cédula de ciudadanía 80420247 y Tarjeta Profesional de Abogado del Consejo Superior de la Judicatura de la Rama Judicial de la República de Colombia 86452¹⁵; y,
 - (iii) Ana María Samudio Granados con cédula de ciudadanía 092282417-2¹⁶ y Matrícula del Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura de la Función Judicial de la República del Ecuador 17-2001-352¹⁷;
- 1.2.5. El objeto de la demanda: se verifica que las pretensiones de las demandantes se encuentran detalladas a foja 33 (reverso) del expediente.
- 1.2.6. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción: las demandantes han cumplido con relatar los hechos que fundamentan su

Ver foja 52 del expediente.



¹³ Ver foja 49 del expediente.

Ver foja 50 del expediente.

¹⁵ Ver foja 47 del expediente.

Ver foja 51 del expediente.



demanda.18

- 1.2.7. Los fundamentos de derecho de las pretensiones de la acción: las demandantes han cumplido con presentar los fundamentos de derecho de su demanda.¹⁹
- 1.2.8. El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y se practiquen las mismas, si fuere el caso: las demandantes ofrecen como pruebas los documentos que se enumeran a fojas 33 a 34 del expediente.
- 1.2.9. El domicilio de los actores en la sede del Tribunal y el nombre de la persona autorizada para recibir notificaciones en ella: las empresas demandantes solicitan ser notificadas en las oficinas de la firma de abogados CorralRosales, ubicadas en la calle Francisco Robles E4-136 y Av. Amazonas, Edificio Proinco Calisto, piso 12, de la ciudad de Quito, República del Ecuador. Así como, a las siguientes direcciones de correo electrónico <u>xrosales@corralrosales.com;</u> gsossa@lizarazuasociados.com; y, asamuio@corralrosales.com.

Anexos de la demanda (Artículo 47 del Estatuto del TJCA)

- 1.2.10. Prueba que acredita la existencia de las personas jurídicas y la identidad de sus representantes legales: se verifica la existencia de las demandantes y sus representantes legales a fojas 39, 40, 42 y 44 del expediente.
- 1.2.11. El poder conferido a quienes actúen como mandatarios judiciales: se adjunta a la demanda dos poderes especiales en favor de los señores Francisco Xavier Rosales Kuri, Manuel Guillermo Sossa González y Ana María Samudio Granados²⁰, mediante los cuales se acredita su calidad de mandatarios judiciales de las demandantes en el presente proceso.
- 1.2.12. Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder: se deja constancia de que la demandante presentó diversos documentos como anexos de su demanda, los cuales constan de fojas 68 a 855 del expediente.

Ver fojas 54 a 66 del expediente.



Ver fojas 15 (reverso) a 18 (anverso) del expediente.

Ver fojas 18 a 30 del expediente.



- Del cumplimiento de los requisitos adicionales de la demanda de acción de nulidad previstos en el Artículo 48 del Estatuto del TICA
- 1.3.1. Las pruebas que demuestren que las resoluciones impugnadas afectan los derechos subjetivos o los intereses legítimos de las demandantes: las demandantes a fojas 1 (reverso) y 2 (anverso) del expediente acreditan su interés legítimo.
- 1.3.2. <u>La copia de las resoluciones que se impugnan</u>: se verifica que las demandantes cumplieron con anexar a su demanda la copia de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.²¹
- 1.3.3. La indicación de las normas que se estimen violadas y las razones de la transgresión: se constata que a fojas 12 (reverso) a 15 del expediente, las demandantes cumplieron con señalar las normas que suponen violadas por las resoluciones impugnadas y explica las razones de su transgresión.
- 1.3.4. Designación y lugar en el que se debe notificar a los destinatarios o beneficiarios del acto impugnado: a foja 2 (reverso) del expediente las empresas demandantes solicitan que la demanda se notifique a Kimberly Colombia, a Kimberly Ecuador, a la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (en adelante, la SIC) y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú (en lo sucesivo, el Indecopi), indicando el lugar en el que estas entidades públicas deben ser notificadas.
- 1.3.5. Por lo expuesto hasta este punto, se ha verificado el cumplimiento de los requisitos previstos en los Artículos 45 a 48 del Estatuto del TJCA, razón por la cual corresponde admitir la demanda de acción de nulidad presentada por las demandantes.
- 2. Sobre la solicitud de medida cautelar: suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA
- 2.1. Los requisitos para solicitar la suspensión provisional (medida cautelar) del acto comunitario impugnado



Ver fojas 68 a 272 del expediente.



2.1.1. El Artículo 105 del Estatuto del TJCA establece lo siguiente:

«Artículo 105.- Suspensión provisional y medidas cautelares La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

- Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;
- 2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, <u>además</u>, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
- Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.»

[Resaltado agregado]

2.1.2. Si el acto impugnado es una disposición comunitaria de contenido o efecto general, como es el caso de una Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en lo sucesivo, el Camre) o una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Comisión), se debe cumplir el requisito previsto en el Numeral 1 del Artículo 105 del Estatuto del TJCA, en el sentido de que debe apreciarse una manifiesta violación de una norma de superior jerarquía a la del acto





impugnado.22

- Mediante Auto de fecha 31 de julio de 2020 recaído en el Proceso 02-AN-2019, el TJCA ha precisado, con relación al requisito previsto en el núm. 3 del Artículo 105 de su Estatuto, lo siguiente:
 - «3.1.15. Sobre el particular, los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material, que son aplicables naturalmente en las acciones de nulidad, apuntan no solo a privilegiar la verdad y la justicia como elementos axiológicos que irradian a todo proceso judicial, sino que, al mismo tiempo, coadyuvan con el fortalecimiento del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.
 - 3.1.16. En ese marco, es de fundamental importancia realizar una interpretación sistemática de las normas procesales andinas, sobre la base de las disposiciones del Artículo 35 del Estatuto del TJCA que establece que el objeto de los procedimientos que tramita este Tribunal es asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso. En ese sentido, cabe recordar aquí que este Tribunal ya ha señalado que:

"Es evidente que el artículo 35 del Estatuto constituye la base normativa esencial de los procesos que tramita el Tribunal y, del mismo modo, es el parámetro de interpretación de todas las disposiciones procesales, puesto que determina claramente el carácter instrumental de los procedimientos previstos en esta norma comunitaria, los cuales tienen por objeto, entre otros, asegurar la efectividad de derechos sustantivos, el respeto de la igualdad jurídica de las partes y la garantía del debido proceso." (...)

(Énfasis agregado)

- 3.1.17. De esta manera, una interpretación sistemática del Artículo 21 del Tratado de Creación del TJCA, conjuntamente con los Artículos 35 y 105 de su Estatuto, que considere para el efecto el elemento teleológico (la finalidad de la norma) y el de la ratio legis (la razón de ser de la norma), nos lleva a concluir que la regla específica contenida en el numeral 3 del Artículo 105 del Estatuto del TJCA no establece una limitación temporal en relación con:
 - El ejercicio del derecho que tiene el demandante de solicitar la suspensión provisional de la ejecución de una norma o acto impugnado en una Acción de Nulidad, o de requerir la aplicación de otra medida cautelar; y,
 - El ejercicio de la potestad del TJCA de ordenar la aplicación de una medida cautelar durante la tramitación de una Acción de Nulidad y antes de dictar la correspondiente sentencia de mérito.»





- 2.1.3. Si el acto impugnado es una norma de contenido particular, como es el caso de un acto administrativo emitido por la SGCA, se deben cumplir los requisitos previstos en los Numerales 1 y 2 del mencionado Artículo 105²³. El término «además» consignado en el Numeral 2 implica que, si el acto comunitario impugnado es de efectos particulares, no solo debe existir una manifiesta violación de una norma andina de superior jerarquía, sino también deben aparecer comprobados los perjuicios irreparables o de difícil reparación, que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución del acto impugnado vía acción de nulidad. Resulta inadmisible considerar que para lograr la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto comunitario de alcance particular, el demandante solo tiene que probar el «peligro en la demora», mas no la «verosimilitud de la nulidad».
- 2.1.4. Una medida cautelar «planteada en el marco de una acción de nulidad» que tiene por objeto suspender de manera provisional los efectos jurídicos de un acto comunitario de alcance particular debe sustentarse en la comprobación de dos requisitos concurrentes: (i) la «verosimilitud de la nulidad» (fumus boni iuris) de dicho acto; y, (ii) el «peligro en la demora» (periculum in mora) que podría generar la espera por la emisión de la sentencia.²⁴
- 2.1.5. En la medida que las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA son actos administrativos (actos comunitarios de efectos particulares), para lograr su suspensión provisional a través de una medida cautelar, resulta pertinente analizar:
 - a) Si la parte demandante ha acreditado la verosimilitud de la nulidad de las Resoluciones 2006 y 2236 (fumus boni iuris); y, adicionalmente,
 - b) Si la parte demandante ha acreditado el perjuicio irreparable o de difícil reparación que se generaría por la espera en la emisión de la

Autos de fecha 20 de abril y 31 de julio de 2020, emitidos dentro del Proceso 02-AN-2019.



Sobre el requisito previsto en el núm. 3, ver nota a pie de página anterior.

Sobre el particular, ver las siguientes providencias emitidas por el TJCA, en el marco de la tramitación de solicitudes de medidas cautelares dentro de acciones de nulidad interpuestas contra Resoluciones de la SGCA:

⁻ Auto de fecha 21 de enero de 2015, emitido dentro del Proceso 01-AN-2014.



sentencia (periculum in mora).

