CAMILA ANDREA CADAVID AYARZA

EL PROBLEMA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: EL CASO DEL CARTEL DE LOS PAPELES SUAVES

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO

Rector:	**Dr. Juan Carlos Henao Pérez**
Decana Facultad de Derecho:	**Dra. Adriana Zapata Giraldo**
Secretaria General:	**Dra. Martha Hinestrosa Rey**
Director (E) del Departamento Derecho Económico:	**Dr. José Manuel Álvarez Zárate**
Director de Tesis:	**Dr. David Toro Ochoa**
Presidente de Tesis:	**Dr. Dionisio De La Cruz Camargo**
Examinadores:	**Dra. Mariné Linares Díaz** **Dr. Hugo Mauricio Velandia Castro**

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN vii
1. LA DELACIÓN 1
1.1 EN QUÉ CONSISTE 1
1.1.1 Incentivos para los miembros del cartel 2
1.1.2 Requisitos para acceder al programa 4
1.1.3 El tipo de información que se debe aportar 6
1.2 LA EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN 8
1.3 LOS BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN 9
1.3.1 Los beneficios 10
1.3.2 Las desventajas 12
1.3 DERECHO COMPARADO 14
1.3.1 El programa de clemencia de los Estados Unidos 14
2. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO 16
2.1 LOS ORÍGENES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERIO 16
2.2 LA LEY 1340 DE 2009 18
2.3 POTESTADES EN MATERIA DE COMPETENCIA 19
2.4 EL PROGRAMA EN BENEFICIOS POR COLABORACIÓN 21
2.4.1 El decreto 1523 de 2015 22
3. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES 26
3.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO 26
3.2 LA DECISIÓN 608 DE 2005 29
3.2.1 Conductas prohibidas 30
3.2.2 Ámbito de aplicación subjetivo 31

3.2.3 Ámbito de aplicación objetivo de la decisión y órgano competente 31
3.2.4 Procedimiento 33
3.2.5 Régimen sancionatorio 35
3.2.6 El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia 36
4. CASO DE ESTUDIO: CARTEL DEL PAPEL SUAVE 37
4.1 EL CASO COLOMBIANO: RESOLUCIÓN 31739 DE 2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA 37
4.1.1 Duración del cartel 38
4.1.2 Programa de beneficios por colaboración y conductas 39
4.1.3 Mercado relevante 41
4.1.4 La supuesta falta de competencia de la SIC 42
4.2 LA DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO DEL ECUADOR 43
4.3 LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES 44
4.3.1 Antecedentes – Resolución 1883 de 2016 44
4.3.1.1 Sobre el origen y efectos de la conducta 45
4.3.1.2 La presunta práctica realizada 45
4.3.1.3 Descripción de la conducta y su duración 46
4.3.1.4 Mercado relevante producto 48
4.3.1.5 Prescripción 49
4.3.2 Las recomendaciones de las autoridades de competencia de los países miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia 49
4.3.2.1 La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia 49
4.3.2.1.1 La validez de las pruebas utilizadas en el informe técnico de la SGCAN 49
4.3.2.1.2 Análisis de la conducta 52
4.3.2.1.3 Análisis económico realizado por la SGCAN 55
4.3.2.1.4 Prescripción de la conducta 56

4.3.2.1.5 Importancia de los programas de beneficios por colaboración 57
4.3.2.2 Las recomendaciones de las autoridades que conforman el Comité de Defensa de la Libre competencia 57
4.3.3 Decisión – Resolución 2006 de 2018 58
4.3.3.1 Frente a las cuestiones previas 58
4.3.3.2 Frente a las cuestiones sustantivas 63
4.3.3.3 Frente al análisis de los efectos reales de la conducta 67
4.3.3.4 Frente al análisis de la prescripción 69
4.3.3.5 Sanción 70
5. ANÁLISIS: LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN 2006 DE 2018 DE LA SGCAN FRENTE A LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN EN LA REGIÓN ANDINA 71
5.1 ¿LA COMPETENCIA ATRIBUIDA A LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES AFECTA LAS POTESTADES INTERNAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS? 71
5.2 ¿SE VE DESNATURALIZADO EL PROGRAMA DE DELACIÓN EN VIRTUD DE LA COMPETENCIA QUE TIENE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN LA REGIÓN? 74
5.3 ¿SE ENCUENTRAN LOS ORDENAMIENTOS EXPUESTOS A QUE CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA SE EXTIENDAN EN EL TIEMPO POR NO EXISTIR UN INCENTIVO PARA DELATAR Y, POR LO TANTO, HABER UNA MAYOR AFECTACIÓN AL MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA? 80
REFLEXIONES FINALES 83
BIBLIOGRAFÍA 86

LISTA DE ILUSTRACIONES

Pág.

Ilustración 1: Práctica originada en un País Miembro con efecto en uno o más Países Miembros 32
Ilustración 2: Práctica originada en varios Países Miembros con efecto en un País Miembro 32
Ilustración 3: Práctica originada en un País No Miembro con efecto en dos o más Países Miembros 33

INTRODUCCIÓN

A nivel mundial, la delación en procedimientos administrativos sancionatorios por la realización de prácticas comerciales restrictivas, o el programa de beneficios por colaboración, como es conocido en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido considerado como uno de los mecanismos más efectivos para el desmantelamiento de carteles. No obstante, durante el año 2018, en América Latina, en virtud de la decisión 608 del año 2005 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, la Secretaría General de esta organización decidió sancionar a ciertas empresas que habían celebrado acuerdos restrictivos de la competencia, cuyos efectos se habían dado en dos países miembros de la Comunidad Andina: Colombia y Ecuador.

La investigación y posterior sanción impuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina, se dio como consecuencia de la denuncia presentada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador, cuyos principales sustentos probatorios habían sido recolectados en virtud del programa de clemencia al que había aplicado una de las empresas investigadas.

La misma empresa había delatado prácticas restrictivas ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, obteniendo el beneficio que la ley colombiana prevé, y en el curso de la investigación, la autoridad colombiana había concluido que no se había tratado de un cartel regional.

Ahora, teniendo en cuenta que el origen de la denuncia es la solicitud al programa de clemencia, en el presente trabajo analizaremos en qué consisten estos programas y cuál ha sido la relevancia que a nivel general se le han atribuido; esto, con el fin de confrontar dicho análisis con la decisión tomada por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones y observar si con dicha decisión, la aplicación de estos programas en los países miembros de la Comunidad podrían verse o no afectados.

Asimismo, específicamente dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿La competencia atribuida a la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones afecta las potestades internas de las autoridades de competencia de los países miembros? En virtud de esto, ¿se ve desnaturalizado el proceso de delación? Y como consecuencia, ¿se encuentran los ordenamientos expuestos a que conductas restrictivas de la competencia se extiendan en el tiempo por no existir un incentivo para delatar y por lo tanto haber una mayor afectación al mercado y la libre competencia?

Para lo anterior, se hará un análisis del régimen de libre competencia en Colombia, su programa de beneficios por colaboración y finalmente la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio frente al cartel de papeles suaves, para de manera posterior analizar el régimen de libre competencia en la Comunidad Andina y la decisión tomada por la Secretaría General.

Finalmente, aunque el principal factor de análisis del presente trabajo son las incidencias que la decisión comunitaria haya podido tener frente a los programas de delación, se harán comentarios frente a circunstancias distintas que generaron preocupación frente a la decisión tomada.

1. LA DELACIÓN

1.1 EN QUÉ CONSISTE

La delación o clemencia se puede definir como "un término genérico para describir un sistema de exoneración parcial o total de las sanciones que de otro modo serían aplicables al participante de un cartel a cambio de informar su calidad de miembro de un cartel y proporcionar información o evidencia relacionada con el cartel a la agencia de competencia que proporciona clemencia"[1].

Debe tenerse en cuenta que los programas de delación o clemencia varían dependiendo del ordenamiento jurídico donde se aplique. Así, conforme a la definición dada, los programas de clemencia consisten en otorgar beneficios económicos a las empresas o personas naturales que han participado en un cartel, a cambio de brindar información y colaborar con la autoridad competente con el fin de desmantelar el mismo.

Ahora bien, estos beneficios económicos pueden consistir en una exoneración total de la multa que sería impuesta o una reducción de esta, dependiendo del orden en que se haya acogido al programa, es decir, quien primero se acogió obtendría el beneficio de exoneración total, y los que se acojan de forma posterior obtendrían una reducción dependiendo del orden en que lleguen.

No obstante, no en todos los ordenamientos el programa tiene las mismas características, pues podemos encontrar países como Estados Unidos, donde solo se otorgará amnistía a la primera persona que acuda a la autoridad, revele la existencia del cartel y además brinde información y colaboración a la autoridad. Asimismo, en el caso

[1] International Competition Network. Anti-cartel enforcement manual. Chapter 2: Draftin and implementing an effective leniency policy. 2014. P. 4. Traducción propia http://old.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf

de las personas naturales vinculadas a la compañía que se acoge al programa, que también confiesan y brindan su colaboración, se entiende que también obtendrían el beneficio de no ser acusados penalmente.

Sin duda alguna, analizar cada uno de los programas a nivel mundial resultaría bastante extenso. Empero, debemos resaltar que la doctrina ha señalado que existen elementos comunes a todos los programas: "(i) incentivos para los miembros del cartel; (ii) requisitos para acceder al programa; y (iii) el tipo de información que se debe aportar"[2]. En medida de lo anterior, pasaremos a analizarlos.

1.1.1 Incentivos para los miembros del cartel

La razón de ser de los programas de delación consiste en que alguna de las personas –ya sea natural o jurídica– que tuvo participación en el cartel, acuda a la autoridad brindando información sobre la conducta restrictiva.

Ahora, es claro que no colaborarían con la autoridad a menos que recibieran algo a cambio, por lo que surge la siguiente pregunta: ¿qué motiva a los miembros del cartel a colaborar con la autoridad? Los motiva la posibilidad de no asumir la multa prevista por haber incurrido en la conducta prohibida, exención de la multa podría ser total o parcial, dependiendo del programa o política de cada país.

Al respecto, la doctrina ha afirmado que: "El hecho de que sólo el primer miembro del cartel en informar reciba la mayor de las protecciones, la inmunidad ante las sanciones **induce a un comportamiento estratégico en el que cada conspirador intentará maximizar sus beneficios**, de ahí que se creen condiciones para una "carrera hasta la puerta" de una autoridad de competencia"[3].

[2] Kloub, Jindrich. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, Chile. 2009. P 7.
[3] Ibíd. P 7.

Así, se tiene que el incentivo que tienen los miembros del cartel consiste en que, si bien aceptan su responsabilidad y participación en el cartel, el hecho de hacerlo les permite no asumir la multa que en caso de una investigación normal le sería impuesta por la autoridad competente. Asimismo, se tiene que los beneficios por colaborar varían dependiendo de la oportunidad en que la misma se dé, por lo que no todos los colaboradores obtendrán el mismo beneficio y, por el contrario, tendrán que analizar cuándo delatar para ser los primeros y, por consiguiente, obtener una exención total.

Ahora, el tipo de información que debe aportarse y que encuentra relevante la autoridad se analizará más adelante. Sin embargo, se encuentra que la razón por la cual se han concedido beneficios no solo al primer delator sino a los siguientes, es porque normalmente la información aportada por el primero puede no resultar suficiente para determinar las condiciones de tiempo modo y lugar en las que se dio el cartel investigado. Al respecto, se encuentra que:

> "Es bastante frecuente, en cambio, que ninguno de estos medios de investigación produzca los resultados deseados, ya que, aunque la información aportada por el primer solicitante les permita una utilización más específica y eficaz, el descubrimiento y la recopilación de pruebas materiales siguen resultando complicados debido al carácter de secretismo del cartel (…) Por lo tanto, para poder utilizar plenamente la contribución del primer solicitante, es esencial que haya incentivos para los demás miembros que se presenten tras el comienzo del caso, para ofrecer información que se pueda utilizar para continuar con la investigación y pruebas para corroborar los hechos alegados por el primer solicitante. **El segundo solicitante es quien "crea el caso", al aportar la corroboración necesaria**"[4]. (negrilla fuera de texto)

Así, lo que motiva a las empresas a efectivamente acudir a la autoridad y delatar son los beneficios económicos, e incluso penales que pueda llegar a obtener y que, en otro escenario, es decir, el desmantelamiento del cartel por medios propios de la autoridad, no podrían obtener pues caería todo el peso de la ley.

[4] Ibíd. P. 8.

1.1.2 Requisitos para acceder al programa

Por regla general, en la mayoría de los ordenamientos no se otorgan beneficios a las personas que hayan instigado o coaccionado la conducta restrictiva, lo cual en últimas depende de la normativa de cada país.

Como ejemplo, se encuentra que en el ordenamiento jurídico colombiano, en el numeral 1 del artículo 14 de la ley 1340 de 2009 se previó que: "No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta"[5]. A su vez, instigador o promotor fue definido como "la persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra u otras a iniciar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución del acuerdo y resulte determinante en la conducta de las empresas involucradas"[6].

Por su parte, en la política corporativa de clemencia de Estados Unidos, al momento de establecer los requisitos alternativos para la clemencia, se aborda el tema del coaccionante señalando que la persona no podrá acceder a los beneficios del programa "si la compañía coaccionó a otra para participar en la actividad ilegal o si claramente fue el líder u originador de la misma"[7].

Ahora bien, en lo que refiere a los requisitos concretamente, señala la doctrina que por regla general estos consisten en: "(i) poner fin a su participación en el cartel, (ii) mantener la solicitud de inmunidad en secreto, y (iii) prestar total colaboración a la autoridad de ejecución en todos los procedimientos"[8].

En relación con el primero, es apenas obvio que como requisito para acceder al programa de delación la empresa que esté delatando haya concluido la actividad ilícita, pues de lo contrario carecería de sentido que se viera eximido de la multa.

[5] Ley 1340 de 2009. Artículo 14.
[6] Decreto 1523 de 2015. Artículo 2.2.2.29.1.2.
[7] Corporate Leniency Policy. Literal b. Alternative Requirements for Leniency,.
[8] Kloub, Jindrich. Ob. Cit. P 9.

Ahora, respecto al secreto que debe mantener la empresa que haya accedido al programa, se afirma que "si los miembros de un cartel saben quién de ellos ha sido el que ha abandonado y solicitado la inmunidad, podrían averiguar la información ofrecida a la autoridad de ejecución basándose en la estructura de comunicación del cartel. En tal caso, podrían elegir no optar a la clemencia bajo ningún concepto o adaptar sus solicitudes para ofrecer la cantidad mínima de información, a la vez que acceden a algún tipo de reducción en las sanciones"[9].

La exigencia de este requisito cobra mayor relevancia, teniendo en cuenta que, tal como se explicará más adelante, una de las desventajas de los programas de delación está en que los miembros del cartel celebren un nuevo acuerdo, cuyo propósito sea acogerse a los programas y concertar en qué condiciones hacerlo, logrando así que se desdibuje uno de los principales beneficios de los programas: desmantelar los carteles que son tan complejos de descubrir y sancionar.

Finalmente, el requisito de colaboración está siempre presente, pues de nada sirve a la autoridad haber recibido una información inicial y que después el solicitante guarde total silencio u oculte pruebas e información, para finalmente premiarlo. No se puede perder de vista que el cartel no es sancionado únicamente con base en lo que delate quien se acoge al programa, sino que es llevada a cabo toda investigación que le permita a la autoridad tener certeza sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del cartel, así como de los efectos que el mismo hubiese generado en el mercado.

Es en tal medida que la colaboración que puede implicar "(…) la obligación a responder con premura a cualquier petición de la autoridad, la posibilidad de facilitar entrevistas con responsables de la empresa sin necesidad de ejercer presión alguna y otras formas de cooperación pertinentes que se ajusten al marco de aplicación de una determinada

[9] Ibíd. P 9.

jurisdicción"[10], resultan tan importante en el desarrollo del programa y finalmente esencial para obtener el beneficio.

1.1.3 El tipo de información que se debe aportar

En primera medida se debe señalar que la información básica e inicial que debe suministrar quien solicita acoger a un programa de delación debe estar relacionada con: (i) desde cuándo existe el cartel; (ii) si todavía existe o hasta cuándo estuvo funcionando; (iii) quiénes lo conforman; (iv) sobre qué producto recayó el cartel y; (v) el territorio que se vio afectado.

No obstante, es apenas obvio que la autoridad requiera información adicional como "serían nombres y direcciones de los individuos implicados, medios de comunicación utilizados durante la actividad del cartel, información relativa a la posibilidad de la existencia de pruebas almacenadas fuera del negocio, etc."[11].

Asimismo, dependiendo del programa, es decir, si se aceptan uno o varios delatores, se entiende que los delatores sucesivos al inicial deberán aportar información que represente un plus para la información con la que ya cuenta la autoridad, pues de lo contrario sería improcedente conceder beneficio alguno.

Respecto a cómo puede aportarse la información se tiene que:

> "La información y las pruebas se pueden aportar tanto oralmente como por escrito, dependiendo de las reglas probatorias de las distintas jurisdicciones. Por ejemplo, en países que siguen el derecho consuetudinario se hace un mayor hincapié en el testimonio oral debido a las exigencias de un sistema judicial, que incluye el derecho a contrainterrogar a cualquier testigo. En las jurisdicciones con ejecución administrativa, suelen ser más comunes las versiones escritas en forma de declaraciones juradas de los individuos implicados. Junto con las versiones

[10] Ibíd. P 10.
[11] Ibíd. P 10. Tomado de: http://www.oecd.org/daf/competition/2009%20LACF_UsingLeniencytoFightHardCoreCartels.pdf

> de los testigos, ya sean orales o por escrito, los solicitantes de clemencia deberán aportar cualquier tipo de prueba documental subyacente, como documentos de reuniones, pruebas de haber realizado viajes, agendas de personas implicadas, correos electrónicos, etc."[12].

