

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La desclasificación de documentos contenidos en los programas de clemencia para  
la obtención del resarcimiento de daños y perjuicios**

**Vika Mikaela Lara Taranchenko**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogada.

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Vika Mikaela Lara Taranchenko

Código: 00135979

Cédula de identidad: 1723472997

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**LA DESCLASIFICACIÓN DE DOCUMENTOS CONTENIDOS EN LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA PARA LA OBTENCIÓN DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS<sup>1</sup>**

**DISCLOSURE OF DOCUMENTS CONTAINED IN LENIENCY PROGRAMS TO OBTAIN COMPENSATION FOR DAMAGES**

Vika Mikaela Lara Taranchenko<sup>2</sup>  
vikytaranchenko@hotmail.com

**RESUMEN**

El resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan de un ilícito anticompetitivo, en determinados casos, resulta inalcanzable. Esto se debe a la confidencialidad otorgada a ciertos documentos contenidos en el expediente administrativo que la víctima de la infracción requiere acceder, pues son determinantes para probar los elementos de la responsabilidad civil. La dificultad probatoria es aún más evidente ante la solicitud del acceso a la información incluida en un programa de clemencia, ya que la confidencialidad garantiza la eficacia del mismo. Por lo tanto, se abordarán las soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia para armonizar el interés público de proteger los documentos y el interés privado de quien ejerce la acción civil. Finalmente, se concluirá que, en el Ecuador, la normativa con respecto a la desclasificación de documentos contenidos en el expediente de la autoridad de competencia es inconsistente.

**ABSTRACT**

The compensation for damages for infringements of the competition rules can be unattainable in certain cases. This is due to the confidentiality granted to documents that the victims of the infringement requires access, as they are decisive to prove the elements of civil liability. This difficulty is even more evident when the access to the information contained in a leniency program is required, since confidentiality is the guarantee of its effectiveness. Therefore, this paper aims to analyze the solutions proposed by the doctrine and the case law to harmonize the public interest of protecting the documents and the private interest of the person that proposes the civil action. Finally, it will be concluded that, in Ecuador, the regulation regarding the disclosure of documents contained in the record of the competition authority is inconsistent.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Abg. Mario Navarrete Serrano, LL.M.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## PALABRAS CLAVE

Daños y perjuicios, programas de clemencia, carteles, confidencialidad, desclasificación.

## KEY WORDS

Damages, leniency programs, cartel, confidentiality, disclosure.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

## SUMARIO

1. Introducción .- 2. Estado del arte: la discusión del principio de reparación integral *versus* el riesgo de publicación de información sensible en la competencia.- 3. La prueba de daños y perjuicios en el proceso civil *versus* la efectividad de los programas de clemencia.- 4. Soluciones abordadas por la doctrina y jurisprudencia.- 5. La desclasificación de documentos del expediente administrativo en el Ecuador.- 6. Recomendaciones para desclasificar los documentos contenidos en programas de clemencia en el Ecuador.- 7. Conclusiones

### 1. Introducción

El resarcimiento de daños y perjuicios que se derivan de los ilícitos anticompetitivos cumple con una doble función. La primera, está dirigida a dar vigencia al deber jurídico de no dañar a otros, de forma que la víctima que ha sufrido daños en su patrimonio, no está obligada a soportarlos<sup>3</sup>. Así, los menoscabos sufridos por una infracción del derecho de competencia varían de acuerdo al ilícito cometido y, en todo caso, la víctima tiene derecho a obtener una indemnización<sup>4</sup>.

Lo mencionado se refleja en el caso *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, en el que el Tribunal de Justicia Europea determinó que “cualquier persona o empresa tiene derecho a interponer una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios frente a la empresa que le hubiese causado ese daño como consecuencia de una vulneración de la normativa de defensa de la competencia”<sup>5</sup>. En la legislación ecuatoriana, el principio de reparación integral está contemplado en el artículo 2214 del Código Civil que prescribe que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha

---

<sup>3</sup> Ver, Fernando Araya, “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º. 4 (2015), 11.