- 2.2. La solicitud de suspensión de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA
- 2.2.1. Si bien una solicitud de medida cautelar (o solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto comunitario impugnado) puede estar contenida en el escrito de demanda, ello no significa que los argumentos que sirven de sustento a las pretensiones del demandante —los cuales buscan obtener un pronunciamiento de fondo del Tribunal, lo que ocurrirá en la sentencia—, constituyen de manera simultánea y directa argumentos que acreditan la verosimilitud (fumus boni iuris) requerida para que el Tribunal dicte una medida cautelar, toda vez que se trata de dos actuaciones procesales de distinta naturaleza y finalidad.
- 2.2.2. En efecto, uno de los requisitos para que el Tribunal ordene una medida cautelar es que se acredite la verosimilitud de la nulidad demandada, la cual descansa en el hecho de que el juzgador (el Tribunal) debe apreciar una manifiesta violación de una norma andina de superior jerarquía a la del acto impugnado, de modo que si este es un acto administrativo de efectos particulares, la violación del ordenamiento andino (el Acuerdo de Cartagena, las Decisiones del Camre o la Comisión, los reglamentos aprobados por Resolución de la SGCA, entre otras normas de alcance general) debe ser manifiesta, debe ser evidente. Verosimilitud, en este sentido, significa que existe una probabilidad alta de que el acto comunitario impugnado sea nulo.
- 2.2.3. Por otra parte, el fundamento de mérito de la demanda puede estar acompañado de pruebas que requieren ser actuadas durante la tramitación del proceso judicial (peritajes, inspecciones, declaraciones de testigos, etc.). Es decir, que su grado de persuasión no descansa únicamente en los argumentos contenidos en la demanda, sino también en pruebas que van a ser actuadas y valoradas en el momento procesal oportuno. En efecto, en el momento de emitir sentencia, el juzgador debe alcanzar un nivel de cognición que demuestre certeza, ya sea para declarar fundada la demanda o para declararla infundada, pero a dicha certeza (o plena convicción) solo se llega después de escuchar a ambas partes y valorar todos los medios probatorios pertinentes aportados o solicitados por ellas.

Por tanto, en una acción de nulidad, la parte actora debe diferenciar en su escrito inicial los fundamentos de la demanda —los que no necesariamente deben evidenciar una manifiesta ilegalidad, pues





probablemente la certeza respecto de dicha ilegalidad será alcanzada luego del contradictorio y la valoración de todos los medios probatorios que obran en el expediente—, de los fundamentos de la solicitud de medida cautelar (suspensión provisional), los que necesariamente deben acreditar una manifiesta ilegalidad, incluso sin necesidad de escuchar a la otra parte ni valorar los medios probatorios que esta podría aportar o solicitar que se actúen.

- 2.2.5. En el presente caso, la solicitud de medida cautelar de Familia Colombia y Familia Ecuador se encuentra en el acápite VI del escrito de demanda, que va desde la pág. 4 hasta la 13. En dicho acápite, en lo concerniente a la verosimilitud de la nulidad alegada (el *fumus boni iuris*), las empresas demandantes simplemente mencionan tres listas de causales:
 - «a. Nulidad de pleno derecho de los actos demandados por contravenir el orden legal comunitario, entre otras violaciones, por:
 - Admitir la denuncia presentada por la SCPM y abrir la investigación con base en la misma, a pesar de estar fundamentada en pruebas desclasificadas, ilegales y nulas.
 - Actuar sin tener competencia en razón del territorio.
 (...)
 - b. La violación del derecho al debido proceso por:
 - Ilegal desestimación de los recursos de reconsideración planteados en contra del Informe de Resultados de la Investigación.
 - Inobservancia del trámite previsto en la Decisión 608.
 (...)
 - c. Nulidad de pleno derecho de la resolución 2236 derivada de la violación del derecho al debido proceso por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Decisión 425 (...) que prohíbe a la Secretaría General dejar de resolver todos los asuntos que dentro de su ámbito de competencia sean sometidos a su consideración, por no pronunciarse sobre las violaciones que se listan a continuación y que fueron oportunamente alegadas y debidamente sustentadas por Productos Familia Ecuador en su solicitud de reconsideración de la Resolución 2006:
 - Inobservancia del trámite previsto en la Decisión 608.





 Anticipación de criterio en el Informe de Resultados de la Investigación.

(...)»

- 2.2.6. Las empresas demandantes listan 21 causales de nulidad, pero en el acápite VI del escrito de demanda —el de la solicitud cautelar— no las desarrollan ni las explican. Esta omisión sería suficiente para declarar infundada la solicitud cautelar, pues no corresponde al TJCA, en esta etapa procesal, revisar toda la demanda y extraer de esta los fundamentos de las 21 causales de nulidad.
- 2.2.7. Resulta pertinente reiterar que en el derecho procesal andino debe diferenciarse los fundamentos de la demanda de los fundamentos de la solicitud cautelar. Para empezar, la parte actora se equivoca al considerar que en el análisis de una solicitud cautelar, el Tribunal va a analizar detenidamente todos los extremos, todas las complejidades, todas las particularidades y consideraciones contenidas en la demanda. El lugar para ello es la sentencia, escenario en el cual el TJCA se pronunciará a la luz de lo alegado -por escrito y oralmente (en la audiencia pública)— por todas las partes procesales, incluyendo los coadyuvantes y terceros interesados, y de la valoración de todos los medios probatorios declarados pertinentes. Una solicitud cautelar, en cambio, debe centrarse en aquellos aspectos que no requieren la valoración de medios probatorios ni (necesariamente) escuchar a la parte demandada, es decir, aquello que evidencie una manifiesta ilegalidad: que se acredite la verosimilitud de la nulidad alegada. La demanda, por su parte, persuadirá al juzgador en función no solo de los fundamentos de hecho (y de derecho, de haberlos) contenidos en ella, sino también considerando los argumentos expuestos por la otra parte y los medios probatorios aportados por las partes procesales enfrentadas.
- 2.2.8. No obstante lo explicado, la jurisprudencia del TJCA ha venido desarrollándose con el objeto de brindar una tutela judicial más efectiva a los interesados, por lo que, en aplicación del principio de justicia material, el TJCA analizará algunos extremos de la demanda a efectos de encontrar, de ser posible, la verosimilitud necesaria para acreditar el primer requisito de una solicitud cautelar: el *fumus boni iuris*.
- 2.2.9. El Tribunal no puede sustituir a la parte actora en su interés de fundamentar debidamente en su solicitud cautelar qué es verosímil respecto de la nulidad alegada. Menos se le puede exigir que analice todos los extremos de la demanda, pues ello significaría adelantar a un estadio procesal prematuro, el de la calificación de la demanda, lo que





tendría que hacerse con posterioridad, en la sentencia, luego de escuchar a la parte demandada y llevar adelante el trámite correspondiente.

- 2.2.10. Por tal razón, y en aplicación, repetimos, del principio de justicia material, el Tribunal analizará solo algunos extremos de la demanda con el objeto de identificar, si es posible, rasgos de verosimilitud de la nulidad alegada.
- 2.2.11. El principio de justicia material no solo favorece a las empresas demandantes en el sentido de permitir al TJCA buscar rasgos de verosimilitud de la nulidad alegada en la demanda (debido a que las empresas demandantes no han fundamentado dicha verosimilitud en su solicitud cautelar), sino también beneficia al proceso judicial en sí mismo al posibilitar alcanzar la verdad material, lo que a su vez justifica que, si bien el Tribunal se va a pronunciar sobre la medida cautelar solicitada sin escuchar a la potencial parte demandada (la SGCA, la que aun no ha contestado una demanda que todavía no se le ha notificado), debe hacerlo con la mayor cantidad de elementos de juicio disponibles en esta etapa procesal, entre los que se encuentra la información y documentación presentada por la SGCA mediante los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022 del 4 de febrero, los dos primeros, y del 9 de febrero de 2022, el último.
- 2.2.12. En tal sentido, y siempre en aplicación del principio de justicia material y la búsqueda de la verdad material, el TJCA podrá tener en consideración, al momento de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por las empresas demandantes, la información y documentación presentada por la SGCA mediante los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022.²⁵
- 2.3. La probanza de determinadas prácticas colusorias horizontales
- 2.3.1. Los acuerdos de precios entre competidores —lo mismo que otras prácticas colusorias horizontales, como el reparto de mercados, proveedores o clientes; la limitación de la producción o las ventas (cuotas de ventas); y el reparto de licitaciones o concursos públicos—

Sobre el particular, resulta pertinente mencionar que el TJCA, sin tener en consideración los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022, mediante Auto de fecha 8 de febrero de 2022 (recaído en el Proceso 01-AN-2021), publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4416 de la misma fecha, ha declarado infundada la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA, formulada por las empresas Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador en el Proceso 01-AN-2021.



son las conductas anticompetitivas más perniciosas y las que son reprimidas con mayor severidad por parte de las autoridades de defensa de la libre competencia, por lo que las empresas suelen ocultar este tipo de prácticas para no ser sancionadas. Es por ello que existe un consenso bastante amplio a nivel mundial, tanto en el ámbito jurisprudencial como de la literatura jurídica y económica especializada, de que tales acuerdos pueden probarse tanto con pruebas directas como indirectas.