Finalmente, debe considerarse que la información suministrada por los aplicantes o solicitantes es confidencial. Así, podemos ver que en la política corporativa de clemencia de Estados Unidos tiene como fin:

> "(…) tratar como confidencial la identidad del solicitante de la amnistía y cualquier información que se haya obtenido de él. La División no revelará la identidad del solicitante de la amnistía a falta de una divulgación previa o por acuerdo con el solicitante, a menos que sea autorizado por una orden judicial. Con el fin de proteger la integridad del programa de amnistía, la División no revelará la identidad del solicitante, la División ha adoptado una política de no revelar a las autoridades extranjeras, de conformidad con los acuerdos de cooperación, información obtenida de un solicitante de amnistía a menos que el solicitante de la amnistía haya aceptado primero la divulgación. A pesar de esta política, la División frecuentemente obtiene exenciones para compartir información con otra jurisdicción en casos donde el solicitante también ha buscado y obtenido clemencia de esa jurisdicción"[13].

Igualmente se tiene que en Latinoamérica:

> "Las leyes sobre competencia en la región suelen proporcionar una estricta protección de la confidencialidad de los solicitantes de clemencia, tanto en lo que se refiere a su identidad como a las pruebas presentadas al amparo del programa. Por ejemplo, Brasil, Colombia, México y Panamá disponen de normas que protegen la identidad del solicitante. Por otra parte, Brasil y Panamá tienen una normativa que dispone que la información (pruebas) que presenta el solicitante como parte del acuerdo de clemencia será considerada como confidencial. Las directrices mexicanas sobre clemencia de 2013 también disponen que las pruebas no serán reveladas a otros

[12] Ibíd. P 10.
[13] U.S. Department of Justice. "A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program". August 12, 2003. P. 10. Traducción propia.

> organismos internacionales o a terceros, a menos que lo autorice el solicitante"[14].

No cabe duda entonces de que la confidencialidad de la información que se suministre resulta relevante para las autoridades y aún más para los solicitantes de los programas de delación, quienes de lo contrario podrían no animarse a delatar.

1.2 LA EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

Para que los programas de delación puedan funcionar y sean efectivos, no es suficiente el otorgamiento de beneficios a los delatores, sino que debe haber una posibilidad real de que el cartel sea detectado y por ende sancionado.

Así, se ha señalado que existen tres elementos para que los programas puedan ser eficaces: "i) una alta probabilidad de detección; ii) sanciones significativas; y iii) la seguridad jurídica y la transparencia"[15].

Para que pueda existir una alta probabilidad de detección de los carteles es necesario que la autoridad nacional en materia de libre competencia demuestre su compromiso con llevar a cabo investigaciones para detectar y sancionar carteles que estén restringiendo la competencia. De este modo, "los que participan en carteles deben perciben que, primero, existe un riesgo real de detección y que, segundo, en la ausencia de una solicitud de clemencia, de manera segura seguirán acciones de cumplimiento e imposición de sanciones. Esto animará a los participantes del cartel a delatar antes de que sean atrapados"[16].

En lo que refiere a las sanciones significativas, se estima que los miembros del cartel deben ver como sumamente graves en términos económicos el hecho de ser

[14] OCDE. Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas. Ciudad de México. 2016. P. 17.
[15] International Competition Network. Anti-cartel enforcement manual. Chapter 2: Draftin and implementing an effective leniency policy. 2014. P. 5. Traducción propia. http://old.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf
[16] Ibíd. P. 5.

sancionados, de tal manera que resulte más atractivo delatar y dar fin al cartel, que continuar con este y asumir la multa. Si las sanciones a imponer son irrisorias, delatar el cartel no representaría nada a las empresas y personas naturales cartelizadas, pues en últimas el pago de la multa no representará mayor impacto económico para su organización.

Finalmente, la seguridad jurídica y la transparencia aluden a las políticas de delación existentes, en la medida en que las mismas dejen claro al solicitante cuáles serán las consecuencias de someterse a esta y cuáles serían si no lo hace. "Por lo tanto, las agencias de competencia deben asegurarse de que sus políticas de clemencia sean claras, exhaustivas, regularmente actualizadas, publicadas adecuadamente, aplicadas coherentemente y lo suficientemente atractivas para los aplicantes en los términos de las recompensas que puedan otorgarse"[17].

En resumen, no es suficiente el otorgamiento de exenciones económicas, sino que debe existir un verdadero riesgo de que el cartel pueda ser detectado por la autoridad competente y que, además, las políticas de clemencia que hayan sido adoptadas dentro de los distintos ordenamientos sean cumplidas por la autoridad y hayan sido claras para quienes soliciten acogerse a ellas de tal manera que se puedan dimensionar las consecuencias.

1.3 LOS BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

Teniendo claros aquellos elementos esenciales que pueden observarse en todos, o al menos la mayoría de los programas de delación, pasaremos a revisar si en efecto este tipo de programas ha generado o no beneficios respecto del desmantelamiento de carteles, y si existen consecuencias adversas a la aplicación de estos.

[17] International Competition Network. Anti-cartel enforcement manual. Chapter 2: Draftin and implementing an effective leniency policy. 2014. P. 6. Traducción propia. http://old.international competitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf

1.3.1 Los beneficios

En cuanto a los beneficios que los programas de delación generan para la autoridad de libre competencia y más propiamente para el ordenamiento, estos pueden resumirse así:

> "Las autoridades de defensa de la competencia se benefician de los programas de clemencia porque: i) aumentan la disuasión al hacer menos atractiva la pertenencia al cártel; ii) hacen que la detección del cártel sea más sencilla y rentable; iii) permiten que el organismo encargado de perseguirlos pueda recoger importantes elementos de prueba (pruebas irrefutables, en varios casos) que conducen a la persecución efectiva de otros participantes en el cártel; y iv) aumentan la experiencia del organismo en la detección de cárteles, ya que proporcionan información a los funcionarios públicos sobre su funcionamiento"[18].

La detección de cartel de hace más fácil precisamente porque al momento de este formarse, las partes hacen todo lo posible porque no se conozca en virtud de su ilegalidad, razón por cual emplearán estrategias y mecanismos idóneos para mantener en secreto la existencia del cartel. En ese sentido, es que el hecho de que uno o varios de los miembros de un cartel delaten, permiten de una forma más sencilla el poder desmantelarlos.

Esto se ve complementado con el hecho de que "la Autoridad pueda hacer cumplir las leyes de defensa de la competencia de una forma mucho más eficaz en términos de costo-beneficio, ya que pueden perseguir una conducta sin tener que desplegar recursos de investigación"[19]. Es decir, en términos de economía procesal[20] y administrativa, los programas también resultan atractivos.

---

[18] OCDE. Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas. Ciudad de México. 2016. P. 5.
[19] Ibíd. P. 5.
[20] Al respecto, en el artículo 3 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo de Colombia se estableció que: "En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas".

La doctrina también ha afirmado que:

> "Uno de los beneficios que suele omitirse **es el conocimiento y la experiencia que proporcionan cada uno de los procesos de clemencia al organismo de competencia**. Cuando uno de los miembros del cártel asume una actitud franca y proporciona un historial completo y detallado del cártel como información sobre sus elementos, la forma en que se comunican sus miembros, dónde se reúnen, cómo supervisan el acuerdo y qué medidas han tomado para no ser descubiertos, entre otras cosas; el organismo obtiene información muy valiosa, no solo para ese caso concreto, sino también para futuros casos. **Las investigaciones realizadas con solicitantes de clemencia llevan a que la autoridad pueda adaptar sus técnicas de investigación**"[21].

En sentido similar se encuentra que: "El principal beneficio de un programa de clemencia bien diseñado es que reduce significativamente la dificultad, el tiempo y el costo administrativo de recopilar inteligencia y evidencia de infracciones de carteles. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la clemencia no es un sustituto sino un complemento de otros métodos de recopilación de inteligencia y evidencia de infracciones de carteles"[22].

En ese orden, sin duda alguna el mayor beneficio de los programas es el poder sancionar acuerdos anticompetitivos que afectaron un mercado determinado, que en otra situación habría sido improbable su detección y además desincentivar futuras colusiones, precisamente atendiendo a las consecuencias que las normas prevén para este tipo de conductas. Si como consecuencia de un programa de delación, se impone a los no delatores una multa significativa, las empresas que participan del mercado verán menos atractiva la celebración de acuerdos, pues el análisis de costo-beneficio no sería favorable.

[21] OCDE. Ob. Cit. P. 5.
[22] Wils, Wouter. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years. 2016. P. 26. Traducción propia.

Asimismo, estos programas benefician a las autoridades competentes en la medida de mejorar sus mecanismos de investigación, así, se hace más factible que la autoridad pueda deshacer carteles vigentes, pues ya cuenta con herramientas que hacen esto posible.

1.3.2 Las desventajas

Frente a las desventajas, Baskaran Balasingham ha señalado tres potenciales riesgos relacionados con los programas de delación, a saber: "Primero, dependiendo de su diseño, un programa de clemencia puede causar que los niveles de penalización disminuyan, y, en ciertas circunstancias, incluso facilitar la creación y mantenimiento de carteles. En segundo lugar, los programas de clemencia a veces son criticados por ser ineficaces contra carteles bien organizados. Y por último, el éxito de un programa de clemencia puede ser contraproducente si la aplicación de la ley depende demasiado de esta herramienta de aplicación"[23].

Respecto del primer riesgo señalado, se ha indicado que "(…) la clemencia abre una puerta para que los miembros del cartel adopten estrategias colusorias alternativas para reducir las multas esperadas. En su entorno, las empresas no pueden coludir durante algún tiempo (por ejemplo, debido a un escrutinio minucioso) una vez que el cartel ha sido expuesto; los carteles no pueden coludir e informar sistemáticamente, pero pueden optar por coludir e informar en caso de investigación"[24]

En términos similares se encuentra que "(…) las empresas pueden intentar abusar del programa de clemencia y reducir las multas esperadas que enfrentan, por ejemplo, tomando turnos para denunciar el cartel. En la práctica, uno esperaría que la agencia antimonopolio mantenga a dicha industria bajo un escrutinio minucioso, lo que

[23] Balasingham, Baskaran. Reconciling effectiveness and fairness in the EU Leniency policy. 2016. P. 98. Traducción propia.
[24] Chen, Zhijun; Rey Patrick. On the design of leniency programs. Journal of Law and Economics. Vol. 56. University of Chicago. 2013. P. 920. Traducción propia.

dificulta la colusión durante al menos algún tiempo. Sin embargo, las empresas podrían comenzar a coludir más tarde y volver a solicitar clemencia en algún momento"[25].

Se considera que estas situaciones se ven en mayor medida en los ordenamientos donde se permite más de un delator por cartel, pues los beneficios son más amplios y no se limitan únicamente a un competidor, y además implican amnistía y reducción de multas. Así, "un programa de clemencia podría no solo implicar efectos positivos en la aplicación, sino también negativos. Si las reducciones de inmunidad y penalización se otorgan con demasiada generosidad, el nivel general de disuasión y retribución podría reducirse de manera desproporcionada en comparación con los beneficios, lo que podría tener un impacto negativo en el interés público"[26].

Ahora, frente a la detección de los carteles muy organizados "(s)e ha cuestionado la efectividad de los programas de clemencia considerando que su éxito se podría limitar a los carteles que son relativamente fáciles de detectar. Se dice que los programas tienen una tasa de detección más alta cuando se trata de carteles que están en las etapas tardías de su ciclo de vida, mientras que los carteles más reservados tienden a permanecer sin detectar"[27]

Finalmente, respecto a que la aplicación de las normas sobre libre competencia se limite a la aplicación de los programas de clemencia la opinión ha sido que: "Una vez que una autoridad opera un programa de clemencia exitoso, existe el riesgo de que pueda depender en exceso de ese instrumento en particular. Si la autoridad ya no detecta y procesa a los carteles por sí solo, puede perder su capacidad para hacerlo, o al menos dar a los miembros del cartel la impresión de que depende de las solicitudes de clemencia"[28].

[25] Chen, Zhijun; Rey Patrick. On the design of leniency programs. Journal of Law and Economics. Vol. 56. University of Chicago. 2013. P. 927. Traducción propia.
[26] Balasingham, Baskaran. Reconciling effectiveness and fairness in the EU Leniency policy. 2016. P. 240. Traducción propia.
[27] Ibíd. P. 101. Traducción propia.
[28] Ibíd. P. 100. Traducción propia.

En medida de lo expuesto en este punto, casi que se encuentra un riesgo por cada beneficio de la aplicación de los programas de delación. En ese sentido, recae sobre las autoridades de libre competencia y los legisladores de cada país, el encontrar un equilibrio en la incorporación y aplicación de estos programas, pues, un exceso en su aplicación o una aplicación inadecuada podría generar el efecto adverso por el cual fueron precisamente creados.

Por ejemplo, las autoridades nacionales o incluso comunitarias –en caso de existir programas de delación en esta esfer – deben aprender y potencializar al máximo el conocimiento adquirido en virtud de una solicitud de delación, con el fin de más adelante poder desmantelar carteles sin la ayuda de sus miembros, sino en pleno uso de la ley y las potestades que para eso tiene, logrando precisamente enviar el mensaje de que coludirse será cada vez más menos benéfico, pues la autoridad tiene capacidad y conocimiento suficiente para terminar el acuerdo de manera totalmente independiente.

1.3 DERECHO COMPARADO

1.3.1 El programa de clemencia de los Estados Unidos

El primer programa de delación de la historia surgió en Estados Unidos en el año 1978, bajo el título de política de clemencia corporativa. Sin embargo, se tiene que el impacto de este programa no fue mayor, pues por mucho se logró su aplicación una vez por año, razón por la cual en 1993 esta política fue modificada por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Así, las principales modificaciones hechas a la política de 1978 consistieron en:

> "Primero, se modificó la política para garantizar que la amnistía sea automática si no hay una investigación previa. Es decir, si una compañía se presenta antes de una investigación y cumple con los requisitos del

> programa, la concesión de la amnistía es segura y no está sujeta al ejercicio de la discreción procesal. En segundo lugar, la División creó una amnistía alternativa, en virtud de la cual la amnistía está disponible, incluso si la compañía comienza después de una investigación en curso. Tercero, si una compañía califica para una amnistía automática, entonces todos los directores, oficiales y empleados que se presenten con la compañía y acuerden cooperar también recibirán una amnistía automática"[29].

Así, en esta política existen dos tipos de amnistía: (i) una automática que se da cuando la persona acude a la autoridad y brinda información sin que esta hubiere iniciado investigación alguna y; (ii) aquella que se da cuando ya la autoridad ha recibido información sobre la existencia del cartel, sin importar si ya inició una investigación.

Igualmente se debe recalcar que en esta política solo una empresa puede verse beneficiada, así se ha señalado que: "Bajo la clemencia tipo A y la clemencia tipo B, solo la primera compañía que califique se le puede otorgar clemencia por una conducta anticompetitiva específica"[30]. Calificación se puede otorgar clemencia a una corporación para una conspiración antimonopolio particular.

Es decir, como se explicará más adelante, la política estadounidense dista del programa de beneficios por colaboración colombiano, donde más de un miembro puede solicitar acogerse al programa y por ende conforme al orden de llegada se determinará el beneficio a recibir.

Asimismo, al momento de acogerse a la política de clemencia corporativa, el delator debe admitir su participación en una conducta antimonopolio, es decir, se declara responsable ante la autoridad.

[29] U.S. Department of Justice. "The corporate leniency policy: answers to recurring questions". April 1, 1998. P. 2. Traducción propia.

[30] U.S. Department of Justice. "Frequently asked questions about the antitrust division's leniency programand model leniency letters". January 26, 2017. P 5. Traducción propia.

2. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

2.1 LOS ORÍGENES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERIO

En 1960 a través del decreto 1653 se creó la Superintendencia de Regulación Económica, cuyas funciones eran principalmente: "estudiar y aprobar con criterio económico y técnico, las tarifas y reglamentos de servicios públicos como energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y similares, y las tarifas de los espectáculos públicos, de los cines y de los hoteles"[31]. No obstante, de manera adicional, esta Superintendencia tenía la competencia para llevar a cabo investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia contenidas en la ley 155 de 1959[32].

De manera posterior, en 1968 la Superintendencia de Regulación Económica desaparece, y a través del decreto 2562 del mismo año es creada la Superintendencia Nacional de Precios, que se encontraba adscrita al Ministerio de Fomento. Sin embargo, en el mismo año, a través del decreto 2974 el Ministerio del Fomento pasa a llamarse Ministerio de Desarrollo Económico, y se crea la Superintendencia de Industria y Comercio[33], en adelante SIC, aunque no le fueron asignadas las funciones relacionadas con prácticas restrictivas contenidas en la ley 155.

A través del decreto 2153 de 1992 se establecieron las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, encontrando dentro de estas el:

[31] Superintendencia de Industria y Comercio. Historia. Obtenido de: https://www.sic.gov.co/historia
[32] Decreto 1653 de 1960. Artículo 3: Adscríbense a la Superintendencia de Regulación Económica las funciones que le señala al Ministerio de Fomento la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, con excepción de las consagradas en el artículo 3 de dicha Ley
[33] Decreto 2974 de 1968. Artículo 25: Créase la Superintendencia de Industria y Comercio adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico y encargada de cumplir las funciones de vigilancia y control que de acuerdo con las normas vigentes corresponden al Ministerio de Fomento.

> "velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios: que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios"[34] e "imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia"[35].

Asimismo, el mismo decreto contiene gran parte del derecho sustancial de libre competencia, pues en él se establecieron las conductas que se consideran como restrictivas de la competencia – aparte de la contenida en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 – a saber, se definió qué es conducta, acuerdo, acto y posición dominante, e igualmente se enlistaron los acuerdos y actos que se consideran restrictivos de la competencia, se establecieron los casos en que se abusa de la posición de dominio, e igualmente se establecieron excepciones, es decir, las situaciones frente a las cuales la ley no considera que se esté restringiendo la libre competencia.