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, 13 de julio de 2006, párr. 7.

inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”<sup>6</sup>.

La segunda función, está dirigida a proteger a la libre competencia, pues mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, se previene a que se atente en contra de ella en el futuro<sup>7</sup>. Dentro del marco normativo, la Comisión Europea, en el Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Libro Verde), ha destacado que las acciones privadas, además de compensar a los que han sufrido un daño como consecuencia de la infracción, tienen el objetivo de “asegurar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia [...], disuadiendo del comportamiento ilícito y contribuyendo así de manera significativa al mantenimiento de una competencia efectiva”<sup>8</sup>.

Para garantizar aquello, se desprende que cualquier persona natural o jurídica, frente al ilícito anticompetitivo, no sólo podrá ejercer la acción pública para sancionar al infractor sino que también, podrá ejercer la acción privada, lo que permite “cerrar el círculo de protección de la libre competencia”<sup>9</sup>. En este mismo sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en su artículo 25, prescribe que “[l]as sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios”<sup>10</sup>.

En virtud de que en la comisión de ilícitos anticompetitivos convergen dos sistemas distintos: el público —para sancionar al infractor— y el privado —para la obtención de daños y perjuicios—, la prueba de los elementos de la responsabilidad civil se puede tornar no solo considerablemente compleja sino “verdaderamente inalcanzable”<sup>11</sup>. La dificultad probatoria se debe a la confidencialidad que se otorga a ciertos documentos que resultan ser necesarios para ejercer la acción civil. Dicha protección, tiene el fin de preservar los secretos comerciales y técnicos propios de una

---

<sup>6</sup> Artículo 2214, Código Civil, [CC], R. O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>7</sup> Ver, Fernando Araya, “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 4 (2015), 12.

<sup>8</sup> Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Directriz, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2005) 672, 19 de diciembre de 2005, 4.

<sup>9</sup> Philip Areeda, *Fundamentals of Antitrust Law*, (Nueva York: Aspen Law and Business, 2002), 108

<sup>10</sup> Artículo 25, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011 (énfasis añadido).

<sup>11</sup> Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 222.

empresa, ya que su revelación puede perjudicar significativamente no solo a la misma, sino también a la libre competencia<sup>12</sup>.

Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la problemática existente en torno al acceso de los particulares a los documentos que se encuentran en poder de la autoridad de competencia y que resultan importantes, e incluso determinantes, para probar los elementos de la responsabilidad civil. La Comisión Europea ha reconocido el problema jurídico mencionando que “[l]a dificultad particular con las acciones civiles es que a menudo la evidencia relevante no se encuentra fácilmente disponible y el acceso a dicha evidencia es la clave para hacer efectivas las reclamaciones por daños”<sup>13</sup>.

Sin embargo, este problema es aún más evidente dentro de los programas de clemencia en virtud de tres razones: (i) la confidencialidad es la garantía de la efectividad de dichos programas, (ii) los daños producidos por un cartel son cuantitativamente mayores a otra infracción anticompetitiva, por ello, se menciona que son la mayor preocupación de los regímenes de competencia<sup>14</sup>; y, (iii) la naturaleza secreta de los carteles “aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio”<sup>15</sup>. En este punto, se ha evidenciado la destrucción de pruebas que demuestran la existencia de la infracción<sup>16</sup>.

Como consecuencia del problema jurídico citado, el presente trabajo pretende, en primer lugar, poner de manifiesto el estado del arte o de la cuestión con respecto a la tensión existente entre la reparación integral y el riesgo de publicación de información sensible en la competencia. En segundo lugar, se expondrá que el problema jurídico es aún más evidente en los programas de clemencia, debido a que existe un conflicto de intereses entre la efectividad de dichos programas —que se garantiza por la confidencialidad— y la obtención de daños y perjuicios. En tercer lugar, se expondrán

---

<sup>12</sup> Ver, Sergio Sinovas Caballero, “El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007”, *Anuario de la Competencia* (2014), 237.

<sup>13</sup> Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Directriz, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2005) 672, 19 de diciembre de 2005, 4.

