



Primera conducta anticompetitiva transfronteriza sancionada en la Comunidad Andina: el cártel en el mercado de papeles suaves

2.10.2024

[Descargar](#)[Guardar](#)

Hugo Gómez Apac Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor del curso Libre Competencia y Acceso al Mercado en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el Indecopi, ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia, así como Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor.

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú conforman la Comunidad Andina, el proceso de integración jurídica, económica y social más longevo y exitoso de Sudamérica, creado con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, cuyo artículo 93 previó —desde aquella fecha— la necesidad de prevenir y corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión.

El mercado subregional andino es un área de libre comercio protegida tanto de las medidas estatales que restringen el comercio como de las conductas anticompetitivas transfronterizas implementadas por los agentes económicos. Para lo segundo, rige la Decisión 608 del año 2005, que es la ley andina de defensa de la libre competencia, la cual prohíbe y sanciona el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales que tengan efectos transfronterizos.

Mediante resolución núm. 2006 (2018), confirmada por resolución núm. 2236 (2021), la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) sancionó a los Grupos Kimberly (Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly-Clark Ecuador S.A.) y Familia (Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por haber incurrido en la conducta anticompetitiva transfronteriza tipificada en el literal a) del art. 7 de la Decisión 608, consistente en que los gerentes de las matrices colombianas de los referidos grupos instruyeron a los gerentes de sus filiales ecuatorianas a adoptar acuerdos de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves (papel higiénico, pañuelos desechables y toallas de papel) entre los años 2006 y 2013.

A finales del 2021, las empresas sancionadas presentaron ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) demanda en acción de nulidad contra las resoluciones núm. 2006 y 2236 de la SGCA. Dicha acción es el instrumento procesal a través del cual la corte andina ejerce el control de legalidad de los actos comunitarios. Tratándose de actos administrativos comunitarios es una suerte de proceso contencioso administrativo.

De haber ilegalidad en algunas pruebas, ello no afecta las pruebas obtenidas de otras fuentes (de otros árboles), y en el caso concreto, la corte andina constató que había otras pruebas, obtenidas sin cuestionamiento alguno, que justificaban el inicio de la investigación, y había otras más que acreditaban la comisión de la infracción.

En dos sentencias del 17 de septiembre de 2024, el TJCA declaró infundadas en todos sus extremos las demandas de nulidad que habían sido planteadas por los Grupos Kimberly y Familia contra los mencionados pronunciamientos de la SGCA, confirmando las multas que suman US\$ 33'918.050,00. En atención a estas sentencias, es la primera vez que se sanciona —con carácter firme— una conducta anticompetitiva transfronteriza en la Comunidad Andina.

En sus sentencias, el TJCA abordó diversas instituciones del derecho de la competencia. Explicó que las prácticas colusorias horizontales se pueden acreditar con pruebas directas e indirectas (indicios y presunciones), y que debe diferenciarse la prueba del acuerdo de la prueba de la duración del acuerdo. Así, mientras que un paralelismo de precios puede ser insuficiente para probar lo primero, puede ser determinante para acreditar lo segundo.

Desde la perspectiva del derecho comunitario o de la integración, se dieron ejemplos concretos de prácticas colusorias horizontales de carácter transfronterizo. Para que la colusión tenga efecto transfronterizo no se requiere, necesariamente, que se afecte el mercado de dos o más países miembros. La instigación, recomendación o planeamiento del acuerdo se puede dar en un país, y la adopción, ejecución o el efecto pernicioso del acuerdo se puede dar en otro país. Un cártel de exportación es un buen ejemplo de ello. En este caso no se afecta el mercado del país donde están los fabricantes, que es donde se toma el acuerdo, sino únicamente el mercado del país de destino de las exportaciones.

Otro asunto explicado fue lo concerniente al diseño procedimental previsto en la Decisión 608. Así, por ejemplo, se indicó que la SGCA es tanto la autoridad investigadora como sancionadora (y que ello no anula la resolución), que es factible tramitar en paralelo la investigación y el ofrecimiento de un compromiso de cese, y se explicó el rol que juegan las autoridades nacionales de defensa de la competencia al interior de la investigación. En relación con lo último, se mencionó que el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia —integrado por las mencionadas autoridades— requiere de al menos el voto favorable de tres de sus cuatro integrantes para emitir válidamente su opinión (no vinculante) sobre la investigación.