De igual modo, en este decreto se fijó el procedimiento administrativo que debería llevar a cabo la SIC ante las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, como pasará a observarse, en el año 2009 a través de la ley 1340, se llevó a cabo una reforma al régimen de libre competencia que hasta el momento existía en el ordenamiento colombiano.

[34] Decreto 2153 de 1992. Artículo 2.
[35] Ibídem.

2.2 LA LEY 1340 DE 2009

Con la reforma al régimen libre competencia dada a través de la ley 1340 de 2009, se estableció que la SIC sería la única autoridad en materia de protección de la competencia en Colombia. Así, en el artículo 6 de esta ley se dispuso: "La Superintendencia de Industria y Comercio **conocerá en forma privativa** de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal"[36].

Esto cobra relevancia teniendo en cuenta que anteriormente eran múltiples las autoridades que tenían competencia para llevar a cabo procedimientos relacionados con la libre competencia. Se tiene que, antes de la ley 1340 "La autoridad, que era titular de la competencia residual fue la SIC, quien era la encargada de adelantar todos los procedimientos por libre competencia que no habían sido asignados a otra autoridad. Entre las autoridades que tenían competencias asignadas en materia de libre competencia se encontraban: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Superintendencia de Puertos y Transporte, Superintendencia Financiera, Aeronáutica Civil. etc."[37].

Ahora, esta distribución de la competencia en materia de libre competencia no estaba teniendo resultados favorables teniendo en cuenta que:

> "(…) que algunas de las agencias de competencia no desarrollaron una actividad intensa y preocupada por la libre competencia, al igual que no se promovía una abogacía de la competencia para los sectores especializados. Con ello, las políticas de competencia quedaban relegadas frente a otras funciones que ejercían los órganos de control. Esto puede comprobarse

[36] Ley 1340 de 2009. Artículo 6.
[37] Uribe, Carlos. Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2009.

> mediante el poco personal especializado que se destinaba a estas funciones y el número de investigaciones y casos que fueron resueltos por autoridades diferentes a la SIC"[38].

Asimismo, en el artículo 3 de la ley, se hizo una modificación al artículo 2 del decreto 2153 de 1992 y se estableció que propósitos en materia de libre competencia serían: "Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: **la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica**"[39]. (negrilla fuera de texto)

En el mismo artículo, se estableció el siguiente parágrafo: "La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta".

2.3 POTESTADES EN MATERIA DE COMPETENCIA

Ahora, en materia de competencia, la SIC tiene la potestad para de oficio o a solicitud de parte abrir investigaciones contra las personas jurídicas y naturales que presuntamente estén infringiendo el régimen de libre competencia colombiano. En ese sentido, en el numeral 16 del artículo 1 del decreto 4886 de 2011, se estableció como una de las funciones de la SIC: "Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal que afecten el interés general y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.".

[38] Ibídem.
[39] Ley 1340 de 2009. Artículo 3.

En el artículo 52 se previó el procedimiento administrativo sancionatorio que debe llevar a cabo la SIC para: (i) iniciar una averiguación preliminar, (ii) abrir investigación, (iii) decidir si sancionar o archivar. El procedimiento descrito en la norma precedente mencionada se encuentra complementado por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y el código general del proceso en lo que cada uno resulte aplicable.

Ahora, en caso de que la SIC decidiera sancionar a las personas investigadas, se encuentra que tiene la potestad para la imposición de multas que, en el caso de las personas jurídicas son impuestas "por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías"[40] y en el caso de las personas naturales se imponen colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen[41]

Finalmente, con la ley 1340 de 2009 se introdujeron las figuras del programa de beneficios por colaboración y el ofrecimiento de garantías. Para el presente trabajo investigativo, resulta relevante el programa de beneficios por colaboración que pasaremos a analizar.

[40] Ibídem. Artículo 25.
[41] Ibídem. Artículo 26.

2.4 EL PROGRAMA EN BENEFICIOS POR COLABORACIÓN

Una de las grandes novedades en el régimen de protección de la competencia sin duda alguna fue el programa de beneficios por colaboración contenido en el artículo 14 de la ley 1340. En virtud de este programa, las personas naturales o jurídicas que hayan sido partícipes en una conducta restrictiva de la competencia podrían acudir a la SIC con el fin de brindar información – que implica establecer los partícipes de la conducta – y pruebas que permitan establecer condiciones de tiempo, modo y lugar, así como la afectación que la conducta pudo haber generado dentro del mercado.

Por brindar esta colaboración a la autoridad, la persona o personas delatoras, si bien admiten su responsabilidad y en la respectiva resolución esta se vería plasmada, encuentran como beneficio el poder exonerarse total o parcialmente de la multa de la que serían objeto. Se entiende que el determinar si la exoneración es total o parcial depende del orden en que la persona llegue a delatar, pues si fue el primero en hacerlo, su exoneración podría ser total, pero si es el segundo o tercero, el porcentaje de exoneración variaría.

Asimismo, como ya pasaremos a explicar, para que el beneficio efectivamente sea obtenido, es necesario que las personas brinden una colaboración total a la SIC a lo largo del procedimiento, teniendo en cuenta que con informar y brindar pruebas en un primer momento no es suficiente.

En relación con el programa, la SIC ha afirmado que: "(…) para un adecuado funcionamiento del programa de delación y lograr que este brinde los resultados esperados, se requiere conjugar una serie de elementos, en la medida que se trata de un sistema de beneficios, compensaciones o recompensas, por lo que la decisión de delatar debe representarle un beneficio real al delator, esto es, debe existir un sistema de incentivos que induzca al presunto cartelista a participar activamente en el programa. En primer lugar, se deben contar con unas sanciones lo suficientemente disuasorias

para que al momento de realizar un típico análisis de costo-beneficio, el resultado sea en favor de colaborar con la autoridad. Como complemento de lo anterior, el cartel debe tener un riesgo real de detección y sanción lo cual está íntimamente asociado con las facultades con que cuenta la autoridad de competencia y con la fortaleza institucional de la misma. Finalmente, el tercer elemento clave para el éxito del programa de delación estriba en la transparencia y seguridad jurídica para sus aplicantes"[42].

En síntesis, se encuentra que la ley colombiana cuenta con los elementos esenciales de todo programa de delación ya explicados, así: existen incentivos para los miembros del cartel, como lo son la exoneración total o parcial, existen unos requisitos, como lo son brindar información y pruebas, y también se establece el tipo de información. Igualmente, la autoridad en materia de libre competencia colombiana tiene claros cuáles son los elementos que permiten la eficacia del programa. No obstante, el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 no contiene la totalidad de elementos necesarios para entender con absoluta claridad el programa, razón por la cual fue necesario su reglamentación, tal como pasaremos a explicar.

2.4.1 El decreto 1523 de 2015

A través del decreto 1523 de 2015 se establecieron las condiciones y forma en que la SIC otorgaría a las personas los beneficios por colaborar con la autoridad, diciendo que específicamente que esto se da frente a acuerdos. Es decir, frente a las conductas que se consideran unilaterales, como lo son los actos y abuso de posición dominante, no cabría el delatar.

Ahora, en el decreto se reglamentó: (i) el orden de prelación para obtener los beneficios; (ii) oportunidad para presentar la solicitud; (iii) requisitos para marcar el

[42] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016, Resolución 54403 de 2016, Resolución 39386 de 2019.

momento de entrada al programa; (iv) requisitos para suscribir el convenio de beneficios por colaboración; (v) los casos en que se pierden los beneficios, entre otros. De conformidad con la norma, la primera persona que presente su solicitud para acoger al programa tendrá una exoneración del 100% de la multa, la segunda podrá tener una reducción entre el 30% y 50%, y el tercero o demás solicitantes podrá obtener una reducción hasta del 25%[43]. Se entiende que solo se les otorgará el beneficio a los delatores posteriores cuando la información y pruebas que aporten tengan un valor agregado respecto de las que ya obran en el expediente.

En el artículo 2.2.2.29.2.5. del decreto se previó que: "Las solicitudes de beneficios por colaboración podrán presentarse hasta antes del vencimiento del término de los veinte (20) días para descorrer el traslado del pliego de cargos y solicitar o aportar pruebas dentro de la investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia". Esta limitación es importante, toda vez que el artículo 14 de la ley 1340 no lo estableció, lo que podría llevar a pensar que no existía un límite para presentar la solicitud correspondiente.

Ahora, se entiende que la persona entra al programa de beneficios por colaboración una vez haya hecho la solicitud para ser parte, solicitud que implica reconocer la participación en el cartel, y suministrar información sobre la existencia del acuerdo, cómo funciono, qué producto o productos se vieron afectados y quiénes participaron[44].

Esta solicitud podrá hacerse por escrito, de manera presencial o por correo electrónico ante el funcionario competente de la SIC. Una vez se haya hecho la solicitud, y el funcionario haya certificado que la misma cumple con los requisitos exigidos, así lo informará al solicitante, informando al tiempo la posición en que se encuentra la persona dentro el programa.

[43] Decreto 1523 de 2015. Artículo 2.2.2.29.2.2.
[44] Ibídem. Artículo 2.2.2.29.2.3.

De manera posterior, el solicitante y el funcionario competente suscribirán el Convenio de Beneficios por Colaboración, siempre que el solicitante, además de haber reconocido su participación y brindar información – como ya se había mencionado –, atienda los requerimientos e instrucciones que la SIC haya impartido, y termine su participación en el acuerdo.

Finalmente, se entiende que no es suficiente con haber cumplido estos requisitos iniciales para poder obtener los beneficios ya descritos, pues, a lo largo del procedimiento existen ciertos lineamientos que deben ser atendidos por quienes se hicieron parte del programa, so pena de no recibir, al momento de la resolución que da fin a la investigación, los beneficios esperamos. Así, en el artículo 2.2.2.29.3.1. del decreto, se encuentra que los beneficios se perderán:

> "1. Cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración.
>
> 2. Cuando el delator no facilite la práctica de testimonios de sus empleados o administradores.
>
> 3. Cuando el delator desatienda los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio para la comprobación o ratificación de la información suministrada y los hechos reconocidos.
>
> 4. Cuando el delator destruya, altere u obstaculice el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.
>
> 5. Cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia; y
>
> 6. Cuando el delator incumpla cualquiera de las obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración"[45].

Al respecto, la SIC ha señalado que "(…) quien se acoja al Programa de Beneficios por Colaboración deberá actuar de buena fe en lo que respecta al material probatorio que

[45] Ibídem. Artículo 2.2.2.29.3.1.

tenga en su poder, absteniéndose de destruir, alterar u ocultar la información que posea y con incidencia en la práctica anticompetitiva investigada"[46].

Se concluye entonces que en Colombia se ha implementado un programa de delación o clemencia que permite que más de una persona se acoja y brinde información y pruebas suficientes, otorgando desde una exoneración total hasta una reducción de mínimo el 25% de la multa, pero que para obtener de manera efectiva el beneficio se deben atender unos deberes de conducta hasta el final de la actuación.

[46] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016.

3. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

3.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

En 1969 en la ciudad de Bogotá D.C., se suscribió el Acuerdo de Integración Subregional Andino (en adelante Acuerdo de Cartagena), en virtud del cual, los países de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú[47] fijaron como objetivos: "(…) el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano"[48]. Frente a la importación que tiene el derecho comunitario, el Tribunal Andino de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

> **"**El fenómeno comunitario entre nosotros nos muestra a los Estados de la región latinoamericana y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus poderes soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo. Deciden de consuno acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común.
>
> En este proceso las naciones, más que limitar su soberanía, lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder soberano, es delegar parte de sus competencias, transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria. Ello ocurre en materias como el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
>
> La manifestación soberana expresada en los tratados de integración, al derivarse del ejercicio del poder estatal en democracias representativas -

[47] En relación con los países miembros se debe especificar que en el año de 1973 Venezuela suscribió el acuerdo, y por su parte Chile se retiró del mismo en 1976. En esa medida, en la actualidad los miembros de la comunidad son: Bolivia, Colombia, Ecuador, y Perú. .
[48] Acuerdo de Cartagena. Artículo 1.

> concretamente y en especial en el Grupo Andino- crea un ordenamiento jurídico básico, que, por su efecto directo, pasa a ser compartido por los países integrantes y por sus nacionales. De esta manera, tanto los países como sus ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos, como consecuencia del "efecto de aplicación directa" de la norma comunitaria. Tal característica lo hace distinguible del derecho internacional en el exacto sentido de que, si bien no es extraño a éste, constituye en cambio la regla en el derecho comunitario, pudiendo los particulares hacerlos valer directamente"[49]

En ese sentido, el derecho comunitario cobra fuerza toda vez que los países se unen para cumplir unos fines comunes, y que para tal fin ceden parte de su autonomía a nuevas autoridades, que se encargaran de resolver cuestiones a atinentes a ciertos supuestos de hecho, que fueron igualmente creados por los mismos miembros de la comunidad.

Ahora bien, en el referido Acuerdo de Cartagena se fijaron los órganos e instituciones que conforman el sistema de integración andina, encontrando dentro de estas la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante SGCAN).

La SGCAN "es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. La Secretaría General otorgará apoyo técnico, cuando corresponda, a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración"[50], de manera seguida, se especifica que este órgano se expresará a través de resoluciones.

Asimismo, y como complemento a lo anterior, se estableció en el Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformando por: "a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones

[49] Tribunal Andino de Justicia. Proceso No. 1-IP-96. Sentencia del 9 de diciembre de 1996.
[50] Acuerdo de Cartagena. Artículo 29.

del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) **Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina**; y e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina"[51]. (negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en el artículo 3 de este mismo Tratado se previó que "(…) las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior"[52].

Ahora bien, para el presente trabajo de investigación resulta de gran importancia determinar las competencias que en materia de libre competencia tienen los órganos de la Comunidad Andina, encontrando que de conformidad con el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena: "Antes del 31 de diciembre de 1971 **la Comisión adoptará**, a propuesta de la Secretaría General, **las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión**, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien"[53] (negrilla fuera de texto).

La norma anteriormente transcrita, permite ver cómo a través del acuerdo se puso en cabeza de la Comisión el expedir la norma o normas pertinentes para prevenir o corregir

[51] Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 1.
[52] Ibíd. Artículo 3.
[53] Acuerdo de Cartagena. Artículo 93.

prácticas que distorsionen en el mercado, y a su vez, se le otorgó a la SGCAN la competencia para conocer de las denuncias que en virtud de dichas normas pudiesen hacerse.

En ese sentido, y dando cumplimiento al artículo 93, en el año 1971 se adoptó la Decisión 45 "sobre normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, entre las cuales se consideraban las prácticas de *dumping* y subvenciones, las restricciones a las exportaciones, y las prácticas respectivas de la libre competencia"[54].

La decisión 45 fue sustituida por la Decisión 230 en 1987, la cual "(…) introdujo la relación de causalidad entre las prácticas y el perjuicio, además de procedimientos más específicos para la aplicación de estas normas"[55].

Para 1991 se aprueba la Decisión 285 "(…) sobre normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia (…)"[56]. Finalmente, en el año 2005 es aprobada la decisión 608, que pasaremos a analizar.

3.2 LA DECISIÓN 608 DE 2005

La decisión 608 fue creada en el 2005 "Para proteger y promover el proceso competitivo, se debe tratar de eliminar toda restricción que lo obstaculice o cree barreras de acceso a los mercados. Asimismo, se debe asegurar el ingreso y permanencia de competidores en los mercados para garantizar que el comercio

[54] La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la comunidad andina. Graciela Ortiz Origgi. Themis 42. 155.
[55] Ibídem.
[56] Ibídem.

intrasubregional se dé sin problemas. Cuando sea el caso, prevenir el establecimiento de obstáculos al acceso al mercado por parte de entidades públicas o privadas"[57].

Así, en el artículo 2 de la Decisión 608 se estableció que el objetivo de esta es "la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores"[58].

A lo largo de la decisión se establecieron las conductas que serían objeto de investigación y sanción, el ámbito de aplicación de la Decisión, el órgano que tendría competencia para investigar, el procedimiento, las multas a imponer y adicionalmente creó el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, cuyas competencias serán explicadas más adelante.

3.2.1 Conductas prohibidas

En relación con las conductas objeto de investigación, en la Decisión se prohíben acuerdos anticompetitivos y el abuso de la posición de dominio. En específico se prohíben los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: "a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; c) Repartir el mercado de bienes o servicios; d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral"[59].

[57] Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Guía práctica para la aplicación de la decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina". 2007.
[58] Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 608 de 2005. Artículo 2.
[59] Ibíd. Artículo 7.

3.2.2 Ámbito de aplicación subjetivo

En el artículo 1 de la decisión, donde se establecieron las definiciones de la misma, se definió agente económico como "toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicio en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen"[60].

Al respecto, la SGCAN señaló que: "La norma andina no reduce su aplicación exclusivamente a los agentes comerciales, o empresas de los Estados cuando ejercen una actividad comercial, sino también a aquellas personas o instituciones que a través de sus actos puedan llegar a realizar una conducta restrictiva".

3.2.3 Ámbito de aplicación objetivo de la decisión y órgano competente

Asimismo, se especifica que la Decisión será aplicable siempre que las conductas – acuerdos o abuso de posición de dominio – se hayan practicado en:

> "a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
>
> b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.
>
> Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros"[61].

En la guía práctica para la aplicación de la decisión 608, se explica a través de las siguientes ilustraciones el ámbito de aplicación objetivo:

[60] Ibíd. Artículo 1.
[61] Ibíd. Artículo 5.