- 2.3.2. Pruebas directas podrían ser correos electrónicos, actas, grabaciones o testimonios que mencionan o aluden al acuerdo o a la ejecución del acuerdo.
- 2.3.3. Las pruebas indirectas son los indicios y presunciones. Si las condiciones del mercado facilitan una colusión, se advierte un comportamiento paralelo de los agentes económicos investigados y se presenta uno o más plus factors (indicios de una práctica concertada), y sobre el análisis conjunto de estos elementos, más el análisis contrafáctico correspondiente, se llega a la conclusión de que no hay otra explicación razonable a lo advertido en el mercado que la existencia de un acuerdo o práctica concertada, la autoridad puede declarar dicha existencia con absoluta certeza.
- 2.3.4. Son ejemplos de condiciones del mercado que facilitan una colusión: el número reducido de empresas participantes²6 en el mercado relevante (es decir, que hay una concentración alta o mediana del mercado relevante), el que los productos o servicios ofertados por las empresas investigadas son relativamente homogéneos, el que dichos productos o servicios carecen de sustitutos razonables cercanos, la existencia de barreras a la entrada, el escaso poder de los compradores, el que las empresas presenten ciertas similitudes (en costos, procesos, objetivos, integración vertical, etc.), entre otros. No tienen que estar presentes todos los factores mencionados para hablar de condiciones que facilitan la colusión, sino los que, a juicio de la autoridad de competencia, resultan suficientes para facilitar la colusión en el mercado investigado.
- 2.3.5. Son ejemplos de plus factors (indicios de una práctica concertada): la existencia de un motivo racional para comportarse colectivamente, acciones contrarias a los propios intereses de algunos participantes a menos que ellas se persigan como parte de un plan colectivo que beneficia al conjunto, fenómenos de mercado que no pueden ser razonablemente explicados excepto como producto de una

Si hay muchas empresas, pero un gremio o asociación que las agrupa, tal gremio o asociación puede reducir los costos de ponerse de acuerdo.



concertación, evidencia de reuniones entre empresas y otras formas de comunicación directa entre los supuestos conspiradores, uso por parte de las empresas de prácticas que facilitan acuerdos colusorios (intercambios de información), factores de desempeño de la industria que sugieren o rechazan la inferencia de colaboración horizontal, la estructura de costos y márgenes de ganancias de las empresas investigadas, entre otros²⁷. No tienen que estar presentes todos los factores mencionados para concluir que ha habido un acuerdo. Un par de indicios, como la existencia de reuniones y el comportamiento paralelo a partir de dichas reuniones, podrían ser suficientes.

- Así, por ejemplo, asumamos que en el periodo "X", se aprecia una 2.3.6. guerra de precios entre las empresas "A", "B" y "C", con publicidad, ofertas, denuncias entre ellas por actos de competencia desleal y una tendencia a la baja de los precios, lo que repercute en menores ganancias; pero de pronto, tras unas reuniones entre los representantes de dichas empresas, se observa en el periodo siguiente "Y", un incremento de precios (no explicado por la subida del monto de los tributos, el precio de los insumos u otros factores) y el inicio de un paralelismo de precios, y durante el periodo de este paralelismo disminuyen la publicidad y las ofertas, cesan las denuncias por competencia desleal y las tres empresas incrementan sus ganancias. En este ejemplo, así no se sepa de qué hablaron los representantes en las reuniones, los elementos indicados podrían ser suficientes para concluir que la única explicación razonable al paralelismo de precios es la existencia de una práctica concertada.
- 2.3.7. Son ejemplos de pruebas indirectas: las facturas o los registros de ventas de las empresas que acreditan el paralelismo de precios y en qué periodo se presenta este paralelismo²⁸; las agendas de las secretarias o asistentes que acreditan las reuniones de los gerentes y las fechas de las reuniones; las presentaciones hechas por el gerente general al directorio que acreditan a partir de qué momento se pasa de una situación de pérdidas

Hugo Gómez Apac, Prácticas colusorias: modalidades y probanza, en Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Otoño 2006, Vol. 3, núm. 10, Lima, pp. 54-55.

Paralelismo no significa necesariamente precios idénticos. Los acuerdos de precios pueden tomar muchas formas; algunos pueden implicar que los agentes económicos han adoptado un mismo precio para el producto o servicio de que se trate; pero otras pueden explicar un incremento porcentual respecto de los precios existentes (que pueden ser disímiles). Asimismo, el paralelismo en otro tipo de cárteles puede tener una forma diferente, como en el reparto de mercados, en los que la actuación paralela se va a expresar en una reagrupación de los clientes o proveedores.



a una de ganancias; los documentos, informes, reportes, constancias o publicaciones que acreditan la inflación del periodo, el costo de los insumos y la ausencia de incremento de los tributos aplicables; los correos electrónicos que acreditan el intercambio de información sobre ventas; los testimonios de los clientes que acreditan la negativa de venta; entre otros. Nuevamente, no se trata de que aparezcan todas las pruebas indirectas, sino la pertinente o pertinentes que permiten crear convicción sobre la existencia de la práctica colusoria.

- 2.3.8. Es tan válido probar un cártel con pruebas directas como probarlo con pruebas indirectas (indicios y presunciones). La probanza de una práctica colusoria a través de pruebas indirectas no le resta efectividad, legitimidad o certeza al pronunciamiento de la autoridad.
- 2.3.9. El hecho de que los acuerdos de precios busquen la clandestinidad justifica, precisamente, la implementación de programas auxiliares, como el de clemencia (o delación compensada), a través de los cuales se busca la colaboración de uno o más integrantes del cártel en la recopilación de pruebas que permita sancionar a todos los partícipes del cártel.
- 2.4. La práctica colusoria sancionada por la SGCA
- 2.4.1. La SGCA, a través de las Resoluciones 2006 y 2236, ha sancionado a Kimberly Colombia, Kimberly Ecuador, Familia Colombia y Familia Ecuador por realizar la conducta anticompetitiva tipificada en el Literal a) del Artículo 7 de la Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina^{29, 30}, consistente en un acuerdo de precios (incremento coordinado de precios) originado en la República de Colombia (en adelante, Colombia) y con efecto real en la República del Ecuador (en lo sucesivo, Ecuador) en:
 - a) El denominado canal institucional, respecto del papel higiénico

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

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



Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1180 del 4 de abril de 2005.

³⁰ Decisión 608.-



jumbo y las toallas de manos en rollos en el periodo comprendido entre el 2006 y el 2013; y,

- b) El denominado canal de consumo, respecto del papel higiénico y los pañuelo desechables en el periodo que va desde enero de 2006 hasta diciembre de 2013, con relación a las toallas de papel en el periodo comprendido entre enero de 2006 y el año 2012, y tratándose de las servilletas en el periodo comprendido entre enero de 2006 y junio de 2013.
- 2.4.2. Según la SGCA, fueron las matrices colombianas (Kimberly Colombia y Familia Colombia) las que iniciaron la cartelización, las que buscaron las reuniones y los contactos para que se concreticen los acuerdos tomados en Ecuador (por parte de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador), acompañado de una estructura empresarial en la que la cadena de mando dependía de las decisiones de la matriz, por lo que la conducta anticompetitiva se originó en Colombia y tuvo efectos reales en Ecuador³¹. Dicho en otros términos, según la SGCA, desde Colombia se recibieron las directrices (emitidas por los representantes de Kimberly Colombia y Familia Colombia) para que las filiales ecuatorianas (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador) llevasen a cabo las conductas anticompetitivas³².
- 2.4.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la SGCA ha sancionado a Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador con una multa ascendente a US\$ 17'060.772,00 a ser pagados de manera solidaria, y a Familia Colombia y Familia Ecuador con una multa ascendente a US\$ 16'857.278,00 a ser pagados de manera solidaria.
- 2.5. Sobre la conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada por la SGCA
- 2.5.1. De conformidad con lo establecido en el Artículo 5 de la Decisión 60833

Artículo 5.- 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, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

Resolución 2006, párrafo 640, p. 129.

³² Resolución 2236, párrafo 155, p. 33.

^{33 «}Decisión 608.-



y en la Interpretación Prejudicial 484-IP-2018³⁴, una modalidad de conducta anticompetitiva transfronteriza es aquella «que se realiza» en un País Miembro y tiene efectos reales en otro País Miembro³⁵.

- 2.5.2. La SGCA ha sancionado a Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador debido a que las dos primeras, como empresas matrices ubicadas en Colombia, dieron la directriz para que las dos segundas, empresas filiales ubicadas en Ecuador, adoptaran un acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves (papel higiénico, toallas de papel, servilletas y pañuelos desechables).
- 2.5.3. Independientemente de que sea cierto o no, asunto que se determinará en la sentencia, lo cierto es que la SGCA sancionó a las empresas demandantes sobre la base de una conducta transfronteriza que consiste en un acuerdo de precios que se habría realizado en un País Miembro (Colombia) y habría generado efectos reales en otro País Miembro (Ecuador).
- 2.5.4. Este no es el momento procesal para tener certeza de si los gerentes colombianos instruyeron a los gerentes ecuatorianos a coludirse en el mercado ecuatoriano de papeles suaves; sin embargo, el TJCA puede indicar de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que bien puede variar en la sentencia, que, en el supuesto hipotético de que fuera cierto que hubo tal instrucción, sería bastante probable la presencia de una conducta transfronteriza.
- 2.5.5. El derecho de la competencia se rige por el principio de primacía de la realidad, lo que significa que, más allá de los términos legales y actos jurídicos adoptados, lo que interesa en rigor es el comportamiento real de los agentes económicos y los efectos reales de tales comportamientos.

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



b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

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

De fecha 8 de mayo de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3961 de la misma fecha.