<sup>14</sup> Ver, European Commission. *Report on Competition Policy 2008*. Bruselas, 23 de julio de 2009, 3. (traducción no oficial).

<sup>15</sup> Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Directiva, L 349/1, 26 de noviembre de 2014, párr.15.

<sup>16</sup> En este sentido, la Autoridad de Competencia Española menciona que “en la evidencia probatoria de un cartel, se acreditó la destrucción de documentación comprometedor y la adopción de medidas extraordinarias para preservar su carácter secreto”. Resolución S/0316/10, Autoridad de Competencia Española, 25 de marzo de 2013.

las soluciones que se han presentado en la doctrina y en la jurisprudencia para resolver la tensión mencionada. Finalmente, se explicará que, en el Ecuador, la regulación dirigida a la desclasificación de documentos del expediente administrativo es inconsistente, lo cual magnifica el problema. Con respecto a este último, se utilizará el método de investigación sistemático<sup>17</sup>, con el objetivo de interpretar y determinar el alcance de los artículos 47 y 56 de la LORCPM sobre el deber de reserva y confidencialidad.

## **2. Estado del arte: la discusión del principio de reparación integral *versus* el riesgo de publicación de información sensible en la competencia**

Ante lo expuesto, se encuentra, por un lado, el interés privado de quien ejerce su derecho a obtener una tutela judicial efectiva y, por otro, el interés público de garantizar la libre competencia mediante la confidencialidad de información considerada sensible. Con respecto a este último, Razquín menciona que el fundamento de la confidencialidad de la misma radica en

[I]a capacidad competitiva de la empresa y en la necesidad de estímulo para la creación de nueva información socialmente valiosa, que podría quedar sin garantía si el esfuerzo innovador se viera frustrado por el acceso, y aprovechamiento de otros, a la información confidencial, lo que impediría el mantenimiento de una moral comercial<sup>18</sup>.

Es preciso, entonces, remitirnos a la definición de “información comercialmente sensible” o “confidencial” para posteriormente mencionar los riesgos que implican su divulgación. Para Sinovas, para que una información pueda calificarse como tal, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave a la empresa<sup>19</sup>. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) mencionó dos requisitos configuradores de la documentación para que sea calificada como secreto comercial o información confidencial: (i) que sólo sean conocidos por un número restringido de personas; y, (ii) debe tratarse de información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> La metodología sistemática es aquella que sirve para “determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece”. Gabriel Álvarez Undurruga. *Metodología de la Investigación Jurídica*. (Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dirección de Investigación, Extensión y Publicaciones, 2002), 30.

<sup>18</sup> Martín Razquín Lizarraga, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas* (Madrid: Iustel, 2013), 367.

<sup>19</sup> Ver, Sergio Sinovas Caballero, “El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007”, *Anuario de la Competencia* (2014), 231.

<sup>20</sup> Sentencia No. T-474/04, Tribunal de Primera Instancia, 12 de octubre de 2007, párr. 65.

En el Derecho de Competencia, la divulgación de tal información podría potencialmente significar una afectación para las autoridades de competencia que requieren de la confidencialidad para “valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica”<sup>21</sup>. Además, los operadores económicos requieren de la confidencialidad para garantizar la efectividad de su estrategia comercial, de los métodos de evaluación de costes y de los procesos de producción<sup>22</sup>. La divulgación de dicha información, ocasionaría que esta pierda valor en el mercado.

En definitiva, se trata de determinar si el acceso a los documentos puede coexistir con la reparación integral, sin que el uno signifique un obstáculo para la otra. En esta misma línea, Torre, al analizar los intereses protegidos de ambos cauces de tutela — el administrativo y el civil —, menciona que el conflicto entre la garantía de aplicación eficaz de una libre competencia y la posibilidad de que un tercero que alega un perjuicio obtenga acceso a la información, con objeto de presentarla como prueba en un proceso civil por daños y perjuicios, “configura la propia idiosincrasia de un sistema de tutela concurrente como este”<sup>23</sup>. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la tensión es aún más evidente en los programas de clemencia debido a que la confidencialidad es el rasgo principal de su efectividad. Por lo tanto, es necesario analizar la problemática existente en torno al acceso de documentos contenidos en dichos programas que son necesarios para demostrar los elementos de la responsabilidad civil.