Ilustración 1[62]: Práctica originada en un País Miembro con efecto en uno o más Países Miembros

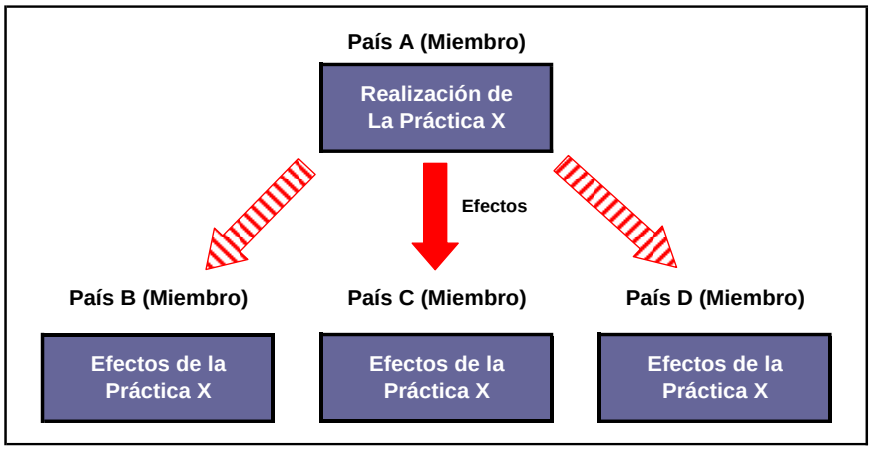
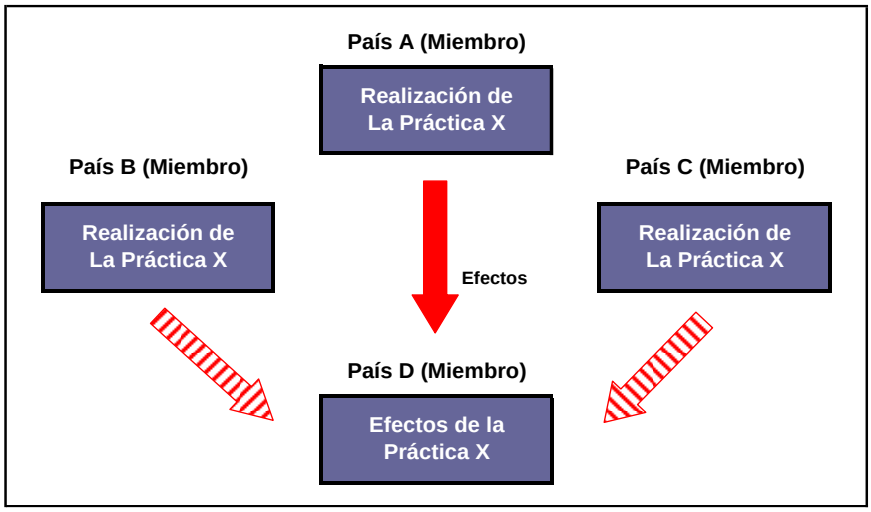
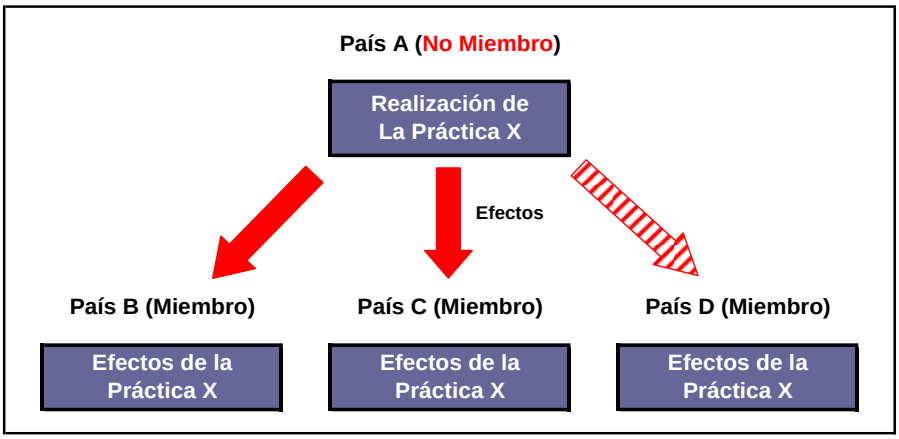


Ilustración 2[63]: Práctica originada en varios Países Miembros con efecto en un País Miembro



[62] Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Guía práctica para la aplicación de la decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina". 2007. Pág. 8.
[63] Ibíd. Pág. 8.

Ilustración 3[64]: Práctica originada en un País No Miembro con efecto en dos o más Países Miembros



Ahora, en materia de libre competencia, el órgano de la Comunidad Andina que conocerá de las denuncias sobre prácticas restrictivas será la SGCAN, en esa medida, y conforme a lo anterior, para que se active la competencia de este órgano es necesario que la conducta tenga origen en un país – que puede ser miembro o no de la comunidad – y que la misma produzca efectos en otro u otros. Así, en caso de que la conducta tenga un origen en determinado país y los efectos se produzcan en ese mismo, la competencia de la autoridad nacional se verá intacta.

3.2.4 Procedimiento

Ante la ocurrencia de alguna las conductas prohibidas por la Decisión, la SGCAN podrá iniciar una investigación de oficio o "a solicitud de parte de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades"[65]

[64] Ibíd. Pág. 8.
[65] Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 608 de 2005. Artículo 10.

La solicitud presentada deberá incluir: (i) la información del solicitante, es decir, identificación, teléfono, dirección, y correo electrónico; (ii) una descripción de la conducta que presuntamente fue cometida y la duración de la misma; (iii) los involucrados en la conducta – con la información correspondiente, a saber: nombres, direcciones, teléfonos, correos electrónicos, nombres de sus representantes legales – y la relación entre estos; (iv) los bienes que fueron objeto de la conducta; y (v) los elementos de prueba que el solicitante tenga a su alcance.

Para que la SGCAN profiera resolución de apertura de investigación, es necesario que la solicitud cumpla con la totalidad de los requisitos exigidos por la decisión, es decir, que se cumpla el ámbito de aplicación, que se trate de una de las conductas prohibidas, que se haya brindado la información descrita en el párrafo anterior, y finalmente que no haya operado el término de prescripción previsto en el artículo 43 de la Decisión: "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"[66]. En la resolución se especificará el plazo que tienen las presuntas infractoras para presentar información, alegatos y pruebas.

Una vez se haya publicado en la gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena la resolución de apertura, la SGCAN informará a las autoridades de competencia de los países donde haya surgido o haya producido efectos la conducta, con el fin de que estas lleven a cabo investigaciones que permitan determinar la existencia de la conducta.

Asimismo, la SGCAN junto con las autoridades de competencia a quienes pida su cooperación "elaborarán el Plan de Investigación el cual indicará, entre otros, el tipo de acciones a ser tomadas, el cronograma sugerido, los agentes económicos a los cuales estarán dirigidas tales acciones, los elementos y características de la conducta, e

[66] Ibíd. Artículo 43.

información disponible de los bienes o servicios y área geográfica que pudieran estar afectados"[67].

En ese sentido, se lleva a cabo una investigación conjunta entre la SGCAN y las autoridades nacionales correspondientes. Una vez finalizada la etapa investigativa y de recolección de pruebas, la SGCAN deberá elaborar un informe sobre los resultados de la investigación, el cual será remitido a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, a las autoridades que hubieren cooperado y a las partes del proceso.

Una vez remitido el informe las partes podrán presentar alegatos, los cuales a su vez serán remitidos al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, para que esté presente un informe o recomendación a la SGCAN.

Finalmente, la SGCAN emitirá la resolución motivada, donde deberá indicar si acoge o no la recomendación del informe que haya remitido el Comité.

3.2.5 Régimen sancionatorio

Ahora, en caso de que en la resolución se encuentre que en efecto las investigadas incurrieron en una conducta prohibida, podría la SGCAN ordenar el cese inmediato de la conducta o aplicar medidas correctivas o sancionatorias.

En caso de que se imponga una multa, esta podrá ser hasta máximo "del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo"[68].

Asimismo, se estableció que para la graduación de las medidas "deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el

[67] Ibíd. Artículo 15.
[68] Ibíd. Artículo 34.

nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas".

3.2.6 El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

Finalmente, en la decisión 608 de 2005 se creó el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia el cual está conformado por las autoridades nacionales en materia de competencia de los países miembros. Este ha sido definido como "(…) un órgano técnico permanente, cuyos objetivos son cumplir con las tareas que le asigna la normativa comunitaria, así como desarrollar cualquier otra acción que coadyuve a la promoción y protección de la competencia en la Comunidad Andina".

Actualmente este comité se encuentra conformado por:

1. La Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo del Estado Plurinacional de Bolivia.
2. La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.
3. Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador
4. El Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú (Indecopi).

4. CASO DE ESTUDIO: CARTEL DEL PAPEL SUAVE

Durante más de una década existieron carteles en los países suramericanos que recayeron sobre productos de consumo básico y masivo. Así, en los últimos años se tuvo conocimiento de carteles que afectaron los mercados de pañales, cuadernos y papeles suaves donde los implicados algunas veces coincidieron.

Como se mencionó en la introducción, el cartel de papeles suaves fue investigado y sancionado por la SGCAN, por el presunto surgimiento del cartel en Colombia, pero con producción de sus efectos en territorio ecuatoriano, dando así el carácter subregional.

En ese sentido, para analizar la totalidad del caso a nivel comunitario, encontramos relevante primero el estudio que se dio del cartel de papeles suaves en el ordenamiento colombiano – teniendo en cuenta que fue uno de los países involucrados en el acuerdo subregional – para de manera posterior estudiar la decisión tomada por el órgano comunitario lo que implica examinar la resolución de apertura de investigación, las recomendaciones de hechas por las autoridades miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, y finalmente la decisión tomada por el Secretario General.

4.1 EL CASO COLOMBIANO: RESOLUCIÓN 31739 DE 2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA

En el año 2016 la SIC sancionó las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante Kimberly), Productos Familia S.A. (en adelante Familia), Papeles Nacionales S.A. (en adelante Papeles Nacionales), C. y P. del R. S.A. (en adelante C. y P. del R) por la existencia de un acuerdo de precios respecto de los siguientes productos: “(i)

papel higiénico; (ii) servilletas; (iii) papel o toallas de cocina; y (iv) pañuelos de cara y manos"[69].

Así, la SIC encontró que las empresas mencionadas "de forma sistemática y permanente fijaron directa e indirectamente los precios del papel higiénico, las servilletas, las toallas de cocina y los pañuelos para manos y cara, determinaron porcentajes y fechas de alzas en los precios, fijaron los descuentos aplicables para estos productos, clasificaron sus clientes de común acuerdo entre ellos para efectos de otorgarles beneficios y descuentos, entre otras conductas reprochables.

A continuación, pasaremos a analizar los puntos más relevantes abordados por la SIC en la resolución 31739 de 2016 a través de las cuales se halló responsables a las empresas.

4.1.1 Duración del cartel

Se encontró que los primeros acercamientos entre Kimberly y Familia se dieron en el año de 1998, sin embargo, no fue sino hasta mediados del año 2000 que las empresas celebraron la primera reunión.

Las reuniones entre las dos empresas continuaron hasta el año 2001, teniendo como fin establecer las formas y medios de fijación de precios. Para finales de este mismo año, Papeles Nacionales se sumó al acuerdo, encontrando entonces para esta fecha: "(i) que los contactos con Papeles Nacionales para acordar precios comenzaron a finales del 2001; (ii) que para ese momento ya existía un acuerdo con compromisos específicos entre Kimberly y Familia, incluyendo aspectos sobre clientes determinados, como Decamerón; y (iii) que desde los inicios del acuerdo se enviaban datos de clientes específicos y se hacían reclamaciones para hacer cumplir lo concertado". Por su parte, C. y P. del R. se vinculó al cartel en el año 2003.

[69] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016.

De conformidad con la totalidad de las pruebas decretadas y practicas dentro de la investigación, se pudo concluir que Kimberly y Familia habían sido miembros del acuerdo desde el año 2000 hasta el año 2013 – año de su finalización -, Papeles Nacionales estuvo vinculada desde el año 2001 hasta el año 2011, y C. y P. del R. estuvo vinculada desde el año 2003 hasta el año 2013.

En ese sentido, se encuentra que el cartel de los papeles suaves en el mercado colombiano tuvo una duración de más de 10 años.

4.1.2 Programa de beneficios por colaboración y conductas

En el presente caso, 3 de las empresas investigadas, a saber: Kimberly, Familia y C. y P. de R. accedieron al programa de beneficios por colaboración.

En el mes de diciembre de 2013 Kimberly hizo la solicitud para ser parte del programa, para lo cual, informó a la SIC: "la existencia de un cartel a través del cual esta empresa, junto con sus competidores, venían manipulando los precios de varios productos de la línea "papeles suaves" (papel higiénico, servilletas, toallas de cocina, toallas parta manos, etc.) en Colombia desde al menos el año 2001 y hasta el 2013". Asimismo, manifestó que: "los acuerdos versaban sobre incrementos porcentuales en las listas de precios, sobre porcentajes de descuentos dependiendo del volumen vendido por cliente, o sobre los precios específicos por producto o por cliente"[70].

Por su parte, el 29 de abril de 2014 Familia solicitó a la SIC ser beneficiara del programa. Para tal fin, manifestó su participación en el acuerdo especificando que el mismo tenía como fin "*estabilizar los precios en los diferentes canales de comercialización del negocio de papeles suaves* (consumo e institucional) *a través de incrementos anuales, de modo tal que se asegurase la recuperación de los costos fijo y variables de la operación*"[71].

[70] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016.
[71] Ibídem. Pág. 50.

Familia manifestó que el cartel habría iniciado aproximadamente a finales de los 90´s y había durado hasta diciembre del año 2012. Adicionalmente, declaró que: (i) "(…) durante el tiempo de operación del cartel, sus miembros se reunían una o dos veces por año para acordar las alzas de precios del año siguiente"[72], y (ii) "(…) que el seguimiento de los precios acordados era realizado por parte de cada empresa a través de inteligencia de mercados, que básicamente consistía en obtener una cotización de la competencia entregada a un cliente. De ello derivaban continuamente reclamaciones por precios cotizados a clientes y a la solicitud de eliminar descuentos. Como represalia por el incumplimiento del acuerdo se amenazaba al co-cartelista que incumpliera con una retaliación comercial en precios o guerra dentro de la misma categoría"[73].

Finalmente, el 13 de agosto de 2014 C. y P. del R. confesó ante la SIC su participación en el cartel de papeles suaves, reconociendo que el cartel habría durado aproximadamente desde el año 2003 hasta el año 2011. Asimismo, afirmó que el objetivo del cartel "(…) era pretender un alza o tendencia al alza en los precios de los productos ofrecidos a consumidores institucionales y finales".

Ahora bien, en el momento en que se dio esta investigación, el decreto que reglamentaba el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 – programa de beneficios por colaboración – era el 2896 de 2010, por lo que los beneficios a obtener por las empresas delatoras serían las siguientes: (i) exoneración total de la multa para Kimberly; (ii) una reducción que podría variar entre el 50% y el 70% del valor de la multa a Familia; y (iii) una reducción de hasta el 30% del valor de la multa a C. y P. del R.

No obstante lo anterior, y teniendo presente que los beneficios pueden perderse, en el análisis final, la SIC encontró que Familia no se había hecho acreedor de los beneficios, toda vez que: "(…) incumplió las obligaciones que le eran exigibles en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, específicamente, por no suministrar toda la

[72] Ibídem.
[73] Ibídem.

información y las pruebas que estaban a su disposición, así como la omisión de los debes de no ocultar información o pruebas sobre el cartel de precios y responder los requerimientos de la Superintendencia de Industria y Comercio para el esclarecimiento de los hechos"[74].

En ese sentido, solo 2 de las empresas delatoras se vieron realmente beneficiadas por el programa, y por su parte, Familia debió asumir la totalidad de la multa impuesta por la SIC.

4.1.3 Mercado relevante

En relación con el mercado relevante señaló la autoridad que en los casos de carteles empresariales "(…) no es necesario definir el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta de cartelización objeto de la investigación. Así, para la autoridad de competencia resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica".

Para el caso bajo estudio, la SIC encontró que el acuerdo celebrado entre las empresas había recaído sobre los mercados de papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañuelos para manos y cara. Especificó la autoridad que los productos antes indicados no son sustitutos entre sí, pero que todos pertenecen al sector de papeles suaves o tisú. Al respecto, en su momento la Delegatura para la Protección de la Competencia especificó: "A pesar de que por su composición físico química podría a simple vista suponerse que entre sí, o con otros artículos pudiese existir sustituibilidad, es el consumidor en su escala de preferencias el que le asigna unas cualidades específicas a cada productos que especializan su uso de tal manera que estos se consideran como mercados de productos separados en tanto que difieren en precios, características físicas y uso final"[75].

[74] Ibídem.
[75] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 69518 de 2014.

En relación con el mercado geográfico, concluyó la SIC que el mercado correspondió a todo el territorio nacional. Ahora bien, se entiende que el acuerdo se dio en dos canales de comercialización: el institucional y el de consumo.

El canal institucional se define como "(…) el dirigido a abastecer el consumo de productos de **papel suave o tisú** fuera del hogar, es decir, el consumo no familiar o doméstico. Para este canal, la demanda está representada por compradores no individuales, esto es, por organizaciones de gran tamaño, con el fin de asistir las necesidades particulares que surgen de su naturaleza colectiva, que se caracterizan por efectuar compras de alto volumen"[76].

Por su parte, el canal de consumo se define como aquel que "(…) corresponde a todo aquel que incluye los productos para el cuidado familiar, los productos de consumo son aquellos que están destinados a ser utilizados y adquiridos por los consumidores, de acuerdo con sus deseos y necesidades, y se pueden utilizar sin proceso industrial adicional, es decir, son adquiridos en última instancia por el consumidor en su forma original para ser consumidos y utilizados en el hogar"[77].