- En tal sentido, una práctica colusoria transfronteriza consistente en un 2.5.6. acuerdo de precios puede implicar que, el concepto «se realiza en un país miembro» puede significar una amplia variedad de acciones, que pueden ir desde una recomendación hasta una orden, desde los primeros pasos para la adopción del acuerdo hasta los últimos pasos que dan forma a su culminación. Asumamos, a modo de ejemplo, que el representante de una empresa llama por teléfono o envía un correo electrónico el 30 de enero a los otros representantes invitándolos a reunirse el 15 de febrero, pero la reunión se pospone para el 15 de marzo, y en esta oportunidad se dan solo conversaciones preliminares, pues se vuelven a juntar el 15 de abril, fecha en la cual se ponen de acuerdo sobre el incremento de precios. Si este fuera el caso, la práctica colusoria «se realiza» desde la llamada telefónica o el correo electrónico enviado el 30 de enero. La adopción de un acuerdo puede tomar etapas, puede tomar semanas o meses. Desde que un gerente en un país recomienda, sugiere, aconseja, exhorta, instruye u ordena al gerente de otro país, va se está materializando la acción de «realizar». El principio de primacía de la realidad exige esta mirada de las cosas, pues solo así es posible tener una política de competencia efectiva; de lo contrario, reinaría la impunidad, se caerían todas las investigaciones sobre la base de subterfugios legales.
- 2.5.7. Nadie espera que los cárteles firmen minutas o escrituras públicas conteniendo la práctica colusoria. El concepto «acuerdo» no significa contrato o convenio, sino una forma amplia de entendimiento entre los agentes económicos. Sobre la base de indicios y presunciones, la autoridad de defensa de la libre competencia puede concluir que ha existido un acuerdo de precios pese a la inexistencia de una prueba directa que diga "acuerdo de precios". El concepto «no hay otra explicación razonable» para probar un cártel es una herramienta poderosa de análisis en un mundo en que los infractores tratarán de borrar todas las pruebas posibles que acrediten su colusión. Veamos el siguiente ejemplo:

Las empresas "A", "B" y "C", con locales en todo el país, durante los años 2017, 2018, 2019 y 2020, se presentaron a todas las licitaciones públicas convocadas en todas las regiones del país, siempre compitiendo en precios; sin embargo, el 2021, "A" dejó de participar en las licitaciones convocadas en el centro y sur del país, presentándose únicamente a las convocadas en el norte; "B" dejó de participar en las licitaciones del norte y sur del país, presentando ofertas únicamente en el centro; y "C", dejó de participar en el norte y centro del país, de modo que solo se presentó como postor en las licitaciones convocadas en el sur del país. ¿Hay una explicación razonable para esta actuación distinta



a un acuerdo de reparto de mercados? Ninguna, pues las tres empresas tienen locales en todo el país. En consecuencia, sería razonable concluir que acordaron un reparto de mercados. No hubo cambio en el precio de los fletes, en el monto de los tributos o en el precio de los insumos. Nada. Sin embargo, las empresas se comportaron de modo distinto el 2021, re-direccionando los lugares en los que se presentarían a las licitaciones públicas. En este ejemplo, es claro que hay un cártel (de reparto de mercados o reparto de licitaciones públicas), y la autoridad puede sancionarlos simplemente a la luz de analizar el comportamiento de las empresas los cuatro años anteriores al 2021 y contrastarlo con el realizado el 2021. Con la información pública acerca de los procesos de selección a nivel nacional se puede determinar claramente la existencia de un acuerdo de reparto de mercados, sin necesidad de que haya en el expediente correos electrónicos transcritos o actas de reuniones que digan el término "acuerdo". Sería el colmo que estas tres empresas, para cuestionar la sanción impuesta por la autoridad, aleguen que no hay documento alguno que prueba la existencia del acuerdo. Es esencial recordar que los acuerdos de precios, así como otras prácticas colusorias horizontales, no necesariamente se prueban con documentos que consignen de modo expreso el término "acuerdo".

- 2.5.8. Reiteramos, por tanto, la importancia de probar las prácticas colusorias horizontales inclusive a través de indicios y presunciones.
- 2.6. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a la existencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza
- 2.6.1. Se han analizado las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA y se advierte, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que hay pruebas, distintas a aquellas que fueron desclasificadas mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016 del 14 de octubre de 2016, que fueron utilizadas por la SGCA en el momento de emitir los actos impugnados y que, de alguna manera, permitirían deducir, inferir o sugerir, en principio, lo siguiente:
 - a) Que habría existido un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y habría existido otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves.
 - b) Que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia habrían participado en los dos cárteles antes mencionados.
 - c) Que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y





Familia Colombia) habrían tenido conocimiento del cártel que habrían realizado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

- d) Que un Gerente de Kimberly Ecuador habría reportado a su superior colombiano sobre los acuerdos que se habrían estado implementando en Ecuador.
- e) Que las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) habrían sido accionistas (y habrían tenido el control) de las matrices filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).
- 2.6.2. Respecto del **primer tema**, referido a la supuesta existencia de un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves, resulta pertinente mencionar, a modo de ejemplo, lo siguiente:

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

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

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

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

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

«[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 [gerente de Kimberly Colombia] Y





MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZABAL [gerente de Familia Colombia | coincidieron en afirmar que el acuerdo colombiano no tuvo relación alguna con un potencial acuerdo en Ecuador. En el mismo sentido, todos los presuntos participantes del cartel realizado en Ecuador -Manuel Muñoz Merizalde [gerente de Familia Ecuador] y Rafael Hincapié Cadamer [director de Kimberly Ecuador]— coincidieron en que los pactos realizados en ese país fueron independientes y no tuvieron relación alguna con Colombia."(...)»

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, los textos citados, que provienen de un alegato de Kimberly Colombia y Kimberly Ecuador y del recurso de reconsideración presentado por la SIC, evidencian, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que habrían existido dos cárteles en el mercado de papeles suaves: uno en Colombia y otro en Ecuador.

2.6.3. Con relación al **segundo tema**, que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia habrían participado en los dos cárteles (uno acaecido en Colombia y el otro realizado en Ecuador), resulta pertinente mencionar, a modo de ejemplo, lo siguiente:

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

«[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: (\ldots)

> "Frente a la intervención de MARÍA CAROLINA ARENAS ARIZTIZÁBAL [gerente de Familia Colombia], se reitera que el hecho de que una persona sea infractora en dos países, cuando sus cargos y responsabilidades recaen en dichas áreas geográficas, no implica de forma alguna que se trate de la misma conducta. Aceptar tal supuesto sería tanto como considerar que si 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.

(...)3>

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





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

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, los textos citados, que provienen del recurso de reconsideración presentado por la SIC, evidencian, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que Luis Fernando Palacio González [gerente de Kimberly Colombia] y María Carolina Arenas Aristizábal [gerente de Familia Colombia] habrían tenido participación en los dos cárteles: el realizado en Colombia y el ejecutado en Ecuador.

2.6.4. Tratándose del tercer tema, que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) habrían tenido conocimiento del cártel que habrían realizado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador), resulta pertinente mencionar, a modo de ejemplo, lo siguiente:

En la página 36 de la Resolución 2236, la SGCA, nuevamente haciendo referencia al recurso de reconsideración presentado por la SIC, señala lo siguiente:

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



"(...)

Por último, el correo denominado "FW ACUERDOS COMPETENCIA FAMILIA" del 3 de julio de 2002, solo da cuenta de la existencia de un acuerdo en Ecuador del que tenían conocimiento empleados con funciones en



Colombia, lo cual no permite deducir que dicho acuerdo corresponde a una extensión del acuerdo colombiano que existía en esa época.

(...)"»

[lo resaltado ha sido agregado]

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, el texto citado evidencia, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que los gerentes colombianos habrían tenido conocimiento del acuerdo que habría sido tomado por los gerentes ecuatorianos.

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

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

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

(...)

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

[lo resaltado ha sido agregado]

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, el texto citado evidencia, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que un Gerente de Kimberly Ecuador habría reportado a su superior colombiano, en Kimberly Colombia, sobre el acuerdo de precios que se habría estado implementado en Ecuador.





2.6.6. En lo que respecta al **quinto tema**, que las empresas matrices habrían sido accionistas (y que habrían tenido el control) de las matrices filiales, resulta pertinente tener en cuenta lo siguiente:

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

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

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

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

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

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

(...)"»

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

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

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





[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

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

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

[lo que está entre corchetes ha sido agregado]

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, los textos citados evidencian, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) habrían sido accionistas (y habrían tenido el control) de las matrices filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador).

- 2.6.7. De los textos citados antes mencionados se advierte, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que habría existido un cártel en Colombia en el mercado de papeles suaves y otro cártel en Ecuador también en el mercado de papeles suaves; que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia habrían participado en los dos cárteles antes mencionados; que los gerentes de las empresas matrices (Kimberly Colombia y Familia Colombia) habrían tenido conocimiento del cártel que habrían ejecutado las empresas filiales (Kimberly Ecuador y Familia Ecuador); que un Gerente de Kimberly Ecuador habría reportado a su superior colombiano sobre los acuerdos que se habrían estado implementando en Ecuador; y, que las empresas matrices habrían sido accionistas (y habrían tenido el control) de las matrices filiales.
- 2.6.8. Si en Colombia hubiese existido un acuerdo de precios sobre el azúcar entre las empresas "A", "B" y "C", y en Ecuador un acuerdo de precios sobre el arroz entre las empresas "D" y "E", sería bastante evidente que se trataría de dos cárteles distintos.
 - Sin embargo, en el presente caso, de modo preliminar y bajo un enfoque de probabilidad o verosimilitud que puede variar en la sentencia, se aprecia del contenido de las Resoluciones 2006 y 2236 que existiría una línea muy tenue o sutil al tratar de diferenciar dos cárteles





independientes de un cártel transfronterizo, pues los acuerdos parecieran haber involucrado a empresas del mismo grupo económico (Kimberly y Familia), respecto del mismo mercado (de papeles suaves), en un escenario empresarial en el que los gerentes de Kimberly Colombia y Familia Colombia habrían sido los jefes (o supervisores) de los gerentes de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, y en un contexto en el que un gerente de Kimberly Colombia y una gerente de Familia Colombia habrían participado en los dos cárteles, a lo que habría que agregar que las empresas matrices colombianas habrían estado controlando a las filiales ecuatorianas.