### **3. La prueba de daños y perjuicios en el proceso civil *versus* la efectividad de los programas de clemencia**

Los programas de clemencia crean incentivos para que un infractor de la prohibición del cartel delate al resto de coinfractores, en lugar de seguir cooperando con ellos en la ejecución de la práctica restrictiva de la competencia<sup>24</sup>. De esta forma, el delator obtendrá una reducción total o parcial de la multa que se prevee para la práctica

---

<sup>21</sup> Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, Informe, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 4 de junio de 2020, 6.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 227.

<sup>24</sup> *Ver*, Pedro Yanes Yanes, *Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de Daños”: una aproximación* (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015).

restrictiva<sup>25</sup>. Es así, que los programas de clemencia tienen como objetivo disuadir, detectar y sancionar a los carteles. Para lograr dicho fin, la confidencialidad incentiva a que las empresas presenten solicitudes de clemencia ya que la autoridad de competencia mantiene discreción sobre: (i) los secretos comerciales y demás información comercial estratégica; y, (ii) declaraciones, pruebas y otros documentos presentados junto con la solicitud<sup>26</sup>. Por lo tanto, la efectividad de los programas radica en la posibilidad de no colocar a los solicitantes de clemencia en una posición peor de la que tendrían de no haberla solicitado. De no ser por la confidencialidad, se podría conducir a que las empresas infractoras se replantearan la posibilidad de cooperar<sup>27</sup>.

El problema se genera cuando el derecho que tienen las víctimas de los carteles a ser indemnizadas por los infractores “entra en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de las normas de competencia cuando pretenden acceder a la información obtenida en el marco de un programa de clemencia”<sup>28</sup>. Pérez Fernandez, al analizar la contradicción entre ambos regímenes, establece que los demandantes están interesados en “obtener la mayor cantidad de información de la solicitud de clemencia para disminuir su carga probatoria en la vía civil y sin embargo, el objetivo de las autoridades públicas es proteger de forma más adecuada a las empresas de las que hubiesen obtenido información”<sup>29</sup>.

La cuestión planteada no ha sido resuelta de manera uniforme, esto se debe a las distintas opiniones que surgen en la doctrina y en la jurisprudencia que tienden a favorecer a un régimen por sobre otro. En primer lugar, un sector de la doctrina afirma que el acceso a la documentación para solicitar los daños y perjuicios afectaría al éxito que supone la política de clemencia como medio de lucha frente a los carteles. En palabras de Cauffman, la desclasificación “puede disuadir a los participantes del cartel de solicitar clemencia, lo

---

<sup>25</sup> *Id.*, 1148.

<sup>26</sup> *Ver*, Björn Lundqvist, “Access to documents for cartel victims and cartel members- is the system coherent?”, *Hart Publishing/ Bloomsbury* (2015), 15 (traducción no oficial).

<sup>27</sup> *Ver*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. “Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas”, *Secretaría General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico*, 7 de abril de 2016.

<sup>28</sup> Pedro Yanes Yanes, *Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de Daños”*: una aproximación (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 1140.

<sup>29</sup> Patricia Pérez Fernández, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *Revista para el Análisis del Derecho I* (2013), 10.

que obstaculizaría significativamente el descubrimiento y el castigo de los carteles, lo que a su vez, daría lugar a un menor grado de compensación por daños de un cartel”<sup>30</sup>.

En esta misma línea, el Abogado General del caso *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, menciona que la negativa al acceso a la documentación podría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero que esta afectación “estaría justificada por la finalidad legítima de garantizar una aplicación efectiva de la normativa anticompetitiva por las autoridades competentes y también por el interés de los particulares en que los acuerdos colusorios sean descubiertos y sancionados”<sup>31</sup>.