4.1.4 La supuesta falta de competencia de la SIC

En relación con la competencia de la SIC, la empresa Papeles Suaves manifestó en su momento que en virtud del artículo 5 de la Decisión 608 de la CAN la competente para conocer del acuerdo bajo investigación era la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante SGCAN).

Sin embargo, la SIC al momento de analizar dicho argumento encontró que la SGCAN no tenía competencia y que la competencia era solo atribuible a la autoridad colombiana, teniendo en cuenta que:

[76] Ibídem. Pág. 37.
[77] Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016. Pág. 36.

> "(i) Las pruebas sobre el origen del cartel empresarial indican que los primeros contactos se dieron en el Hotel Dann Carlton de Medellín (Colombia), y posteriormente en las oficinas de **KIMBERLY** en esta misma ciudad. Al respecto puede verse la declaración de **MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZÁBAL**.
>
> (ii) Estas primeras reuniones tuvieron como finalidad discutir temas de la industria nacional de papeles suaves, así como del entorno en el que se movían las compañías cartelizadas en el mercado colombiano.
>
> (iii) Todas las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de la celebración, ejecución y cumplimiento de un acuerdo para fijar directa o indirectamente los precios de los papeles suaves en el mercado colombiano. Las listas precios y los descuentos aplicables se referían a precios del mercado colombiano, nunca se mencionaron mercados de papeles suaves de otros países.
>
> (iv) Todas las referencias clientes, distribuidores, cadenas o grandes superficies corresponden a compradores del mercado colombiano.
>
> (v) **C. y P. del R.** es una compañía que solamente opera en el mercado colombiano, lo cual descarta el alcance subregional del acuerdo anticompetitivo que pretende **PAPELES NACIONALES**"[78].

Se encuentra entonces que la SIC analizó en su momento la existencia un posible cartel subregional, donde con las conductas llevadas a cabo en Colombia se hubiesen generado efectos en un territorio distinto al colombiano.

4.2 LA DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO DEL ECUADOR

En el caso ecuatoriano la situación fue un poco distinta a la del territorio colombiano. Así, se conoce que la empresa Kimberly presentó su solicitud para ser parte del programa de exención del pago de la multa ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado del Ecuador (en adelante SCPME).

[78] Ibídem. Pág. 234.

No obstante, luego de evaluar la información obtenida en virtud de la solicitud, al igual que informe recolectada en virtud de una investigación, la autoridad ecuatoriana consideró que las conductas descritas habrían tenido un impacto regional, que implicaba la existencia del acuerdo tanto en Colombia como Ecuador, lo que hacía que esta no fuera la competente para conocer del caso.

En medida de lo anterior, el 20 de octubre de 2016, la SCPME presentó una denuncia ante la SGCAN, con el fin de que esta estudiara "la supuesta existencia de un acuerdo para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves, de conformidad con lo previsto en la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina".

En los puntos subsiguientes, se explican más a fondo qué llevo a la SCPME a denunciar un cartel regional ante la SGCAN, y porqué aportó las pruebas que habría obtenido por parte de Kimberly Ecuador en virtud del programa de exención del pago de la multa.

4.3 LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

4.3.1 Antecedentes – Resolución 1883 de 2016

El 20 de octubre de 2016 la SCPME denunció ante la SGCAN que "las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A. (empresas colombianas), Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A. habrían incurrido en violación del régimen de competencia andino"[79] manifestando que "De los hechos descritos se llega a la presunción que los operadores económicos Kimberly Clark y Familia habrían adecuado su comportamiento en las infracciones tipificadas en los literales a y c del Artículo 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, esto es: a) fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización" y "c) repartir el mercado de bienes o servicios", prácticas anticompetitivas continuas realizadas durante varios años cuyo modo operativo

[79] Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Resolución 1883 de 2016. Pág. 1.

consistía en el acuerdo para la fijación de precios y el reparto de mercado de bienes(…).”[80].

En medida de lo anterior, la SGCAN pasó a analizar que la denuncia cumpliera con los requisitos de admisibilidad ya estudiados en este escrito, encontrando que en efecto se cumplía con esta, razón por la cual inició la investigación contra las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante Kimberly Colombia), Productos Familia S.A. (en adelante Familia Colombia), Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. (en adelante Familia Ecuador) y Kimberly Clark del Ecuador S.A., corriéndoles traslado de la decisión y estableciendo el término para la presentación de sus alegatos, y adicionalmente estableció que las autoridades nacionales que cooperarían en la investigación serían la SIC y la SCPME, pudiendo requerir a las autoridades de Bolivia y Perú.

Teniendo esto presente, pasaremos a analizar los aspectos abordados por la SGCAN en la resolución 1883 de 2016.

4.3.1.1 Sobre el origen y efectos de la conducta

Encontró la SGCAN que la SCPME aportó indicios razonables relacionados con que posiblemente existió un cartel entre empresas colombianas y ecuatorianas – Kimberly y Familia Colombia y Kimberly y Familia Ecuador -, y que el mismo habría generado efectos en los mercados de ambos países, por lo que se activaría la competencia de la SGCAN conforme al ámbito de aplicación objetivo.

4.3.1.2 La presunta práctica realizada

De conformidad con la denuncia presentada por la SCPME presuntamente las empresas mencionadas habrían incurrido en una fijación de precios y una repartición del mercado, tipificados en los literales a y c del artículo 7 de la Decisión 608 de 2005.

[80] Ibíd. Pág. 1.

Manifestó la SCPME en su solicitud, que la SIC había llevado a cabo una investigación por la fijación de precios en la que incurrieron las empresas Kimberly y Familia Colombia – que fue explicado en el punto 4.1. – y consecuentemente había sancionado a las empresas. Frente a esto, encontró la SCPME "coincidencia de hechos, participantes y circunstancias en conductas anticompetitivas que habrían tenido lugar en Colombia, con efectos en Ecuador, por lo que se considera la existencia de una coordinación de los comportamientos de las empresas denunciadas, teniendo como eje rector los hechos fácticos decididos y/o dispuestos en Colombia, materializándose en Ecuador[81]".

4.3.1.3 Descripción de la conducta y su duración

Respecto al período de duración de la conducta la SCPME declaró que tenía evidencia que demuestran que esta pudo desarrollarse entre el año 2000 y el año 2014. No obstante, de conformidad con las pruebas aportadas, la SGCAN señaló en la resolución que: "(…) se deduce de los extractos que se consignan en la presente Resolución, habría iniciado en el año 2002 y persistido hasta al menos febrero de 2014, sin perjuicio de que en la investigación se adviertan o determinen acciones o efectos de fechas anteriores o posteriores"[82].

En relación con la conducta propiamente, considera la SCPME que conforme a los medios de prueba que tiene en su poder y que aportó junto con la solicitud esta "(…) consistía en el acuerdo para la fijación de precios y el reparto de mercado de bienes categorizado por segmentación, se habría realizado durante varios años, teniendo lugar la concertación a fines del año inmediato anterior o en los primeros meses del año al que se afectaba con la fijación y reparto"[83]. Adicionalmente manifestó que al correlacionar los hechos de la investigación llevada a cabo por la SIC, "(…) y, que la coincidencia de hechos, participantes y circunstancias en conductas anticompetitivas

[81] Ibíd. Pág. 7.
[82] Ibíd. Pág. 13.
[83] Ibíd. Pág. 8.

que habrían tenido lugar en Colombia, con efectos en Ecuador, por lo que se considera la existencia de una coordinación de los comportamientos de las empresas denunciadas, teniendo como eje rector los hechos fácticos decididos y/o dispuestos en Colombia, materializados en Ecuador"[84].

Las afirmaciones hechas por la SCPME se basan principalmente en documentos entregados por parte de miembros de Kimberly Ecuador, los cuales están comprendido por declaraciones hechas por trabajadores y extrabajadores de la empresa, resaltando la SGCAN la declaración de Luis Fernando Palacio donde menciona que:

> "- **Desde el año 2000 inició los contactos con Carolina Arenas – responsable de los productos institucionales de FAMILIA para el mercado colombiano** y otros mercados – con relación a los precios de productos institucionales ofrecidos en Colombia;
>
> - En el 2003, Carolina Arenas lo contactó para iniciar la coordinación de precios de productos KCP en Ecuador siendo referida a Adrián Velazco responsable de Ecuador en ese año;
>
> - A partir del año 2006, fue la contraparte de Carolina Arenas en Familia como supervisor del negocio KCP en Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela, con responsabilidad sobre la región andina;
>
> - Desde el 2006 hasta su jubilación en febrero de 2014 (salvo por siete meses en el año 2012) fue el supervisor directo de los directores del negocio KCP en Ecuador, posición que luego fue ocupada por Adrián Velasco, Narda Sánchez y Rafael Hincapié;
>
> - Ocasionalmente Carolina Arenas lo contactaba para quejarse del comportamiento del precio de los productos de Kimberly-Clark en Ecuador, quejas que él redireccionaba a los Directores, exhortándolos a reunirse con las contrapartes de FAMILIA para resolver los conflictos en el mercado; y que,
>
> - En cierta teleconferencia acordó con Carolina Arenas que ambos sostuvieran una llamada con sus subordinados directos en Ecuador para discutir el mejoramiento de los precios en el mercado ecuatoriano e invitarlos a que se reunieran para resolver cualquier diferencia".

[84] Ibíd. Pág. 8.

Con lo dicho hasta acá, se tiene que la presunta conducta restrictiva de la competencia habría durado más de 10 años, siendo concertada en Colombia y produciendo sus efectos en el mercado ecuatoriano.

4.3.1.4 Mercado relevante producto

En la denuncia presentada, se estableció el producto o productos sobre los que habría recaído la conducta restrictiva, determinando que se trata de "productos de papel suave o tisú en especial papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina"[85], como se evidencia, existe una equivalencia con el mercado producto que se vio afectado por el acuerdo celebrado en Colombia.

Las actividades comerciales que se llevan a cabo en torno a estos productos son producción, importación y comercialización. Finalmente, al igual que como ocurrió en la investigación llevada a cabo por la SIC, se determinó en la resolución de apertura de investigación que las empresas competirían en dos grupos de comercialización: canal consumo y canal institucional.

El primero de estos fue definido por la SGCNA en la resolución como: "Productos para cuidado familiar, aseo personal y de hogar, destinados en última instancia por el consumidor final para ser utilizados en el hogar"[86]. El segundo, se definió como aquel que: "En general comprende compradores personas jurídicas que buscan asistir sus necesidades que surgen de la naturaleza propia de las organizaciones de gran tamaño. Se caracterizan por ser compradores de volúmenes grandes, como son instituciones públicas, restaurantes, centros comerciales, instituciones educativas, hoteles y centros de salud"[87].

[85] Solicitud presentada por la SCPME citada en la Resolución 1883 de 2016. Pág. 14.
[86] Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Resolución 1883 de 2016. Pág. 16.
[87] Ibíd. Pág. 17.

4.3.1.5 Prescripción

Finalmente, encontró la SGCAN que la denuncia había sido presentada a tiempo, pues se tenían pruebas de que la conducta se habría extendido hasta finales de 2013, por lo que al momento de la presentación de la denuncia – octubre de 2016 – todavía no habrían pasado los 3 años previstos en el artículo 43 de la Decisión 608.

4.3.2 Las recomendaciones de las autoridades de competencia de los países miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

4.3.2.1 La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia

En virtud de la investigación que se estaba llevando a cabo ante la Secretaría General de la CAN, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad miembro del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, en documento del 4 de mayo de 2018 se pronunció sobre el informe técnico expedido por la SGCAN. En ese sentido, fueron 5 los puntos abordados por la autoridad colombiana, a saber: (i) la validez de las pruebas utilizadas en el informe técnico de la SGCAN; (ii) análisis de la conducta; (iii) el análisis económico realizado por la SGCAN; (iv) la prescripción de la conducta y; (v) la importancia de los programas de beneficios por colaboración.

4.3.2.1.1 La validez de las pruebas utilizadas en el informe técnico de la SGCAN

El primer tema abordado por la autoridad colombiana fue sin duda alguna el de las pruebas en las que se basó la SGCAN para la elaboración del informe, y de manera posterior, las que fueron valoradas por el Secretario General. Al respecto, la SIC señaló que de manera clara se había probado dentro del proceso que las pruebas aportadas por la autoridad ecuatoriana (SCPME) habían sido recolectadas en virtud de la manifestación hecha por Kimberly para exonerarse de la imposición de sanciones a cambio de su cooperación con la autoridad, y que en efecto, las pruebas se encontraban en un expediente de delación o clemencia.

No obstante, a lo largo de toda la resolución 2006 de 2018, la SGCAN hizo énfasis en que no se había demostrado la pertenencia de las pruebas a un expediente de delación,

sino que las mismas se encontraban en un expediente de investigación de la SCPME. En ese sentido, considera la SIC que dichas pruebas no debieron tenerse en cuenta por parte de la SGCAN debido a "las graves consecuencias, de cara al debido proceso y las políticas de lucha de libre competencia de los países andinos, que tendría el usarlas para un propósito ajeno al que fueron confiadas"[88].

Asimismo, critica la Superintendencia la pasividad que tuvo la SGCAN al aceptar dichas pruebas argumentando que las mismas eran válidas únicamente porque a la fecha no existía decisión de autoridad ecuatoriana en la que se hubiera dicho lo contrario, y que, además, no era ella la autoridad competente para pronunciarse sobre dicha legalidad.

Como se expondrá más adelante, la SGCAN no considera en ningún momento que la decisión de tomar como válidas las pruebas trasladadas del programa de delación a la investigación comunitaria tuviera como consecuencia la afectación de la delación o clemencia y los fines de la misma.

Ahora, la SIC también abordó lo referente al principio de la no autoincriminación, el cual fue alegado en repetidas ocasiones por las investigadas, teniendo en cuenta que el informe de la SGCAN se basó en las declaraciones dadas por ex empleados de Kimberly Ecuador e incluso por declaraciones de los representantes legales de esta empresa. Al respecto, afirmó la SIC: "(…) esta Superintendencia destaca que no encuentra razonabilidad en la afirmación de la SGCAN según la cual por el solo hecho de ser **KIMBERLY ECUADOR** y los demás investigados, personas jurídicas y no personas naturales, no son sujetos de derechos como el de no autoincriminación"[89].

[88] Superintendencia de Industria y Comercio. Recomendación de la Superintendencia de Industria y Comercio frente al Informe Técnico expedido por la SGCAN. 4 de mayo de 2018. Bogotá D.C. Pág. 5.
[89] Ibíd. Pág. 5.

Del mismo modo esta autoridad en líneas siguientes, haciendo referencia al derecho de no autoincriminación de Kimberly Ecuador manifestó que la SGCAN "(…) usó la propia confesión de KIMBERLY ECUADOR realizada a través de sus apoderados y representantes legales, lo que evidencia con mayor claridad la violación al debido proceso de la investigada, pues la confesión se presentó con el propósito de obtener beneficios en el marco de un trámite administrativa concreto y una autoridad específica (…)"[90]

Adicionalmente, la autoridad colombiana hizo referencia al argumento dado por la SGCAN referente a que las pruebas aportadas eran válidas y podían valorarse, teniendo en cuenta que la SCPME no había solicitado su confidencialidad. A propósito, señaló la SIC que: (i) la SGCAN tenía la obligación de analizar la naturaleza de las pruebas que son aportadas y; (ii) que en las actas de las declaraciones rendidas por los trabajadores, extrabajadores y representantes de Kimberly Ecuador para el programa de clemencia ecuatoriano se podía leer de manera expresa que: "La presente acta y su respectiva grabación tienen el carácter de confidencial", por lo que la confidencialidad de dichas declaraciones existía desde que fueron rendidas ante la SCPME por lo que no cabía excusa alguna por parte de la autoridad comunitaria.

Por último, la SIC abordó lo referente al derecho de defensa y contradicción que tienen los investigados, toda vez que la SGCAN pretendió extender la conducta objeto de investigación basada únicamente en pruebas económicas, y adicionalmente, hubo declaraciones practicadas de las cuales no participaron las empresas investigadas.

En relación con las pruebas económicas la SIC opinó que: "En este caso tal circunstancia es de suma gravedad, pues realmente la única "prueba" con la que la SGCAN pretende acreditar la supuesta existencia del cartel empresarial hasta 2016 es la evidencia económica, prueba que a hoy no puede valorarse ni controvertirse, por lo

[90] Ibíd. Pág. 6.

que no constituye plena prueba al no haber podido ser objeto de contradicción por parte de las investigadas".[91] En consideración a los testimonios, señaló que "(…) esta Entidad considera que dicha circunstancia vicia también la validez de dichas pruebas, pues tampoco han podido ser objeto de contradicción por parte de los investigados"[92]. Concluyó en este punto la autoridad colombiana afirmando que las pruebas aportadas por la SCPME las había obtenido en virtud de un programa de delación y en esa medida son inválidas, y que el informe económico y las declaraciones practicadas sin la presencia de las investigadas no constituyen plena prueba.

4.3.2.1.2 Análisis de la conducta

Inicia el argumento la SIC sintetizando las consideraciones con base en las cuales la SGCAN concluye la existencia de un acuerdo regional, a saber:

> **"i)** Existe una relación de control entre **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. (**en adelante **KIMBERLY COLOMBIA)** y **KIMBERLY CLARK DEL ECUADOR S.A. (**en adelante **KIMBERLY ECUADOR)** y entre **PRODUCTOS FAMILIA S.A. (**en adelante **FAMILIA COLOMBIA) y PRODUCTOS FAMILIA SANCELA DEL ECUADOR S.A. (**en adelante **FAMILIA ECUADOR).**
>
> **ii)** Las conversaciones cartelistas iniciaron en Colombia con los gerentes con funciones andinas (**LUIS FERNANDO PALACIO GONZÁLEZ** y **MARÍA CAROLINA ARENAS ARISTIZÁBAL**).
>
> **iii)** Los gerentes andinos dieron instrucciones a los gerentes de Ecuador para cartelizarse.
>
> **iv)** Las pruebas económicas realizadas por la **SGCAN** dan cuenta de los efectos reales producidos en Ecuador fruto de la cartelización ocurrida en Colombia"[93].