- 2.6.10. Si los gerentes de Colombia sabían de la existencia del cártel colombiano, tenían conocimiento del cártel ecuatoriano y eran los supervisores de los gerentes ecuatorianos, y resulta que las empresas matrices colombianas controlaban a las filiales ecuatorianas, y como accionistas de estas, ganaban con la colusión en el mercado ecuatoriano, es muy difícil sostener, al menos en esta etapa procesal, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que no habría habido, o no sería posible la existencia de, un acuerdo transfronterizo.
- 2.6.11. En efecto, si los gerentes de las empresas matrices colombianas habrían tenido conocimiento del acuerdo al que habrían arribado las filiales ecuatorianas, y resulta que los gerentes colombianos eran, de alguna manera, los supervisores (jefes, superiores jerárquicos u otra condición similar) de los gerentes o directores ecuatorianos, es muy difícil descartar, de modo preliminar, la hipótesis de que los gerentes colombianos dieron la instrucción a los gerentes ecuatorianos de implementar la práctica colusoria, máxime si tenemos presente que, al ser las empresas colombianas accionistas de las empresas ecuatorianas, el cártel ecuatoriano, al proporcionar mayores ganancias, habría beneficiado también a las empresas colombianas. Esto último es sumamente relevante, pues si el cártel ecuatoriano habría proporcionado mayores ganancias tanto a las empresas ecuatorianas como a las colombianas, y en las segundas se encontraban los superiores jerárquicos de los gerentes de las primeras, es verosímil asumir, de modo preliminar y bajo un enfoque de probabilidad que puede variar en la sentencia que, en efecto, los gerentes colombianos habrían instruido a los gerentes ecuatorianos a adoptar el acuerdo para el mercado ecuatoriano.

ecuatoriano terminaba existencia de un motiv

6.12. El hecho de que el acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano terminaba beneficiando a las accionistas colombianas («la existencia de un motivo racional para comportarse colectivamente»),



sería un indicio a favor de la tesis, por ahora preliminar, de que los gerentes colombianos podrían haber instruido a coludirse a los gerentes ecuatorianos.

- 2.6.13. Como puede apreciarse, sin tener presente las pruebas vinculadas a la cuestionada desclasificación, de las Resoluciones 2006 y 2236 se infiere de manera preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que habría existido un cártel en Colombia y otro en Ecuador, que los gerentes colombianos habrían tenido conocimiento del cártel ecuatoriano, que los gerentes colombianos habrían sido los supervisores de los gerentes ecuatorianos, y que las empresas colombianas, al ser accionistas de las empresas ecuatorianas, también podrían haber obtenido ganancias con la colusión con efectos reales en el mercado ecuatoriano. Teniendo en cuenta estos elementos de juicio, resulta difícil sostener de modo preliminar y en términos de un análisis de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que no habría existido un cártel transfronterizo.
- 2.6.14. Por tal razón, resulta verosímil, y de modo preliminar por ahora, lo señalado por la SGCA en las páginas 124 a 127 de la Resolución 2006:
 - «[628] Los primeros elementos probatorios respecto a que esta conducta se dio de forma regional, es decir, que involucró al mercado ecuatoriano y era conocido por la matriz del Grupo KIMBERLY, se encuentran en correos electrónicos que incorporó la SIC en sus Resoluciones 69518 del 24 de noviembre de 2014 y en la 47965 de 2014, en las que abría investigación respecto del mercado de papeles suaves y pañales respectivamente, algunos de los cuales se copian a continuación:

 (...)
 - [629] Como se observa de los correos anteriores, los funcionarios de Kimberly del Ecuador conocedores de los acuerdos en Colombia, reportaban a los directivos sobre los acuerdos que se estaban transmitiendo al Ecuador. De la misma manera, en el canal institucional, se encontró en las declaraciones de María Carolina Arenas, directora del canal institucional de Productos Familia en Colombia en el marco del expediente 14-151027 de la SIC, que en el año 2000-2001 y en el año 2006 (...), buscó acercamientos con los directivos de Kimberly Clark en el mismo país para acordar precios en Ecuador. En dicho momento el directivo de Kimberly Clark en Colombia dio las indicaciones para que las reuniones se realizaran en Ecuador, teniendo en cuenta que los directivos andinos de Kimberly Clark, facultaban a sus directivos en Ecuador la fijación de precios, por lo que tenía sentido que las





reuniones se dieran con los funcionarios ecuatorianos para realizar los acuerdos de precios.»

En concordancia con lo anterior, en la página 128 de la Resolución 2006, se aprecia lo siguiente:

«[636] Las declaraciones de Maria Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] 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 debajo de él y yo la subí, y nada más, una cosa súper puntual.

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

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

A mayor abundamiento, en las páginas 160 y 161 de la Resolución 2006, la SGCA sostiene lo siguiente:

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

[lo que está entre corchetes se ha agregado]

Finalmente, en la páginas 162 de la Resolución 2006, la SGCA menciona lo siguiente:





(q720] Las pruebas y testimonios muestran como desde el cargo de María Carolina Arenas [gerente de Familia Colombia] desde el año 2000 se incentivaron las reuniones en el Ecuador para buscar acuerdos de precios con sus competidores y mantener condiciones de mercado por encima de lo que se tendría con una libre competencia. Esta situación se comprueba en el audio de la declaración otorgada por la señora Carolina Arenas en el marco de la investigación adelantada por la SIC (folio 1212 del expediente confidencial de la SIC), en el que en el minuto 8:50 a 14:28 señala la relación que mantenía con sus subordinados en Ecuador y con funcionarios de KCE [Kimberly Ecuador] como sigue:

"En el 2000 la gerencia institucional tenía a cargo los dos países Colombia y Ecuador. (...) En el 2000 tuve una reunión con Kimberly en Ecuador (...). No recuerdo como llegué allá, pero me dijeron véngase para las oficinas nuestras en Guayaquil. Yo fui con Eduardo Logroño quien era comercial nuestro allá, eso fue como en el 2000, 2001 (...)" 2240

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

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se desarrollará en la sentencia, los textos citados evidencian, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que es altamente probable que los gerentes colombianos habrían instruido a los gerentes ecuatorianos a adoptar un acuerdo de incremento de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves.

- 2.6.15. En consecuencia, no se acredita la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a la inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 2.7. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a la prescripción de la conducta anticompetitiva transfronteriza
- 2.7.1. El Artículo 43 de la Decisión 60836 establece que las infracciones a la

«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.»



³⁶ Decisión 608.-



libre competencia prescriben en el plazo de tres años de haberse realizado la conducta, y en caso de conductas continuadas, los tres años se empiezan a contar a partir del día siguiente a aquel en que cesó la conducta.

- 2.7.2. Las empresas demandantes mencionan en la página 14 del escrito de demanda que la última reunión que habría tenido lugar para la supuesta definición de precios de productos y referencias de papel tissue en el Ecuador se habría dado en abril de 2013. Como la denuncia por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo, la SCPM) se efectuó el 20 de octubre de 2016, no habría evidencia, según las demandantes, de que el supuesto acuerdo de precios transfronterizo se hubiese extendido más allá del 20 de octubre de 2013.
- 2.7.3. Sobre el particular, en la página 19 de la Resolución 2236, la SGCA sostiene que el comportamiento de los precios para los productos del canal institucional (papel higiénico, papel higiénico jumbo y toallas de papel) evidenciarían que la conducta no cesó en abril de 2011, sino que habría continuado al menos hasta finales de 2013³⁷, tal como se aprecia a continuación:
 - «[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 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.»

En la página 20 de la Resolución 2236, la SGCA menciona lo siguiente:

«[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 se les informa del inicio de la investigaciones de la SIC. En dicha comunicación se instruye a los directivos de la región a abstenerse de realizar cualquier contacto con los competidores e



Párrafo 93 de la Resolución 2236, p. 19.



informar al área legal sobre cualquier situación de la que tuvieran conocimiento.

- 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.»
- Como se ha señalado párrafos arriba, es válido probar los cárteles con indicios y presunciones, y el paralelismo de precios es una prueba (indirecta) relevante que no solo acredita la realización del acuerdo (analizada, claro está, en conjunto con otro u otros plus factors), sino, principalmente, la duración del acuerdo. Así, por ejemplo, la adopción del acuerdo o la reunión entre los representantes de las empresas involucradas podría haberse dado en enero de 2010, pero el cártel haber durado tres o cinco años, es decir, hasta enero de 2013 o de 2015. Las agendas de las secretarias podrían probar la existencia de las reuniones, pero el paralelismo de precios durante tres o cinco años probaría la duración del acuerdo. Y es que debe diferenciarse el acuerdo como concierto de voluntades de la ejecución del acuerdo, el cual expresa el tiempo de duración del mantenimiento del acuerdo. Podría darse el caso que en enero de 2010 las empresas competidoras "A", "B", "C" y "D" acordaron incrementar el precio del producto que venden por el plazo de diez años; sin embargo, el paralelismo de precios podría evidenciar que "E" dejó el cártel el 2016 y "D" lo abandonó el 2018, de modo que solo "A" y "B" mantuvieron el acuerdo hasta el 2020. Por tanto, la fecha de la reunión o la fecha de adopción del acuerdo no necesariamente coincide con la fecha de ejecución del acuerdo. Las empresas que se coluden buscan que este tipo de acuerdos dure lo más posible. No debe perderse de vista, además, que la ejecución del acuerdo es tan o más importante que el acuerdo mismo. Así, podría ocurrir, que el acuerdo fue adoptado por "A", "B" y "C" en enero de 2010, con el objeto de que dure diez años, y resulta que "D" se adhiere al acuerdo al año siguiente, el 2011, y lo ejecuta hasta el final. El hecho de que "D" no haya participado en la adopción del acuerdo en enero de 2020 no lo exime de responsabilidad, pues su responsabilidad se sustenta en que se adhirió con posterioridad al acuerdo y lo ejecutó por nueve años.