Dejo para el final el tema central de la controversia: el uso de información proveniente de un programa de clemencia (también denominado de delación compensada) y la teoría del fruto del árbol envenenado aplicado a las pruebas ilegales. Las empresas alegaron que el inicio del procedimiento, la investigación y la sanción eran nulos debido a que la SGCA habría utilizado pruebas ilegales.

El 2014, Kimberly-Clark Ecuador S.A. se acogió al programa de clemencia previsto en la legislación de competencia ecuatoriana, ofreciendo información auto incriminatoria respecto de una colusión en el mercado de papeles suaves en Ecuador. El 2016, sin autorización de dicha empresa, la autoridad de competencia ecuatoriana desclasificó (levantamiento de la confidencialidad) dicha información y luego con esta, y con documentación adicional, presentó la denuncia ante la SGCA. El 2018, una corte de justicia ecuatoriana declaró la ilegalidad y nulidad del acto administrativo de la desclasificación de información.

En pronunciamientos del 2018, el TJCA ya había indicado que la información que aportan los colaboradores en el marco de un programa de delación compensada es confidencial y que dicha información no debía ser utilizada contra ellos en otros procesos. La razón es obvia: ello desprestigiaría a los programas de clemencia, lo que debilitaría la lucha contra los cárteles.

En las sentencias bajo comentario, el TJCA aplicó dos excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado: la de la prueba independiente y la de la buena fe.

Por virtud de la primera, de haber ilegalidad en algunas pruebas, ello no afecta las pruebas obtenidas de otras fuentes (de otros árboles), y en el caso concreto, la corte andina constató que había otras pruebas, obtenidas sin cuestionamiento alguno, que justificaban el inicio de la investigación, y había otras más que acreditaban la comisión de la infracción.

Con relación a la segunda, el TJCA verificó que la SGCA había actuado de buena fe, pues la autoridad de competencia ecuatoriana le aseguró que las pruebas que ella aportaba provenían de un expediente distinto al de la delación compensada. La declaración de ilegalidad de la corte de justicia ecuatoriana se produjo con posterioridad a la sanción impuesta el 2018, momento hasta el cual había operado la presunción de legitimidad y validez del acto administrativo de la desclasificación de información.

En todo caso, la corte andina verificó que, marginando las pruebas provenientes del programa de clemencia —salvo una, que tenía carácter de documento público a la fecha de acogimiento al programa de delación compensada—, en el expediente tramitado por la SGCA había suficiente material probatorio que acreditaba la comisión de la conducta anticompetitiva transfronteriza.

Las sentencias no son impugnables. Solo cabe solicitud de enmienda —para corregir errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes— o ampliación —cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos—.

#COLUSIÓN

#PAPELES

#SUDAMÉRICA

#TRANSFRONTERIZA

#COMUNIDAD ANDINA

#CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

#TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

#CAN

DESTACADOS



Estudio de Percepción de la Institucionalidad de Libre Competencia 2025



Regímenes de libre competencia en / Antitrust Regimes in: Chile, Colombia, Ecuador, Peru, Mexico, Brasil (Brazil) [Garrigues]

PODCAST DESTACADO



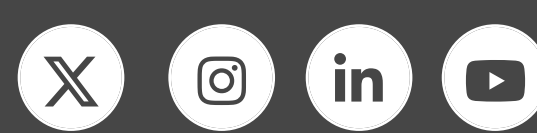
Alba Ribera | 12.02.2025
DMA: implementación en la UE y efectos en Latinoamérica



Macarena Viertel | 22.01.2025
La regulación europea de la libre competencia (con Macarena Viertel)



Claudio Agostini | 8.01.2025
El mercado de la pesca en Chile (con Claudio Agostini)

[VER MÁS PODCAST](#)

Términos y condiciones y políticas de privacidad
Políticas de Cookies

Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile.

Teléfono (56 2) 2331 1000