Argumentó la SIC que las pruebas que obran en el expediente solo pueden permitir concluir la existencia de dos acuerdos distintos, es decir, uno en Colombia y otro en

[91] Ibíd. Págs. 8-9.
[92] Ibíd. Pág. 9.
[93] Ibíd. Págs. 10-11

Ecuador, y no que se haya tratado de un acuerdo que se concertó en un país y produjo efecto en el otro.

Asimismo, puso se presente que: "(i) la sola existencia de control societario no permite concluir que los efectos de un cartel empresarial en el que esté involucrado el controlante se extiendan a todos los mercados en lo que participan sus filiales"[94].

De manera posterior, la autoridad colombiana se refirió a las pruebas que obraban dentro del proceso, haciendo referencia que en la declaración de uno de los funcionarios de Kimberly Ecuador este nunca manifestó que desde Colombia le hubiesen dado instrucción alguna para fijación de precios o que desde este país fuera remitida una lista de precios.

Del mismo modo, hizo mención a la declaración de un funcionario de Kimberly con funciones en Ecuador y Colombia, quien manifestó que solo se había limitado a permitir el contacto entre empresas, pero que nunca había tenido una incidencia en Ecuador y mucho menos afirmó que existiera un acuerdo que involucrara ambos países. En este punto, queremos resaltar la cita expresa que hace la SIC a la declaración rendida por el gerente comercial para el canal institucional de Familia Ecuador, donde manifestó que nunca tuvo una directriz desde Colombia relacionada con los precios y que las decisiones siempre fueron completamente independientes:

[94] Ibíd. Pág. 11.

"***SCPM:*** *(Min. 26:55) ¿Cómo fue que usted llegó a la reunión con Rafael Hincapié?.*

[redacted] *En esa teleconferencia sí hubo una sugerencia de que nos reunamos*

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

[redacted] *Carolina Arenas a mí y el jefe de Rafael. Nos sugirió que nos reuniéramos nosotros acá en Ecuador.*

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

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

SCPM: *(Min. 27:25) Usted nos ha indicado que el mercado como tal aquí es completamente independiente del de Colombia. ¿Nunca tuvo usted alguna directriz respecto de tema de precios?*

[redacted] *No, ¿A qué te refieres específicamente?*

SCPM: *¿Por ejemplo… sabes que, aquí en Colombia estamos tomando esta iniciativa de subir un porcentaje de un 10, en Ecuador tienen que hacer lo mismo… tienen que bajarse o…?*

[redacted] *No, nunca se dio esa disposición.*

SCPM: *¿No? ¿Ninguna? ¿Completamente independiente?*

[redacted] *Completamente Independiente."*

En la misma declaración, que se realizó en sede de la **SCPM** (Ecuador), la **SGCAN** le preguntó a [redacted], en el minuto 43:07, si era Colombia o la Unidad de Negocio Institucional quien fijaba, al menos, los precios de los papeles importados –que representaban menos del 25% de la venta de papel Jumbo en Ecuador–, a lo que [redacted] respondió:

"[redacted] La unidad de negocio no fija ningún precio.

SGCAN: *Tengo entendido que en el mercado colombiano Carolina Arenas era la que fijaba el precio en Colombia y no el director nacional de ventas, entonces por eso tenía la duda de si…*

[redacted] *Excelente duda, yo era la Carolina Arenas del Ecuador. Yo fijaba… yo tomaba todas las decisiones en la parte comercial."*

La declaración anterior se ve complementada con las pruebas obtenidas en la investigación colombiana donde la gerente institucional de Familia Colombia afirmó que con el acuerdo celebrado en Colombia no se habían planteado precios para los productos comercializados en el territorio ecuatoriano.

Concluye la SIC que de las pruebas no es posible inferir que existió un acuerdo de precios regional, sino que por mucho se trató de dos carteles totalmente independientes, y que adicionalmente, las pruebas no permiten evidenciar que el supuesto cartel investigado realmente haya recaído en los productos del canal consumo.

4.3.2.1.3 Análisis económico realizado por la SGCAN

La razón por la cual la SIC se pronuncia respecto al análisis económico realizado por SGCAN es porque es con base en este que la autoridad andina concluye que la conducta restrictiva se extendió hasta el año 2016 y que además produjo efecto en el canal consumo.

Al respecto: "(…) la SIC debe resaltar que, de acuerdo con la doctrina sobre el estándar de prueba para casos de acuerdos anticompetitivos, aún si el mismo tiene la modalidad de paralelismo consciente, **el análisis económico es normalmente en sí mismo insuficiente**, por lo que existe la necesidad de complementarlo con pruebas adicionales, que permitan descartar que el comportamiento de las variables económicas se haya debido a un equilibrio competitivo en el mercado y, por el contrario, que permitan establecer que las mismas fueron resultado de un escenario cooperativo entre las empresas (cartelización)"[95]. (negrilla fuera de texto)

Como complemento a lo anterior, afirmó que no se puede concluir de manera tajante que la existencia de un paralelismo en los precios implica que el mismo sea consciente.

[95] Ibíd. Pág. 20.

De manera posterior, la SIC se pronunció sobre el análisis económico en el canal institucional en los siguientes términos: "(…) la SIC encuentra totalmente equivocado el raciocinio del Informe de la SGCAN al sugerir que, por existir un paralelismo en los precios en el canal institucional en Ecuador, entonces de allí se concluye necesariamente que: (i) el cartel de precios sancionado en Colombia tuvo efectos en el mercado ecuatoriano y, (ii) que la conducta se prolongó hasta 2016". Adicionalmente se cuestiona si la SGCAN consideró el hecho de que en los períodos post cartel debido al aprendizaje que los competidores tuvieron en virtud del cartel, normalmente sus decisiones en el período inmediato a la terminación del acuerdo no son competitivas.

En razón a lo anterior considera que por este simple hecho no es viable que la SGCAN hubiese extendido los efectos que se dieron en el período del año 2006 a 2011, al período de 2012 a 2016, pues no es un medio de prueba suficiente.

4.3.2.1.4 Prescripción de la conducta

Teniendo en cuenta que la denuncia que dio origen a la investigación fue presentada por la SCPME el 20 de octubre de 2016, concluyó la SGCAN tenía competencia para conocer de conductas que se hubiesen realizado hasta el 20 de octubre de 2013.

Como ya mencionó, para la SGCAN existen pruebas que demuestran que la conducta se extendió a más de este tiempo. Frente a la prescripción prevista en el artículo 43 de la Decisión 608, la SGCAN cita una decisión del Tribunal Andino de Justicia – que más adelante se revisará – frente a la cual la SIC considera que este último erró en su interpretación toda vez que "(…) elimina su propósito al confundir la limitación temporal que tiene un tercero para ejercer su derecho de acción (presentar la denuncia) con la facultad de la SGCAN de declarar la existencia de una infracción a la libre competencia subregional"[96].

[96] Ibíd. Pág. 33.

Para la SIC, dentro del expediente solo existen pruebas que permiten acreditar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia hasta el año 2011, sin que sea posible determinar que se está frente a una conducta continuada, razón por la cual la facultad sancionatoria de la SGCAN habría prescrito en el año 2014, siendo un tema aparte el si se estaba o no frente a un cartel regional.

4.3.2.1.5 Importancia de los programas de beneficios por colaboración

Finalmente, la SIC se refirió a la importancia de los programas de clemencia, afirmando que: "Hoy en día, más de 100 jurisdicciones del mundo cuentan con un Programa de Beneficios por Colaboración para la detección de carteles empresariales, existiendo un consenso entre las diferentes autoridades de competencia del mundo, que dicho programa es la herramienta más efectiva en la lucha contra los carteles empresariales"[97].

Para inferir que la recomendación hecha por la SGCAN de sancionar podría poner "(…) en riesgo la continuidad de los programas de beneficios por colaboración en los países de la Comunidad Andina (…)"[98], argumento que encuentra sustento en los puntos anteriormente reseñados.

4.3.2.2 Las recomendaciones de las autoridades que conforman el Comité de Defensa de la Libre competencia

Ahora, frente a las recomendaciones hechas por las demás autoridades miembro del Comité de Defensa de la Libre Competencia, en virtud de la resolución 2006 de 2018 se conoció que las mismas estuvieron divididas, toda vez que el INDECOPI al igual que la SIC recomendó no acoger el Informe Técnico elaborado por la SGCAN planteando argumentos similares a los de la autoridad colombiana.

[97] Ibíd. Pág. 34.
[98] Ibíd. Pág. 36.

Por su parte, las autoridades de Bolivia y Ecuador recomendaron acoger el Informe Técnico, por lo que se concluye que no existió unanimidad dentro del Comité y por lo tanto una recomendación que representara al órgano técnico.

4.3.3 Decisión – Resolución 2006 de 2018

A través de la resolución 2006 de 2018, la SGCAN decidió sancionar a las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Colombia Ecuador por la fijación de precios de conformidad con lo dispuesto en el literal a del artículo 7 de la Decisión 608 de 2005.

La resolución se dividió en 8 grandes puntos: (i) antecedentes; (ii) marco legal; (iii) cuestiones previas; (iv) cuestiones sustantivas; (v) análisis de los efectos reales de la conducta; (vi) análisis sobre la prescripción; (vii) conclusiones y; (viii) medidas correctivas y sancionatorias.

En este punto no se hará referencia a los antecedentes, toda vez que en el punto 5.3.1. se abordó la resolución 1883 de 2016 a través de la cual se inició a la investigación. Asimismo, consideramos que para efectos del presente trabajo de investigación podría resultar innecesario abordar la totalidad de los puntos desarrollado por la SGCAN, por lo que se hará referencia a aquellos que, aparte de ser relevantes, generaron gran curiosidad.

4.3.3.1 Frente a las cuestiones previas

<u>La competencia de la SGCAN</u>

En sus alegatos, las empresas investigadas manifestaron que se habían presentado dos carteles. El primero de ellos en Colombia, el cual ya había sido investigado y sancionado por la SIC y el segundo de ellos en Ecuador, el cual habría tenido características y una duración y período distinto al colombiano.

Que fue precisamente en virtud de lo anterior que en su momento Kimberly Ecuador acudió a la SCPME para solicitar su participación en el programa de exención de multa, tal como lo había hecho en Colombia ante la SIC.

Pusieron de presente las investigadas que – como ya se desarrolló – la SIC había analizado la posible existencia de un acuerdo regional, descartando esta posibilidad y determinando así que tenía plena competencia para conocer del acuerdo celebrado en el territorio colombiano.

Otro de los argumentos para manifestar que no existía competencia por parte de la SGCAN fue que: "**Dado que no hay efecto sobre los precios de exportación**, **no puede decirse que bienes afectados por el cartel hayan sido exportados y entonces no ha ocurrido efecto alguno sobre ningún mercado extranjero**, es decir, no hay efecto de las conductas realizadas en un país, que tengan efectos sobre el mercado de otro país, como lo requiere la Decisión 608. (…)"[99].

Al respecto, autoridad comunitaria puso de presente que su competencia se activa en dos casos, los cuales no están siendo valorados por las investigadas: (i) que haya una afectación al mercado subregional y (ii) que simplemente haya una afectación al bienestar de los consumidores. Ahora, manifestó igualmente que no se está afectando la competencia que tienen las autoridades nacionales para conocer de conductas restrictivas de la competencia que se den en el ordenamiento en el que tienen competencia pues, al menos en el caso de la SIC se había investigado y sancionado una conducta distinta a la que estaba siendo investigada en sede comunitaria, razón por la cual se podía evidenciar la competencia de la SGCAN la cual se vería verificada al momento de quedar demostrada la existencia del acuerdo de precios con surgimiento en un país y efectos en otro.

[99] Secretaría General de la Comunidad Andina. Resolución 2006 de 2018. Pág. 30.

Violación al principio de no autoincriminación

Teniendo en cuenta que parte de las pruebas en las que se sustentó la denuncia presentada por la SCPME fueron obtenidas por esta autoridad en el contexto de una solicitud de exoneración de la multa, la empresa Kimberly Ecuador alegó que se había violado el principio de no autoincriminación.

Ante este argumento la SGCAN en la resolución bajo estudio, manifestó que la autoincriminación "(…) es un derecho humano **que no puede alegarse cuando voluntariamente se ha brindado una confesión de culpabilidad**, de ello que deba ser alegada por la **persona natural** que la brindo, y que por lo demás, debe ser un sujeto reconocido dentro del proceso"[100]. Lo anterior, teniendo en cuenta que las declaraciones fueron presentadas tanto por representantes legales de Kimberly Ecuador como se por funcionarios y ex funcionarios de la empresa, los cuales no fueron vinculados como personas naturales dentro del proceso.

En ese sentido, al ser Kimberly Ecuador una persona jurídica no podría invocar el principio de no autoincriminación, pues este es un derecho humano no reconocida a este tipo de personas.

La confidencialidad de las declaraciones y pruebas aportadas a la SCPME

Argumentan las investigadas que se está violando la confidencialidad de las pruebas toda vez que las mismas fueron aportadas en virtud del programa de exención de multa ecuatoriano y por tanto hacían parte de un expediente confidencial y sometido a reserva, razón por la cual la SCPME debía respetar la misma y no aportar las pruebas en una denuncia de cartel regional, y que, como lo hizo, era la SGCAN quien debía tenerlas como no válidas dentro de la investigación.

[100] Ibíd. Pág. 44.

Ahora, teniendo en cuenta que las pruebas fueron aportadas debido a una desclasificación hecha por la autoridad Ecuatoriana, manifestó la SGCAN que "(…) las competencias y funciones de la SGCAN están expresamente conferidas en el Acuerdo de Cartagena (artículo 30) y en distintas Decisiones, entre las que se encuentra la Decisión 608, sin embargo, en ninguna de ellas se ha conferido a la SGCAN la facultad de analizar y declarar nulo un acto administrativo de una autoridad nacional emitido en un procedimiento nacional"[101]. Es decir, no tiene la SGCAN competencia alguna para pronunciarse o no sobre la legalidad de un acto, y en esa medida las pruebas aportadas por la SCPME son válidas.

Ante este argumento, la defensa planteada por la SCPME consistió en afirmar que las pruebas que había aportado junto con la denuncia hacían parte de un expediente investigativo y no un expediente de exención del pago de la multa y que de igual forma la información había sido desclasificada.

Frente a los programas de delación o clemencia

Kimberly Ecuador alegó dentro de la investigado la aplicación del principio del complemento indispensable, con el fin de que fueran respetadas las actuaciones que se habían dado en Colombia y Ecuador entorno a los programas de delación.

Manifiesta la SGCAN que no quedó demostrado dentro del proceso que la solicitud de Kimberly Ecuador para hacerse parte del programa de exención del pago de la multa hubiese sido aceptada por la autoridad ecuatoriana, y que, en todo caso, el mismo habría versado sobre conductas que se produjeron y tuvieron efectos únicamente en el territorio ecuatoriano.

Asimismo, afirmó que la solicitud realizada en Colombia para el programa de beneficios por colaboración también verso sobre una conducta con orígenes y efectos

[101] Ibíd. Pág. 45.

en el territorio colombiano, por lo que se trataba a un caso distinto al que se encontraba bajo estudio.

Finalmente, señala la SGCAN: "Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar finalmente que esta Secretaría General **reconoce las virtudes y beneficios de los programas de clemencia al interior de los Países Miembros** que tienen por objetivo disuadir de las prácticas de conductas anticompetitivas y que facilitan las investigaciones sobre las mismas, por lo que no es de interés de este Órgano Comunitario perjudicar tales programas, siendo que el presente caso, se limita, dentro de las competencias conferidas a la SGCAN por la Decisión 608, a determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva practicada en un País Miembro con efecto en otro País Miembro. Dicho ello, queda igual a consideración de los órganos legislativos comunitarios, compuestos por las autoridades nacionales de los Países Miembros, adelantar, si lo consideran necesario, **las reformas pertinentes para incorporar en el ordenamiento andino la figura de la delación, y en ese contexto, posibilitar su aplicación dentro de los procedimientos de corte comunitario**"[102].

Frente al cambio en la imputación realizada en la resolución 1883 de 2018

Afirma una de las investigadas que en el Informe Técnico presentada por la SGCAN se imputó un nuevo cargo que no estaba contenido en la resolución 1883 toda vez que se hizo referencia a la fijación de precios en un período distinto al inicialmente señalado por la SGCAN. Según la investigada, en un principio le habían imputado un acuerdo de precios celebrado entre el año 2006 y el año 2011, y en el Informe Técnico se hizo referencia a que hubo un acuerdo indirecto de fijación de precios entre el 2012 y el 2016.

Ante esto, las consideraciones de la SGCAN se ven resumidas en el siguiente párrafo: "En la Resolución 1883 se señaló que el periodo de análisis sería del año 2002 a febrero

[102] Ibíd. Pág. 72.

de 2014, sin perjuicio de que a lo largo de la investigación se advirtieran efectos de fechas anteriores o posteriores. Sin embargo, la información de ventas recopilada en el mercado ecuatoriano para fechas anteriores al año 2005 no se encontraba completa para todas las empresas que participaron de la investigación y en algunos casos los aportantes señalaron cambios en sus bases de datos y programas de gestión de la información que dificultaban el acceso a las cifras, por lo que el análisis de la SGCAN en materia de cifras económicas se iniciará desde enero de 2006. Por otra parte, las empresas consultadas facilitaron información hasta el año 2016, con lo que se pudo realizar el análisis hasta diciembre de ese año"[103].