Otro elemento a tener presente en lo relativo a la prescripción alegada, por ahora de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, es la Resolución 1939 de la SGCA de fecha





31 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3066 del 1 de agosto de 2017, a través de la cual se desestima la solicitud de compromiso voluntario de cese de la conducta objeto de la investigación presentada por Familia Colombia y Familia Ecuador.

- 2.7.6. El Artículo 27 de la Decisión 608³⁸ establece que, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado puede ofrecer un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.
- 2.7.7. Como se sabe, el inicio de la investigación por parte de la SGCA se dio a través de la Resolución 1883 del 11 de noviembre de 2016. En diciembre de 2016, Familia Colombia y Familia Ecuador habrían presentando su solicitud de compromiso voluntario de cese de la conducta objeto de la investigación, tal como se observa de lo señalado en la página 58 de la Resolución 2006:

«[360] En reiteración de los alegatos de PFSE, Productos Familia S.A. en sus alegatos al informe de investigación de la SGCAN indicó que:

"(...) la fecha de la presentación formal de los compromisos fue en realidad el 14 de diciembre de 2016, toda vez que fue en ese momento en que Familia presentó un documento con el lleno de los requisitos legales que establece la Decisión 608, y que el documento presentado en abril de 2017 tenía como propósito ahondar en el reconocimiento de los hechos que le fue exigido por la SGCAN. La SGCAN no respetó el término para emitir su pronunciamiento, frente a la aceptación o negación de los compromisos ofrecidos.»

2.7.8. Independiente de las razones por las cuales la SGCA desestimó la solicitud, la figura del «compromiso de cese» implica, como su nombre mismo lo indica, un ofrecimiento voluntario de "cesar" la conducta

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

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



Decisión 608.-



objeto de la investigación, lo cual implica no solo reconocer³⁹ la existencia de una conducta anticompetitiva, sino ofrecer dejar de seguir cometiendo dicha conducta. Es extraño ofrecer un compromiso de cese respecto de algo que, supuestamente, habría cesado cinco años antes. No tiene sentido ofrecer un compromiso de cese de algo que ya habría cesado cinco años antes. El compromiso de cese tiene por objeto un "dejar de hacer" algo "que se viene haciendo". Si se presenta una solicitud de compromiso voluntario de cese de la conducta anticompetitiva objeto de la investigación en diciembre de 2016, es verosímil asumir que esta conducta anticompetitiva habría seguido teniendo efectos el año 2016.

- 2.7.9. Ya en la sentencia se efectuará un análisis más preciso y detallado de las pruebas que aporten ambas partes, incluyendo el análisis de los precios efectuado por la SGCA, pero por ahora, no resulta verosímil la nulidad alegada en lo relativo a la prescripción de la conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 2.8. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a la utilización de pruebas ilegales por parte de la SGCA (las pruebas desclasificadas por la SCPM en el marco de un programa de clemencia)
- 2.8.1. Las empresas demandantes sostienen que las pruebas que provienen de la desclasificación efectuada mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016 del 14 de octubre de 2016 serían ilegales, lo que viciaría toda la investigación realizada por la SGCA.
- 2.8.2. De conformidad con lo señalado en el Artículo 10 de la Decisión 60840,

«Artículo 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u

Es un reconocimiento en términos de verosimilitud. Así, si bien el reconocimiento no tiene necesariamente que calzar con exactitud con el periodo, el número de intervinientes, el porcentaje del incremento del precio u otros elementos de la imputación de cargos, tiene que reconocerse algo de la conducta anticompetitiva. Y es que si la empresa imputada considera que no cometió la infracción imputada, lo que tiene que hacer es ejercer su derecho de defensa en el procedimiento sancionador, pero no ofrecer un compromiso de cese. El compromiso de cese es ofrecido por quien sí cometió una conducta anticompetitiva, pero tiene la intención de cesar en su realización.

⁴⁰ Decisión 608.-



para el inicio de la investigación (de oficio o por denuncia de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, de los organismos nacionales de integración, de personas naturales o jurídicas, de organizaciones de consumidores o de otras entidades), la SGCA solo necesita «indicios» de la existencia de una conducta anticompetitiva transfronteriza.

- 2.8.3. Es obvio que para iniciar un procedimiento de investigación solo se necesitan meros indicios. Resulta inadmisible exigir que desde el inicio, la SGCA tenga pruebas que acrediten con certeza la realización de la conducta anticompetitiva transfronteriza. ¿Cuál sería el sentido de la "investigación" si no hay nada que investigar? El TJCA ya ha explicado que estamos ante un procedimiento administrativo sancionador supranacional, el cual contiene una etapa de instrucción conducente a obtener los medios probatorios pertinentes. Por tanto, si bien se puede iniciar la investigación con meros «indicios», lo cierto es que es en la etapa de investigación en donde se obtendrán pruebas (directas o indirectas) que acrediten de manera fehaciente la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 2.8.4. Esto se explica debido a que, la SCPM, al formular su solicitud de investigación el 20 de octubre de 2016, si bien es cierto utilizó información proveniente de la desclasificación efectuada mediante Resolución SCPM-IG-DES-001-2016, también lo hizo con otras pruebas ajenas a dicha desclasificación. En la penúltima página de la solicitud de investigación, bajo el subtítulo «LOS ELEMENTOS DE PRUEBA RAZONABLES», la SCPM lista las siguientes pruebas:
 - a) «Informe Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia [de la SIC de Colombia] con radicación 14-151027».
 - b) «Su autoridad se servirá solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, remita copias certificadas del proceso investigativo con radicación N° 14-151027, que desembocó en la Resolución 31739 de 26 de mayo de 2016, junto con los elementos recabados en sus inspecciones.»
- 2.8.5. En la Resolución 1883 de fecha 11 de noviembre de 2016, a través de la cual la SGCA apertura la investigación solicitada por la SCPM, aparecen como pruebas indiciarias párrafos extraídos del Informe

otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.»





Motivado de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC, que provienen del Expediente 14-151027 correspondiente a la investigación realizada el 2016 por la SIC.

- 2.8.6. ¿La existencia de un cártel en Colombia podría ser un indicio ("la punta del hilo") para averiguar si el cártel se extendió hacia Ecuador ("que conduce a la madeja")? Sí. A nivel indiciario, un documento, un informe, una nota periodística, un testimonio, etc., puede ser la pista que plantee la necesidad de averiguar, de indagar. Ya en la investigación, en la etapa de instrucción del procedimiento sancionador, la autoridad recopilará las pruebas que acrediten la existencia o inexistencia de la conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 2.8.7. No se advierte, por tanto, verosimilitud en lo relativo a la nulidad alegada en cuanto al inicio de la investigación.
- 2.8.8. Centrándonos en las Resoluciones 2006 y 2236, se advierte, de manera preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, que la SGCA habría utilizado pruebas ajenas a la desclasificación efectuada por la SCPM. Así, por ejemplo, tenemos las siguientes pruebas:
 - a) El expediente público y confidencial de la SIC radicado 14-151027.⁴¹
 - b) Las Resoluciones 31739 y 47965 de la SIC, las que citan diversos correos electrónicos.⁴²
 - c) Los testimonios brindados por María Carolina Arenas Aristizabal, Luis Fernando Palacio González, Francia Elena Tanaka Ramón, Manuel Muñoz Merizalde, Gustavo Duque, Enrique Cuenca, Paola Mena y Osman Carvajal en el año 2017 en el marco del Plan de Investigación liderado por la SGCA.⁴³
 - d) El documento ID 2017-42219 remitido por la SCPM a la SGCA el 9 de junio de 2017.⁴⁴

Por ejemplo, párrafos 692 (p. 153) y 695 (p. 155) de la Resolución 2006.

Párrafo 708 de la Resolución 2006, p. 159; y, párrafo 68 de la Resolución 2236, p. 14.



Por ejemplo, párrafos 629 (p. 126), 630 (p. 127), 632 (p. 127), entre otros, de la Resolución 2006; y, párrafos 94 (pp. 19 y 20), 95 (p. 20), 200 (p. 47), 201 (p. 48) y 202 (p. 49), 203 (p. 49), entre otros, de la Resolución 2236.

Por ejemplo, párrafos 626 y 627 (p. 123), 628 (p. 124), 849 (p. 205), 889 (p. 216), entre otros, de la Resolución 2006; y, párrafos 188 (p. 45), 201 (p. 48), 203 (p. 49), entre otros, de la Resolución 2236.



Proceso 03-AN-2021

- El análisis de la estructura organizacional de los Grupos Kimberly e) y Familia en Colombia y Ecuador (el control societario en los mencionados grupos).45
- El análisis económico referido al mercado relevante, la evolución f) de los precios, y las participaciones en las ventas.⁴⁶
- Las visitas administrativas realizadas por la SGCA a las oficinas de Familia Ecuador y de Kimberly Ecuador, el 2 y 3 de agosto de 2017, respectivamente, para reunir información sobre el proceso e interrogar a sus empleados.47
- En la sentencia, el Tribunal determinará con precisión y certeza si la información y documentación desclasificada por la SCPM constituían o no pruebas ilegales en el marco de la tramitación del procedimiento de investigación llevado a cabo por la SGCA al amparo de la Decisión 608. No se tratará de averiguar si la pruebas eran ilegales desde las perspectiva del derecho nacional ecuatoriano, asunto que no le compete al TJCA, sino si eran ilegales o no al interior del procedimiento de investigación regido por la Decisión 608, una norma que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario andino.
- 2.8.10. Por lo pronto, en el presente estadio procesal, en la medida que la SGCA habría utilizado abundantes pruebas ajenas a la desclasificación efectuada por la SCPM, y con independencia de la valoración de tales pruebas, no se aprecia verosimilitud respecto de la nulidad alegada en cuanto a la utilización de supuestas pruebas ilegales.
- Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto al 2.9. prejuzgamiento contenido en el Informe Técnico de la SGCA y la inadmisión del recurso de reconsideración presentado contra dicho informe
- De conformidad con lo establecido en el Artículo 20 de la Decisión 608⁴⁸, una vez concluida la investigación (la instrucción), la SGCA tiene

Párrafos 92 y 93 de la Resolución 2006, p. 13.