Concluye la autoridad comunitaria que como en la resolución de apertura no se limitó el período debido a la aclaración de "sin perjuicio de que a lo largo de la investigación se adviertan efectos de fechas anteriores o posteriores", no existe en realidad afectación alguna.

4.3.3.2 Frente a las cuestiones sustantivas

Argumentos frente al mercado relevante

En la resolución se hizo referencia a que si bien la investigación se abrió con el fin de determinar si la conducta había tenido orígenes en Colombia con efectos en Ecuador u orígenes en Ecuador con efectos en Colombia, se había logrado demostrar que se cumplía la primera hipótesis, razón por la cual el mercado relevante estaría limitado al ecuatoriano pues este habría sufrido los efectos de la conducta. Esto con base en que se determinó que la empresa Kimberly Ecuador es filial de Kimberly Colombia, y lo mismo ocurre en los casos de Familia Ecuador y Familia Colombia, y que las decisiones eran tomadas en las empresas matrices – ubicadas en territorio colombiano – y acogidas por las filiales.

[103] Ibíd. Pág. 110.

Como ya se había mencionado en la resolución de apertura de investigación, el mercado producto eran el papel higiénico, las toallas de papel, servilletas y pañuelos desechables, y que los mismos eran distribuidos a través de dos canales: institucional y consumo.

Respecto al control de las empresas colombianas frente a las empresas ecuatorianas frente a Kimberly, cita la SGCAN el certificado de existencia y representación legal de Kimberly Colombia, donde se establece que esta controla a Kimberly Ecuador, razón por la cual afirma: "Como se observa, más del 50% del capital de la sociedad Kimberly-Clark de Ecuador es propiedad de Colombiana Kimberly Colpapel, mostrando una situación de subordinación por parte de la compañía ecuatoriana frente a la colombiana"[104].

Lo anterior, fue complementado por la autoridad señalando que de conformidad con la documentación relacionada con la estructura de las compañías se pudo evidenciar que existen estrategias conjuntas. Asimismo, se hizo referencia a la política de incentivos que existe a nivel matriz, donde parte de la división de la región Latinoamérica comprende la subregión andina comprendida por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y donde, además, "(…) **las compensaciones a los directivos dependen de los resultados que se presentan no solo en el país sino en la subregión como un todo**. Lo que muestra un fuerte incentivo para mejorar los beneficios no solo en el país donde la dirección regional tiene su sede sino también procurar mayores ingresos en todos los países de la subregión"[105]. (negrilla fuera de texto)

En virtud de lo señalado, la SGCAN terminó concluyendo que: "(…) es claro que la política de cartelización que se originó en Colombia a partir de los funcionarios de cargo directivo de la subregión andina de Kimberly Clark Corporation, a partir de la

[104] Ibíd. Pág. 158.
[105] Ibíd. Pág. 159.

política de incentivos de la compañía, se fomentó a los directores subregionales a ordenar la realización de las prácticas colusivas en otros países de la subregión".

Ahora, respecto de Familia, aseveró la SGCAN que conforme al certificado de existencia y representación legal de Familia Colombia se evidenciaba que esta poseía más del 50% del capital de Familia Ecuador, razón por la cual a través de su participación accionaria ejerce control sobre esta y adicionalmente "ha diseñado una estructura organizacional en la que las áreas comerciales en Colombia tienen como subordinadas las áreas comerciales del Ecuador, como lo muestra la información proporcionada por la empresa en el marco de la investigación de la SGCAN"[106].

"De este aparte se concluye que las estructuras organizacionales y los correos referidos muestran que al más alto nivel decisorio se estableció una conducta anticompetitiva en Colombia que se ejecutó y tuvo sus efectos en Ecuador.

El comportamiento se refleja en las cifras del crecimiento en los precios que se presentará con base en la información de ventas remitida por las empresas investigadas. Se encontró un comportamiento paralelo de los precios en papeles suaves entre los competidores, que confirmó el hecho de que el acuerdo para determinar el precio de estos productos tuvo efectivamente un efecto real en el Ecuador"[107].

Elementos probatorios frente al literal a del artículo 7 de la Decisión 608 de 2005

Los principales presupuestos probatorios en los que se basa la SGCAN para determinar que la conducta surgió en el territorio colombiano y produjo efectos en Ecuador, se derivan del hecho de que Directivos de kimberly Colombia y Familia Colombia hubieran indicado a gerentes ubicados en Ecuador que se encontraran entre ellos.

[106] Ibíd. Pág. 161.
[107] Ibíd. Pág. 163.

A modo de ejemplo, se cita en la resolución el siguiente argumento presentado por SCPME:

> "Las pruebas y testimonios muestran como desde el cargo de María Carolina Arenas[108] 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 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 (…)""[109]

Ahora, al respecto, Kimberly manifestó que "**una posición con un nivel de dirección regional no es la que define si la conducta proviene de un territorio dado y si sus efectos se producen en otro**, porque el alcance geográfico de las funciones del empleado no es lo que configura el contexto geográfico de la conducta que ha tenido lugar en ese territorio. De hecho, sin consideración de la ubicación del sujeto, las decisiones y las conductas fueron locales, lo que significa que el origen y efectos se produjeron en un único país"[110] (negrilla fuera de texto).

Por su parte, Familia manifestó que las "pruebas dan cuenta de la absoluta independencia de la operación local – Productos Familia Ecuador – para la fijación de precios y establecimiento de condiciones comerciales para los productos en el mercado ecuatoriano las pruebas obrantes en el expediente dan muestra de la independencia"[111]

[108] De Familia Colombia.
[109] Secretaría General de la Comunidad Andina. Resolución 2006 de 2018. Pág. 162.
[110] Ibíd. Pág. 122.
[111] Ibíd. Pág. 122

Asimismo, los análisis económicos llevados a cabo permitieron concluir que hubo un comportamiento paralelo de precios, que las participaciones en el mercado por las empresas investigadas eran altas y que los precios se estaban comportando de forma distinta a los costos de producción. Finalmente, sintetizó la SGCAN que existen medios de prueba que dan sustento de:

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

Frente al literal c del artículo 7 de la Decisión 608 de 2005

Las investigadas aseguraron que nunca se celebró acuerdo alguno con la finalidad de repartir mercado. Así, la SIC no hizo en ningún momento referencia a una repartición de mercados y por su parte la SCPME manifestó que no había podido encontrar que en efecto se hubiera dado una repartición de mercados.

Asimismo, la SGCAN manifestó que tampoco encontró pruebas que evidenciaran una repartición de mercado entre las investigadas, razón por la cual recomendó archivar.

4.3.3.3 Frente al análisis de los efectos reales de la conducta

Antes de determinar los efectos reales de la conducta, la SGCAN se refirió al análisis económico realizado respecto de los canales de comercialización de los productos sobre los que recayó la conducta restrictiva. El análisis económico comprendió un análisis un contexto del mercado ecuatoriano, un análisis de los precios, las

repercusiones económicas sobre el mercado correspondiente a cada producto en cada uno de los canales.

Respecto del canal institucional las conclusiones a las que llegó la SGCAN fueron las siguientes: (i) "Tanto en papel higiénico como en toallas de papel para el canal institucional se evidenció una conducta de fijación directa o indirecta de precios en Colombia con efectos en el mercado ecuatoriano en el periodo 2006-2016"; (ii) No se observa un efecto de la conducta en el mercado institucional para servilletas ni para pañuelos desechables en el periodo analizado 2006-2016"[112].

En relación con el canal consumo, la SGCAN concluyó que: (i) "En todos los tipos de papeles suaves se encontraron pruebas que permiten afirmar que la cartelización originada en Colombia registró efectos en el canal consumo del mercado ecuatoriano a través del paralelismo de precios por parte de las empresas investigadas e incrementos sustanciales en los mismos en momentos muy cercanos"[113].

Finalmente, en lo que refiera al efecto real la autoridad comunitaria dedujo que:

> "el análisis arriba efectuado permite inferir razonablemente que la cartelización se da en Colombia traspasa las fronteras de dicho país y generó efectos reales en Ecuador. Luego de coordinaciones previas en Colombia por parte de altos funcionarios de CKC y Productos Familia S.A. se encontró que los funcionarios subordinados en Ecuador ejecutaron los acuerdos de no competir y de esta manera distorsionaron el mercado. La práctica traspasó fronteras como conducta y sus efectos se ven en el incremento y la estabilidad de precios en el mercado ecuatoriano, incluso confirmándose las órdenes directas de los directivos de las empresas Kimberly Clark en Colombia y Productos Familia en Colombia"[114].

[112] Ibíd. P. 201.
[113] Ibíd. P. 225.
[114] Ibíd. P. 225.

4.3.3.4 Frente al análisis de la prescripción

En el artículo 43 de la decisión 608 se estableció que "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"[115]

Frente a este artículo, el Tribunal Andino de Justicia analizó las diferencias que surgen cuando la investigación se inicia de oficio y cuando la misma inicia por solicitud, siendo las diferencias las siguientes:

> "En el primer caso, cuando la investigación la inicia de oficio la SGCA, el plazo de prescripción se suspende con la resolución de inicio de investigación (resolución de imputación de cargos).
>
> En el segundo caso, cuando se presenta una denuncia a petición de parte, el plazo de prescripción se suspende con la presentación de la denuncia. Este razonamiento se explica en la necesidad de evitar que, pese a que se presente una denuncia de manera oportuna, la inacción de la Secretaría General origina la prescripción de la infracción."[116]

De lo anterior, la SGCAN afirmó que estaba frente al segundo escenario, razón por la cual la prescripción se suspendió con la presentación de la denuncia por parte de la SCPME, así "teniendo en cuenta que la denuncia se realizó el 20 de octubre de 2016, esta investigación puede analizar conductas que se hayan presentado o que hayan sido continuadas al menos hasta el 20 de octubre de 2013, es decir tres años antes de la presentación de la solicitud".

Por último, la autoridad andina determinó que la conducta analizada se trató de una conducta continuada entre los años 2006 y 2013, salvo en los casos de toallas y

[115] Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 608 de 2005. Artículo 43.
[116] Tribunal Andino de Justicia. Proceso 05-AN-2015. Sentencia del 9 de marzo de 2017.

servilletas en el canal consumo, donde se evidenció que la conducta finalizó tiempo antes de realizada la denuncia.

4.3.3.5 Sanción

En la parte resolutiva, la SGCAN decidió sancionar a las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador por incurrir en la fijación de precios prevista en el literal a del artículo 7 de la decisión 608.

Asimismo, por falta de pruebas, decidió archivar los cargos referencia a la repartición de mercados prevista en el literal c del artículo 7 de la decisión 608.

Finalmente, sancionó a Kimberly – Colombia y Ecuador – por la suma de 18.344.916 USD y a Familia – Colombia y Ecuador – por la suma de 16.857,278 USD; e instó a las empresas a implementar medidas correctivas encaminadas a la no repetición de la conducta.

5. ANÁLISIS: LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN 2006 DE 2018 DE LA SGCAN FRENTE A LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN EN LA REGIÓN ANDINA

Con base en el análisis que se hizo de los programas de delación, sus beneficios y desventajas, y del análisis de las decisiones que a nivel colombiano y comunitario se dieron en el caso del cartel de los papeles suaves, en este punto queremos hacer observaciones relacionados con la incidencia que la decisión de la SGCAN pueda llegar a tener en este tipo de programas a nivel regional.

En ese sentido, a través de 3 grandes interrogantes plantearemos cómo pensamos que la decisión comunitaria puede generar efectos negativos en los programas y haremos algunos comentarios a la decisión desde el punto de vista sustantivo y procesal.

5.1 ¿LA COMPETENCIA ATRIBUIDA A LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES AFECTA LAS POTESTADES INTERNAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS?

Debemos decir que, a nuestro parecer, la respuesta es negativa. La competencia que en virtud de la Decisión 608 de 2005 le fue atribuida a la Secretaría General de la Comunidad Andina para proteger y promover la libre competencia, solo se deriva de la voluntad de los países miembros.

Así, como se mencionó en líneas atrás, la Comisión de la Comunidad Andina sería el órgano llamado a adoptar "las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión"[117]. Tal

[117] Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Artículo 93.

obligación de creación se encuentra en el Acuerdo de Cartagena suscrito, en esa medida, fue en el mismo acto de creación de la Comunidad Andina que los países que la conforman decidieron que existiera una normativa relativa a prevenir y corregir las posibles distorsiones a la libre competencia.

La Comisión de la Comunidad Andina "está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros"[118], es decir, existe representación de todos los países miembros y fueron estos mismos quienes, en aras de lograr los objetivos del acuerdo, a saber: "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano"[119], aprobaron que la SGCAN fuera el órgano competente para proteger y promover la libre competencia a nivel comunitario y aprobaron asimismo las atribuciones que la misma tendría para lograr la protección y promoción.

Al respecto, se mencionó en el presente trabajo que precisamente la importancia del derecho comunitario era la unión de fuerzas de los países para hacer frente a situaciones y temas relevantes específicos, lo cual no hace que se afecte la autonomía de los países y sus instituciones internas, por el contrario "*(e)n este proceso las naciones, más que limitar su soberanía, lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder soberano, es delegar parte de sus competencias, transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria"*[120].

En efecto, el Tribunal Andino de Justicia se ha referido a la eficacia que el derecho comunitario tiene respecto de los ordenamientos internos:

[118] Ibíd. Artículo 21.
[119] Ibíd. Artículo 1.
[120] Tribunal Andino de Justicia. Proceso No. 1-IP-96. Sentencia del 9 de diciembre de 1996.

> "El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de "Preeminencia del Derecho Comunitario Andino", soportándolo en otros principios: el de "Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino", el de "Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino", y el de "Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino".
>
> Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que **dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros** y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco, ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional
>
> (…) Un punto fundamental, al analizar el tema de la Preeminencia del Derecho Comunitario Andino, como se señaló anteriormente, **es el principio de Autonomía**, el cual desarrolla y consagra como un verdadero sistema jurídico al Ordenamiento Jurídico Comunitario, **ya que le añade a las características de coherencia y unidad, la de ser un conjunto de principios y reglas estructurales que emanan de él mismo**, sin derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico."[121]

Así las cosas, lejos de afectar las competencias que tienen las autoridades nacionales para hacer frente a las conductas restrictivas de la competencia, lo que se logra con la Decisión 608 de 2005 es poder enfrentar, corregir y sancionar desde una posición regional las conductas que se rompen las fronteras establecidas, y logran generar efectos restrictivos en más de un país miembro. El enfrentamiento, la corrección y la sanción de estas conductas por parte de la SGCAN no sería posible si los estados en su momento no hubieren dado creación al derecho comunitario, le hubiesen otorgado prelación y hubiesen determinado la autonomía de este respecto del derecho interno de cada país.

Seguramente, en ausencia del derecho comunitario, se carecería de una herramienta que pudiera desincentivar los acuerdos o actos que las empresas que participan de

[121] Tribunal Andino de Justicia. PROCESO 121-IP-2013. Expediente Interno Nº 1686-2011.

varios mercados en la región pudieran llegar a cometer, permitiendo de esa manera una afectación al mercado regional y el desarrollo económico de los países miembros de la comunidad, promoviendo, por el contrario, una afectación constante y permanente en el tiempo, que solo generaría beneficios a las empresas en detrimento del bienestar de los consumidores.

Ahora bien, es claro que las competencias que tienen unas y otras autoridades son distintas, aunque tengan un fin en común: proteger y promover la libre competencia. En esa medida, en caso de que no se cumpla alguno de los supuestos objetivos establecidos en el artículo 5 de la Decisión 608, no tendría porque la SGCAN incidir en las competencias que, por ejemplo, tendrían la SIC o la SCPME por un posible acuerdo o acto que se llevó a cabo y produjo efectos únicamente en su país.

En definitiva, la competencia de la SGCAN se encuentra lejos de afectar las competencias y atribuciones que tienen las autoridades nacionales de cada uno de los países miembros, y por el contrario sirve para enfrentar y combatir conductas que están generando una afectación regional frente a la que las autoridades nacionales no podrían hacer nada. Ahora bien, otra discusión merece el cómo se ejerce dicha competencia, puesto que, si bien la atribución de competencias no genera ningún tipo de afectación al derecho interno y las competencias de las autoridades, estas sí podrían verse afectadas por un ejercicio inadecuado de las facultades en cabeza de la autoridad regional, situación que pasaremos a analizar si se dio o no en el caso de los papeles suaves investigado y sancionado por la SGCAN, y ya abordada en el presente escrito.

5.2 ¿SE VE DESNATURALIZADO EL PROGRAMA DE DELACIÓN EN VIRTUD DE LA COMPETENCIA QUE TIENE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN LA REGIÓN?

Frente a este cuestionamiento, debe decirse que de manera implícita la competencia que tiene la SGCAN en virtud de la Decisión 608 no desnaturaliza los programas de

delación o clemencia de la región. Empero, la resolución 2006 de 2018 a través de la cual la SGCAN decidió sancionar a las empresas Kimberly Colombia, Familia Colombia, Kimberly Ecuador y Familia Ecuador, sí significó, en nuestra opinión, una desnaturalización de estos programas. Veamos. A lo largo de la investigación llevada a cabo por la SGCAN, la empresa Kimberly Ecuador de manera insistente afirmó que había presentado ante la SCPME una solicitud para acogerse al programa de exención del pago de la multa previsto en el artículo 83 la ley orgánica de regulación y control de mercado. En virtud de este programa la SCPME puede eximir "a una persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle"[122]. El beneficio se otorgará siempre que la persona:

> "a. Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en los artículos 48 y 49 en relación con una infracción del artículo 11, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; o,b. Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, le permitan comprobar una infracción del artículo 11, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa u operador económico o persona física en virtud de lo establecido en la letra a".

Conforme a lo anterior, Kimberly, en su solicitud para acogerse al programa, aportó declaraciones juradas de funcionarios y exfuncionarios, al igual que declaraciones de sus representantes legales a través de las cuales dieron cuentas del acuerdo de papeles suaves que se había dado en este país con la empresa Familia.

No obstante, lejos de tener en consideración estas pruebas para iniciar una inspección, la decisión tomada por la SCPME fue acudir ante la SGCAN y denunciar la posible existencia de un acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados que había

[122] Ley orgánica de regulación y control de mercado. Artículo 83.

implicado dos países: Colombia y Ecuador, sin que en ese momento se supiera específicamente en qué país había surgido la conducta anticompetitiva y en cuál se habían producido los efectos restrictivos. Ahora bien, lo que resulta relevante, impactante y sin duda alguna desalentador frente a los programas de delación, fue que junto con la denuncia se aportaron las pruebas que la autoridad ecuatoriana obtuvo por parte de Kimberly Ecuador en virtud del programa de exención del pago de la multa.

Si bien a lo largo de la investigación llevada a cabo por la SGCAN fue constante el enfrentamiento de los argumentos presentados por las investigadas y la SCPME sobre la procedencia o no de estas pruebas, y sobre si estas hacían o no parte de un expediente de exención del pago de la multa, en nuestra consideración la posición finalmente asumida por la SGCAN fue pasiva y por lejos poco garantista del debido proceso.

De esta manera, la SGCAN consideró que no se demostró en ningún momento que las pruebas en realidad hicieran parte de un expediente de exención del pago de la multa, ni que estuvieran sometidas a confidencialidad. Sin embargo, gracias a la recomendación hecha por la SIC frente al informe técnico de la SGCAN, pudimos evidenciar que en efecto dichas pruebas tenían carácter confidencial que debió ser valorado por la autoridad comunitaria, y no simplemente ignorado, bajo el argumento de la ausencia de competencia para resolver sobre la validez de las pruebas y su procedencia.

Esta situación, a nuestro parecer, significó una evidente violación al debido proceso de Kimberly Ecuador, principio que se encuentra intrínsicamente ligado a la aplicación de la Decisión 608, y cuyo objetivo de conformidad con el artículo 3 de la Decisión 608 es “asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a

presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes (…)"[123]

Al respecto, el Tribunal Andino de Justicia ha señalado que:

> "Sin lugar a dudas, la motivación de los actos administrativos constituye uno de los principios fundamentales del debido proceso garantizando una adecuada administración de justicia. Por lo tanto, la Secretaría General en cada uno de los actos administrativos que emita debe velar para que éstos contengan una adecuada fundamentación jurídica y fáctica, garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción de las partes y, en últimas, garantizando el respeto a la norma comunitaria"[124]Para nosotros, el afán de la SGCAN por sancionar un cartel regional, y más uno que había recaído sobre productos de consumo básico como lo son los papeles suaves, llevó a la autoridad comunitaria a pasar por alto la confidencialidad de las pruebas aportadas al proceso, condición que hacía que las mismas no pudiesen estar bajo su conocimiento, y que mucho menos podían servir para sancionar a las empresas por un cartel regional cuya existencia, con los medios de pruebas que constaban en el expediente, a nuestro parecer, no fueron suficientes no pudo ser probada de manera inequívoca y sin dejar paso a la duda por parte de la SGCAN..

Sin duda alguna, la inseguridad jurídica generada por la decisión de la SGCAN y la falta de garantías brindadas a las investigadas tendrá como efecto un desincentivo para que las empresas que participen en varios mercados de la región, y que hayan desplegados prácticas restrictivas en todos – con total independencia el uno del otro – delaten ante la autoridad de competencia nacional.

En ese sentido, los beneficios que este tipo de programas traen, como lo son una fácil detección de los carteles, la obtención de medios de pruebas y el hacer menos atractiva la pertenencia a carteles, se desdibuja por completo al existir el riesgo de que, ante el más mínimo indicio, la autoridad nacional pueda utilizar la información y pruebas recibidas en virtud de un programa para presentar una denuncia ante la autoridad andina

[123] Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 608 de 2005. Artículo 3 literal c.
[124] Tribunal Andino de Justicia. Proceso 16-AN-2002 de 30 de junio de 2003

y que esta finalmente decida sancionar, haciendo un análisis poco profundo de la procedencia de las pruebas en las que se basará su decisión, y deduciendo la existencia del cartel regional sin medios de prueba que suficientes, que no abran camino a la duda.

Ahora, la decisión tomada por la SGCAN a través de la resolución 2006 de 2018 no deja un sinsabor únicamente por lo ya mencionado, sino que la violación al debido proceso de las investigadas se intensificó debido a la indebida motivación de la resolución. De conformidad con la guía práctica para la aplicación de la decisión 608, el principio del debido proceso también comprende que las resoluciones emitidas por la SGCAN deben estar debidamente motivadas. En esa medida, en la guía se estableció: "Finalmente, cabe insistir en que las Resoluciones o cualquier determinación que realice la Secretaría General estarán debidamente motivadas a efecto de hacer comprensible a las partes, lo que fundamenta su decisión, salvaguardando el derecho de las partes de apelar todos los fallos"[125].

La falta de motivación de la decisión se ve reflejada, a nuestro parecer, en el hecho de sancionar a las investigadas sin que existiera realmente evidencia suficiente que pudiera demostrar que el cartel investigado tuvo un alcance regional. En efecto, si bien se entiende que por regla general el desmantelamiento de los carteles se da gracias a los indicios, en el caso concreto existían pruebas directas de la existencia de un acuerdo, solo que no de carácter regional, sino nacional circunscrito a Ecuador.

En relación con los indicios, a modo de ejemplo, el Consejo de Estado de Colombia ha señalado que estos son precisamente los que podrían permitir demostrar en efecto un comportamiento paralelo consciente entre las empresas.

> "En consonancia con lo anterior, para probar la existencia de casos de paralelismo consciente es necesario demostrar, además del paralelismo,

[125] Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Guía práctica para la aplicación de la decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina". 2007.

> unos factores adicionales que no son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas.
>
> Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc."[126].

La decisión de la SGCAN se basó principalmente en el control societario que las empresas colombianas tenían respecto de las empresas ecuatorianas. No obstante, más allá de un control societario no se evidencia de forma clara que en efecto el cartel hubiese surgido en Colombia, y que los efectos adversos se hayan producido en Ecuador. Por el contrario, se entiende más como un cartel que surgió directamente en Ecuador, y que, si bien en algún momento pudo haber tenido influencia de Colombia, no deriva inmediatamente en que en este país se haya creado y ejecutado. Así, los indicios en los que se basó la SGCAN para determinar que la conducta surgió en un país y produjo efectos en otro no fueron, a nuestro parecer suficientes, suficientes. Ciertamente, las pruebas directas contenidas en el expediente, como la citada en este documento, solo permiten evidenciar la independencia de los funcionarios de Kimberly Ecuador y Familia Ecuador respecto de los directivos ubicados en Colombia y las decisiones que respecto del mercado colombiano eran tomadas por estos. Sin más, solo por correos electrónicos y declaraciones donde se manifestó que los gerentes en Colombia en algún momento indicaron a gerentes en Ecuador que se reunieran entre ellos, la SGCAN concluyó que el cartel había surgido y se había ejecutado desde Colombia, pero que sus efectos se produjeron en Ecuador, pasando por alto que los gerentes directamente involucrados en el acuerdo manifestaron la independencia respecto de los funcionarios colombianos y la fijación de precios que hubiere podido hacerse en Colombia.

[126] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. CP. Alberto Yepes Berreiro. Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01

Es nuestra consideración que la decisión tomada por la autoridad andina consistió más en una decisión que buscaba sancionar por sancionar, que en una decisión que hubiera tenido como base una investigación y medios de prueba sólidos que de manera innegable llevaran al lector a concluir que desde Colombia se había originado un cartel cuyos efectos se habían dado de manera exclusiva en Ecuador.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que la existencia misma de un procedimiento sancionatorio de prácticas restrictivas de la competencia en la comunidad andina no presupone un riesgo o desnaturalización de los programas de delación o clemencia de los países de la región, pero sin duda alguna, la investigación llevada a cabo por la SGCAN en el caso de papeles suaves y la posterior resolución sancionatoria significan un desincentivo al uso de estos programas por la inseguridad jurídica que se deriva de este caso, que como se mencionó, es uno de los elementos necesarios para la eficacia de este tipo de programas.

Asimismo, el romper con la confidencialidad propia de la información que los cartelistas otorgan a la autoridad en virtud del programa pone en jaque el que las empresas se animen a delatar.

5.3 ¿SE ENCUENTRAN LOS ORDENAMIENTOS EXPUESTOS A QUE CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA SE EXTIENDAN EN EL TIEMPO POR NO EXISTIR UN INCENTIVO PARA DELATAR Y, POR LO TANTO, HABER UNA MAYOR AFECTACIÓN AL MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA?

Al momento de analizar los beneficios que genera la implementación de programas de delación en los ordenamientos se coincide precisamente en la posibilidad de desmantelar carteles que, de otro modo, podrían ser indetectables para la autoridad.

Como se observó, las empresas investigadas por la SGCAN habían creado sistemas completos de comunicación destinados a encubrir la existencia del acuerdo. Así, por ejemplo, crearon correos electrónicos externos y establecieron apodos para referirse a sus competidores.

No cabe duda de que las empresas siempre orientarán gran parte de sus fuerzas a establecer estrategias para encubrir su proceder ilegal, razón por la cual los programas de delación son una herramienta para dar fin a este tipo de conductas. No obstante, como requisito fundamental para que una empresa decida delatar, debe darse la existencia de incentivos, como lo son la exoneración total de la multa o una reducción en el pago de esta. Asimismo, para que el programa resulte eficaz, es necesario que las condiciones del programa de delación estén claras para las personas naturales y jurídicas a las que está dirigida, con el fin de que conozcan las consecuencias de delatar. Esto es, una seguridad jurídica respecto de qué es lo que puede ocurrir en el proceso.

En el caso bajo estudio, si bien las condiciones del programa de exención del pago de la multa en Ecuador estaban establecidas, las mismas fueron desconocidas por la autoridad, alterando por completo las expectativas que Kimberly Ecuador tuvo al momento de colaborar con la autoridad.

Lo anterior, tal como se mencionó en los dos puntos anteriores, solo puede significar un gran desincentivo para las empresas que participan en varios mercados de la región andina, y que en algún momento hayan podido celebrar acuerdos en todos los mercados, pero con independencia entre sí, para acogerse a un programa de delación, gracias a este antecedente. Con esta decisión, las empresas solo podrían llegar a pensar que, en caso de delatar, la autoridad nacional se valdrá de la información y pruebas aportadas, y se desprenderá de su competencia para otorgarla a la SGCAN.

En tal sentido, la consecuencia inequívoca será una mayor dificultad para el desmantelamiento de los carteles, implicando así que se extiendan en el tiempo los

efectos nocivos en el mercado producto de los acuerdos, viéndose afectados los objetivos de crecimiento económico fijados en el Acuerdo de Cartagena, los cuales constituyen una razón de ser fundamental del derecho comunitario

REFLEXIONES FINALES

Sin duda alguna los programas de delación o clemencia han significado una gran ventaja para los países y específicamente para el cumplimiento de las funciones de las autoridades nacionales relacionadas con proteger y promover la competencia, toda vez que han permitido deshacer acuerdos restrictivos de larga duración y con gran afectación al mercado y los consumidores.

No obstante, para la implementación de estos programas, los ordenamientos deben tener en cuenta unos elementos que permitan la eficacia de estos, como lo son: (i) una alta probabilidad de detección, que está plenamente ligada a que la autoridad ejerza de manera juiciosa sus funciones; (ii) sanciones significativas, que permitan a los cartelistas querer delatar con el fin de no sufrir las consecuencias económicas derivadas de la infracción de su deber de conducta y; (iii) la seguridad jurídica y la transparencia, que se resumen principalmente en tener un programa plenamente establecido, cuyas condiciones de acceso y beneficios resulten claros para sus destinatarios sin que después se cambien las condiciones.

Asimismo, relacionados intrínsecamente con sus beneficios se encuentran las desventajas de los programas de delación, pues, si los mismos están diseñados de forma muy generosa o si las autoridades se valen únicamente de estos para descubrir carteles, no se generará realmente un incentivo en los cartelistas para delatar pues conocerían que es fácil salvarse de la sanción o que la autoridad no tiene las herramientas ni capacidades suficientes para desmantelar el cartel sin la ayuda de sus miembros.

En el caso colombiano, gracias al programa de beneficios por colaboración, se dio fin al cartel de papeles suaves que tuvo desarrollo en Colombia. En virtud de este programa, las empresas participantes del cartel acudieron ante la SIC brindando información sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del cartel y prestando

colaboración a la autoridad. Así, debido al cumplimiento de todos los requisitos del programa, 2 de las tres empresas delatoras obtuvieron los beneficios, en tanto que, la empresa que después de brindada la información inicial no recibió los beneficios por la falta de colaboración posterior.

Por su parte, en el caso ecuatoriano, las empresas que participaron del cartel de papeles suaves no corrieron con la misma suerte, pues luego de la aplicación por parte de una de las empresas al programa, la SCPME presentó una denuncia ante la SGCAN con fundamento en los pruebas recolectadas en el programa de exención del pago de la multa alegando la existencia de un acuerdo regional, desconociendo así los elementos de seguridad jurídica y transparencia necesarios para la eficacia de los programas de delación.

Finalmente, en sede comunitaria, la SGCAN, en una decisión indebidamente motivada, y en vulneración del debido proceso, decidió sancionar a las colombianas y ecuatorianas que supuestamente se habían visto implicadas en la celebración del acuerdo de precios regional.

La anterior decisión sin duda alguna producirá efectos frente a la aplicación y efectividad de los programas de delación en la región, pues, aunque quedó demostrado que la competencia atribuida a la SGCAN en materia de protección y promoción de la libre competencia de la región no genera *per se* amenazas a los ordenamientos nacionales y los programas, la decisión contenida en la resolución 2006 de 2018 significó un desconocimiento de los programas de delación y los propósitos de estos.

Ante esto, es necesario llamar la atención de la importancia que merece la aplicación del principio del debido proceso en las actuaciones llevadas a cabo por la SGCAN y cualquier órgano de la comunidad andina, así como la motivación y los fines de sancionar las conductas restrictivas, pues los efectos que puede llegar a producir la imposición de sanciones injustificadas podrían ser más perjudiciales.

Asimismo, se concluye que, ante la eventual existencia de carteles regionales reales, es necesario que, a través de la Comisión de la Comunidad Andina, los países miembros profieran una decisión a través de la cual se implemente un programa de delación comunitario, consiguiendo que la región pueda verse favorecida de los beneficios de este tipo de programas, generando un mayor bienestar en la economía de los países miembros y su población.

Ahora, habrá que analizar si por estar ante una afectación regional, donde varios mercados podrían verse afectados, resultaría mejor establecer un programa restringido donde solo una de las empresas que participó del cartel pueda tener la oportunidad de verse beneficiada del programa. Adicionalmente, para hacer efectivo el programa, la SGCAN tiene que hacer más efectivas sus potestades administrativas, mostrando a las empresas que tienen participación regional que no sería necesaria la denuncia de una autoridad nacional – en las condiciones en que se dio la investigación de papeles suaves – para que la autoridad comunitaria pueda descubrir y sancionar.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Balasingham, Baskaran. Reconciling effectiveness and fairness in the EU Leniency policy. 2016.

Balasingham, Baskaran. Reconciling effectiveness and fairness in the EU Leniency policy. 2016.

Chen, Zhijun; Rey Patrick. On the design of leniency programs. Journal of Law and Economics. Vol. 56. University of Chicago. 2013.

International Competition Network. Anti-cartel enforcement manual. Chapter 2: Draftin and implementing an effective leniency policy. 2014.

Kloub, Jindrich. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, Chile. 2009.

La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la comunidad andina. Graciela Ortiz Origgi. Themis 42. 155.

OCDE. Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas. Ciudad de México. 2016.

Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Resolución 1883 de 2016.

Secretaría General de la Comunidad Andina. Resolución 2006 de 2018.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31739 de 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 39386 de 2019.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54403 de 2016,

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 69518 de 2014.

Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Guía práctica para la aplicación de la decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina". 2007.

Superintendencia de Industria y Comercio. Recomendación de la Superintendencia de Industria y Comercio frente al Informe Técnico expedido por la SGCAN. 4 de mayo de 2018. Bogotá D.C.

U.S. Department of Justice. "A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program". August 12, 2003.

U.S. Department of Justice. "Frequently asked questions about the antitrust division's leniency programand model leniency letters". January 26, 2017.

U.S. Department of Justice. "The corporate leniency policy: answers to recurring questions". April 1, 1998.

Uribe, Carlos. Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2009.

Wils, Wouter. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years. 2016.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. CP. Alberto Yepes Berreiro. Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01

Tribunal Andino de Justicia. Proceso 16-AN-2002 de 30 de junio de 2003

Tribunal Andino de Justicia. Proceso No. 1-IP-96. Sentencia del 9 de diciembre de 1996.

Tribunal Andino de Justicia. Proceso 05-AN-2015. Sentencia del 9 de marzo de 2017.

Tribunal Andino de Justicia. PROCESO 121-IP-2013. Expediente Interno Nº 1686-2011

NORMATIVA

Acuerdo de Cartagena.

Corporate Leniency Policy. Literal b. Alternative Requirements for Leniency.

Decreto 1523 de 2015.

Decreto 1653 de 1960.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 2974 de 1968.

Ley 1340 de 2009.

Ley orgánica de regulación y control de mercado. Artículo 83.

Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

PÁGINAS EN INTERNET

Superintendencia de Industria y Comercio. Historia. Obtenido de: https://www.sic.gov.co/historia