Decisión 608.-



Párrafos 701-726 de la Resolución 2006, pp. 157-163; y, párrafos 64-75 de la Resolución 2236, pp. 13-15.

Párrafos 729-918 de la Resolución 2006, pp. 163-226; y, párrafo 379 de la Resolución 2236, p. 96.



un plazo de diez días hábiles para elaborar el informe sobre los resultados de la investigación. Dicho informe se remite a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, el **CADLC**), a las autoridades nacionales competentes a que se refiere el Artículo 15 de la mencionada decisión⁴⁹ y a las partes interesadas. Estas partes tienen un plazo de quince días hábiles para presentar sus alegatos escritos, y luego la SGCA remite dichos alegatos al CADLC.

- 2.9.2. Las empresas demandantes sostienen que el «Informe sobre los resultados de la investigación» de la SGCA de fecha 20 de marzo de 2018, al recomendar que se declare que las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador incurrieron en la conducta anticompetitiva tipificada en el Literal a) del Artículo 7 de la Decisión 608 y que deben ser sancionadas, expresaría un prejuzgamiento (anticipación de criterio) e incurriría en desviación de poder.
- 2.9.3. Sin perjuicio del análisis exhaustivo que se haga en la sentencia, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, resulta pertinente señalar que el mencionado informe sería lo que se conoce como un informe de instrucción en el contexto de la tramitación de un procedimiento sancionador.
- 2.9.4. Los resultados de la investigación traducen conclusiones sobre la valoración de los medios probatorios actuados en la etapa de instrucción y, tales conclusiones, en la forma o no de recomendaciones, pueden señalar que los agentes investigados han cometido o no han cometido la conducta anticompetitiva transfronteriza imputada.

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

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

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

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





- 2.9.5. Por tanto, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, no hay nada extraño en que el «Informe sobre los resultados de la investigación» hubiese recomendado declarar que las empresas de los grupos Kimberly y Familia incurrieron en una conducta anticompetitiva transfronteriza.
- 2.9.6. El derecho de defensa de las empresas investigadas se materializa en el hecho de que tienen la oportunidad, conforme a lo señalado en el mencionado Artículo 20, de presentar alegatos escritos, ya sea en contra o a favor del informe de instrucción de la SGCA, dependiendo de sus conclusiones y recomendaciones. Dicho informe no es vinculante, no tiene efectos jurídicos, pues la SGCA, a la luz de tales alegatos, podría resolver algo distinto a las conclusiones y recomendaciones del referido informe. En efecto, el informe de instrucción podría sugerir un determinado sentido, pero si los alegatos de los agentes investigados son persuasivos, la SGCA podría resolver (pronunciamiento que sí tiene efectos jurídicos) en un sentido distinto.
- 2.9.7. Por tanto, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia, es posible afirmar en esta etapa procesal, que el informe de instrucción de la SGCA no sería impugnable al carecer de efectos jurídicos, y carecería de sentido imputarle un presunto prejuzgamiento cuando la norma andina estaría autorizando, de manera expresa, que a través de dicho informe la SGCA concluya los resultados de la investigación.
- 2.9.8. En consecuencia, no se advierte verosimilitud alguna respecto de la nulidad alegada en cuanto al prejuzgamiento contenido en el Informe Técnico de la SGCA y la inadmisión del recurso de reconsideración presentado contra dicho informe.
- 2.10. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a que la SGCA no se habría pronunciado sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por los miembros del CADLC
- 2.10.1. El Artículo 22 de la Decisión 60850 señala que la SGCA, en la

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

La Secretaría General, en su motivación, dará cuenta del Informe remitido por el Comité. En caso que la Secretaría General se aparte de las conclusiones y

Decisión 608.-



motivación de su resolución (el acto administrativo de efectos particulares), dará cuenta del informe remitido por el CADLC. En caso de que la SGCA se aparte de las conclusiones y recomendaciones de dicho informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.

- 2.10.2. En el Oficio SCPM-DS-071-2018, recibido por la SGCA el 28 de mayo de 2018, se adjuntan los informes de observaciones de la SIC (Colombia), del Indecopi (Perú), de la Autoridad de Fiscalización de Empresa AEMP (Bolivia) y de la SCPM (Ecuador) con relación al informe técnico de la SGCA. La recomendación de la SIC y del Indecopi era no acoger el informe técnico. La recomendación de la AEMP era acoger el informe técnico con sugerencias. La SCPM coincide con el informe técnico en que las empresas de los grupos Kimberly y Familia incurrieron en una práctica anticompetitiva transfronteriza y da sugerencias adicionales en lo referente a las medidas correctivas.
- 2.10.3. En el acta de la segunda reunión 2018 del CADLC de fecha 4 de mayo de 2018, se aprecia que, luego de la votación realizada, la AEMP (Bolivia) y la SCPM (Ecuador) acogen el informe técnico, mientras que la SIC (Colombia) y el Indecopi (Perú) no lo acogen.
- 2.10.4. De modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia es posible afirmar en esta etapa procesal que, para que la SGCA dé cuenta en su resolución del informe del CADLC, este informe debería tener un sentido claro y unívoco, adoptado por unanimidad o mayoría. Un empate de dos contra dos impediría conocer de manera precisa la posición del Comité, e inclusive, podría eventualmente cuestionarse la propia existencia de un informe del comité, aspecto sobre el cual se pronunciará el Tribunal en la sentencia.
- 2.10.5. Por tanto, no se aprecia verosimilitud alguna respecto de la nulidad alegada en cuanto a que la SGCA no se habría pronunciado de manera pormenorizada sobre las recomendaciones y observaciones remitidas por los miembros del CADLC.
- 2.11. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a la participación de la SCPM en la investigación como denunciante e integrante de la CADLC

recomendaciones de dicho Informe, deberá manifestar expresamente los motivos de la discrepancia.»



- 2.11.1. Las empresas demandantes argumentan que se habría vulnerado la independencia y causales de recusación del CADLC al haberse permitido que la SCPM actuara en condición de denunciante y miembro del mencionado comité.
- 2.11.2. De modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia es posible aseverar en esta etapa procesal que, en la medida que el informe del CADLC no es vinculante para la SGCA, que esta es finalmente quien decide si ha habido o no una conducta anticompetitiva transfronteriza y que puede apartarse del mencionado informe, aunque manifestando expresamente los motivos de su discrepancia, no se advierte verosimilitud alguna respecto de la causal de nulidad alegada por las empresas demandantes.
- 2.12. Sobre la verosimilitud de la nulidad alegada en cuanto a que la SGCA tramitó de manera simultánea la investigación administrativa y los compromisos ofrecidos por las empresas demandantes
- 2.12.1. Las empresas demandantes sostienen que fueron forzadas a participar en el proceso de ofrecimiento de compromisos y ejercer su defensa en la investigación paralelamente.
- 2.12.2. El primer párrafo del Artículo 28 de la Decisión 608 señala lo siguiente:

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

- 2.12.3. De modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia es posible aseverar, en esta etapa procesal, que no se aprecia del Artículo 28 de la Decisión 608 que la presentación de un compromiso de cese (de la conducta anticompetitiva objeto de investigación) tiene como consecuencia la suspensión del trámite del procedimiento administrativo sancionador supranacional a cargo de la SGCA.
- 2.12.4. Los Artículos 27, 28 y 29 de la Decisión 608, como ocurre en otras legislaciones de defensa de la libre competencia, prevén el trámite simultáneo o paralelo del procedimiento administrativo sancionador, que es el principal, y de las solicitudes de compromiso de cese, que son



accesorias.

- 2.12.5. Si se acepta el compromiso de cese, concluye la investigación (el procedimiento sancionador) sin el establecimiento de medidas (correctivas y/o sancionatorias), pero si no se acepta el compromiso, la referida investigación, que venía en curso, simplemente continúa. Por tanto, de modo preliminar y bajo un enfoque de verosimilitud que puede variar en la sentencia es posible señalar que la oración final del primer párrafo del Artículo 28 de la Decisión 608, que dice «la investigación continuará», significaría, en principio, que el procedimiento sigue su curso, es decir, que la investigación que se venía efectuando, va a seguir continuando; sin perjuicio del trámite paralelo vinculado con la presentación de un compromiso de cese.
- 2.12.6. En consecuencia, de modo preliminar no se advierte verosimilitud alguna respecto de la causal de nulidad alegada por las empresas demandantes en cuanto a que la SGCA tramitó de manera simultánea la investigación administrativa y los compromisos ofrecidos por ellas.
- 2.13. Sobre el peligro en la demora (periculum in mora)
- 2.13.1. Dado que no se ha acreditado el primer requisito para el dictado de la medida cautelar solicitada, que es la verosimilitud de la nulidad alegada (fumus boni iuris), carece de sentido analizar los argumentos esgrimidos por las empresas demandantes respecto del peligro en la demora (periculum in mora).
- 2.13.2. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente señalar que el pago de una multa (dinero en dólares americanos), en la medida que **puede ser devuelto** por parte de la SGCA, no constituye un daño que podría ocasionar un perjuicio irreparable o de difícil reparación. No debe perderse de vista que, en materia de sanción de conductas anticompetitivas transfronterizas, el Artículo 34 de la Decisión 608⁵¹ establece que la multa será hasta un máximo del 10% de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del

«Artículo 34.- (...)

 (\dots)

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.»

Decisión 608.-



pronunciamiento definitivo. Este tope de 10%, establecido en aplicación del principio de proporcionalidad, busca evitar la imposición de una multa exorbitante o confiscatoria y, al mismo tiempo, evitar un daño económico a la empresa infractora.

- 2.13.3. En todo caso, para evitar cualquier situación que pudiese significar un perjuicio irreparable o de difícil reparación, lo que corresponde es que la SGCA deposite el monto de la multa impuesta en una cuenta bancaria en cualquier país miembro de la Comunidad Andina y que no disponga de dicho monto hasta que el TJCA emita sentencia en el presente proceso judicial de acción de nulidad. En tal sentido, en el supuesto hipotético de que el Tribunal anulara las Resoluciones 2006 y 2236, la SGCA tendría la posibilidad material de devolver el monto pagado a las empresas demandantes, y si la cuenta bancaria hubiese generado intereses, estos también serían devueltos a las mencionadas empresas.
- 2.14. Conclusión sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA
- 2.14.1. Al no haberse presentado de manera expresa en la solicitud de medida cautelar los argumentos que acrediten el cumplimiento del primer requisito para la concesión de una medida cautelar, consistente en la verosimilitud de la nulidad alegada sobre las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA (fumus boni iuris), como tampoco haberse advertido del examen de los principales aspectos contenidos en el escrito de demanda, rasgos de dicha verosimilitud, corresponde que el TJCA declare infundada la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.
- 3. Sobre la solicitud de confidencialidad
- 3.1. A foja 35 del expediente, las demandantes solicitan que el TJCA:

«...mantenga la confidencialidad de los documentos a los cuales la SGCAN le otorgó confidencialidad en el marco de la investigación iniciada por la Resolución 1883, que culminó con la Resolución 2006, confirmada por la Resolución 2006 [sic] acusada.»

3.2. Para atender una solicitud de confidencialidad, la parte interesada debe:

(i) indicar con precisión cuál es la información o documentación respecto de la cual solicita la declaración de confidencialidad;

(ii) exponer las razones o fundamentos que justificarían la declaración de confidencialidad; y, (iii) presentar un resumen no confidencial de la referida información o documentación.





- 3.3. Dado que en el presente caso, las empresas demandantes no han cumplido con lo señalado en el párrafo precedente, corresponde rechazar, en esta etapa procesal, la solicitud de confidencialidad presentada por las referidas empresas.
- 4. Sobre lo informado por la SGCA en la comunicación SG/E/SJ/161/2022
- 4.1. Mediante Oficio SG/E/SJ/161/2022 del 4 de febrero de 2022, la SGCA informa sobre acciones judiciales interpuestas ante jueces nacionales que tienen como pretensión la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones 2006 y 2236.
- 4.2. Sobre el particular, y dado que el TJCA tiene como función principal salvaguardar los intereses comunitarios (Artículo 4 de su Estatuto), lo que implica salvaguardar el ordenamiento jurídico comunitario andino, este colegiado considera un imperativo señalar en la presente providencia judicial que ningún juez o tribunal nacional, del rango o especialidad que fuese, tiene competencia para suspender los efectos jurídicos de un acto comunitario, como es el caso de las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.
- 4.3. Al respecto, debe considerarse que la Comunidad Andina constituye una comunidad de derecho que cuenta con un ordenamiento jurídico propio, el cual está compuesto por fuentes originarias, constitutivas o primarias, y por fuentes derivadas o secundarias, y ambas pueden ser típicas y atípicas. Las fuentes típicas se encuentran detalladas en el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA; y las atípicas fueron reconocidas a través de la jurisprudencia del Tribunal.
- 4.4. Corresponde señalar también que, de conformidad con las disposiciones de los Artículos 47 del Acuerdo de Cartagena y 42 del Tratado de Creación del TJCA, el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina es exclusivo y excluyente. En ese sentido, el TJCA es el único órgano jurisdiccional en la Comunidad Andina con competencia para realizar, a través de la tramitación de una acción de nulidad, un examen sobre la legalidad y validez de las normas derivadas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, entre las que se encuentran las Resoluciones de la SGCA —sean de efectos generales o de efectos particulares—. Merece destacarse también que la sola interposición de una acción de nulidad no afecta la eficacia ni la vigencia del acto impugnado, tal como lo establece expresamente el Artículo 105 del Estatuto del TJCA. En consecuencia, únicamente esta



corte internacional tiene competencia para ordenar la suspensión provisional de la ejecución de una norma andina impugnada, siempre y cuando se cumplan los requisitos correspondientes.

- 5. Sobre los terceros interesados en el presente proceso judicial
- 5.1. A foja 2 (reverso) del expediente las empresas demandantes solicitan que la demanda se notifique a Kimberly Colombia, a Kimberly Ecuador, a la SIC y al Indecopi.
- 5.2. Sobre el particular, resulta pertinente la notificación de la demanda a Kimberly Colombia y a Kimberly Ecuador, pues estas empresas fueron sancionadas, conjuntamente con las empresas demandantes, con las Resoluciones 2006 y 2236 de la SGCA.
- 5.3. Asimismo, resulta pertinente la notificación de la demanda a la SIC en la medida que esta entidad presentó recurso de reconsideración contra la Resolución 2006 de la SGCA, debiéndose extender dicha notificación, de oficio, al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú (en adelante, el Mincetur), en atención a que también presentó recurso de reconsideración contra la referida resolución.
- 5.4. Adicionalmente, resulta pertinente la notificación de la demanda al Indecopi, en atención a que esta entidad forma parte del CADLC, debiéndose extender dicha notificación, de oficio, a los demás miembros de este comité, es decir, a la AEMP y a la SCPM.
- 6. Sobre la pertinencia de la publicación de la presente providencia judicial en la Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena

En aplicación de lo establecido en el núm. 2.2 de la «Nota informativa que promueve la transparencia y acceso al contenido de las deliberaciones, decisiones jurisdiccionales e información pública del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», aprobado por Acuerdo 09/2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3146 del 29 de noviembre de 2017, y teniendo en consideración la trascendencia del presente Auto, resulta pertinente ordenar su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

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





DECIDE:

PRIMERO:

Admitir a trámite la demanda de acción de nulidad presentada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. en contra de las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por medio de las cuales se sancionó a dichas empresas por realizar la conducta anticompetitiva tipificada en el Literal a) del Artículo 7 de la Decisión 608 – Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina.

SEGUNDO:

Reconocer como parte demandante a las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., representadas por los señores María Fernanda Mora Karan, apoderada general de Productos Familia S.A.; y, Eybbel Santiago Rosero Camacho, representante legal de Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

TERCERO:

Legitimar la personería para actuar a nombre de las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. a los señores Francisco Xavier Rosales Kuri, Manuel Guillermo Sossa González y Ana María Samudio Granados, en calidad de abogados patrocinadores de las demandantes.

CUARTO:

Tener por presentados los medios probatorios aportados por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., para ser valorados en el momento procesal oportuno.

QUINTO:

Poner en conocimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina el escrito de demanda, los escritos complementarios de fechas 6, 20 y 27 de enero de 2022, y el presente Auto, para que proceda con su contestación en el plazo de cuarenta (40) días calendario contados a partir de la fecha de notificación del presente Auto.

SEXTO:

SECRETARIA A

CONTUNIDAD ANDINE

Poner en conocimiento de Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022 remitidos por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 4 de febrero de 2022, los dos primeros, y el 9 de febrero de 2022, el último.



SÉPTIMO:

Declarar infundada la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, formulada por las empresas demandantes.

OCTAVO:

Ordenar a la Secretaría General de la Comunidad Andina a que deposite el monto de la multa impuesta a las empresas demandantes en una cuenta bancaria en cualquier País Miembro de la Comunidad Andina y que no disponga de dicho monto hasta que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emita sentencia en el presente proceso judicial de acción de nulidad.

NOVENO:

Declarar que ningún juez, tribunal o corte nacional, del rango o especialidad que fuese, tiene competencia para suspender los efectos jurídicos de un acto comunitario, como es el caso de las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Solo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene competencia para ordenar la suspensión de actos comunitarios como son las Resoluciones 2006 y 2236 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

DÉCIMO:

Desestimar la solicitud de confidencialidad presentada por las empresas Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

DÉCIMO PRIMERO:

Notificar el escrito de demanda y los escritos complementarios de fechas 6, 20 y 27 de enero de 2022; el presente Auto; y los Oficios SG/E/DS/160/2022, SG/E/SJ/161/2022 y SG/E/SJ/188/2022, a las siguientes empresas y entidades públicas:

- a) Colombiana Kimberly Colpapel S.A.
- b) Kimberly Clark Ecuador S.A.
- c) Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de la República de Colombia.
- d) Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur) de la República del Perú.
- e) Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de la





República del Perú.

- f) Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP) del Estado Plurinacional de Bolivia.
- g) Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) de la República del Ecuador.

DÉCIMO **SEGUNDO:**

Publicar el presente Auto en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que el presente Auto ha sido aprobado por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial del 16 de febrero de 2022, conforme consta en el Acta 04-J-TJCA-2022.

> Luis Felipe Aguilar Feijoó Secretario

De conformidad con lo establecido en el Literal n) del Artículo 7 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente el presente Auto el Presidente y el Secretario.

> Hugo R. Gómez Apac Presidente

Luis Felipe Aguilar Feijoó

Secretario