Por otro lado, están aquellos quienes sostienen que la tutela judicial efectiva debe prevalecer, ya que el argumento de que la divulgación de declaraciones corporativas pueda hacer que los programas de clemencia sean menos atractivos, no es suficiente para rechazar el acceso a los mismos<sup>32</sup>. Además, se afirma que el derecho de las víctimas a reclamar daños y perjuicios a los infractores es el principal desincentivo en contra de los carteles. Esta postura ha sido sostenida en el caso *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, en el que el Tribunal de Justicia afirmó que

[l]a existencia de [un derecho a indemnización] refuerza el funcionamiento de las normas comunitarias de competencia y desalienta los acuerdos o prácticas, frecuentemente encubiertos, que pueden restringir o falsear la competencia. Desde ese punto de vista, las acciones por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales pueden contribuir de manera significativa al mantenimiento de la competencia efectiva en la Comunidad<sup>33</sup>.

Con respecto a las cuestiones planteadas, cabe preguntarse ¿se puede sacrificar el derecho a la tutela judicial efectiva en aras de procurar la efectividad de un programa de clemencia?. ¿En qué medida debe considerarse que el interés privado de quien ejerce su derecho a obtener una tutela judicial efectiva, puede contraponerse con el interés privado del infractor que colabora en un programa de clemencia?. ¿Son intereses excluyentes o compatibles?<sup>34</sup>. Para resolver las interrogantes, se expondrán las siguientes soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido para el problema jurídico planteado.

---

<sup>30</sup> Caroline Cauffman, “The interaction of leniency programmes and actions for damages”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 34 (2011), 183 (traducción no oficial).

<sup>31</sup> Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 228.

<sup>32</sup> Ver, Wouter Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition* 1 (2009), 24 (traducción no oficial).

<sup>33</sup> *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan c. Courage Ltd and Others*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 20 de septiembre de 2001.

<sup>34</sup> Ver, Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 238-239.

#### 4. Soluciones abordadas por la doctrina y jurisprudencia

##### 4.1. Solución que propone la desclasificación atendiendo al contenido de los documentos.

Una primera solución está dirigida a analizar el contenido de la información y así crear varios niveles de protección del expediente *antitrust* como fuente probatoria en las acciones de daños<sup>35</sup>. Aquellos niveles responden a cuán sensible son los documentos solicitados. La Directiva 2014/104/UE, clasifica a los datos del expediente de una autoridad de competencia en: (i) *black list*, la cual trata de documentos que no deben ser considerados ya que pretenden la protección de terceros y así garantizar su voluntad de acudir a las autoridades de competencia. Dentro de él, se encuentran los datos aportados en los programas de clemencia y en los acuerdos de sumisión<sup>36</sup>; (ii) *grey list documents*, que son documentos que podrán ser aportados si la investigación ya terminó, por ejemplo, las pruebas aportadas por cualquier persona a un procedimiento ante la autoridad de competencia o la información elaborada por la propia autoridad<sup>37</sup>; y, (iii) *white list documents*, que trata de documentos que pueden ser aportados o requeridos en cualquier momento y que no versa sobre documentos comercialmente sensibles.

Como se puede observar en la clasificación proporcionada, la víctima de un cartel difícilmente podría acceder a los documentos otorgados en los programas de clemencia debido a que la Directiva los incluyó en la denominada *black list* para garantizar la voluntad continua de las empresas de dirigirse a las autoridades de competencia<sup>38</sup>.

La crítica que surge dentro de la solución planteada es la estricta protección hacia los documentos de clemencia. La misma imposibilita remediar el real problema que existe por los carteles: los perjuicios causados a los consumidores, por un lado, y a las pequeñas y medianas empresas, por otro<sup>39</sup>. Adicionalmente, otra crítica se basa en que la inclusión

---

<sup>35</sup> Ver, Enrique Sanjuán y Muñoz, *Valoración de daños en los supuestos antitrust* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 160.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Directiva, L 349/1, 26 de noviembre de 2014.

<sup>38</sup> Florin Danciu, “The leniency program between public and private enforcement of antitrust law”, *National Law Journal: Theory and Practice* (2016), 54 (traducción no oficial).

<sup>39</sup> En este sentido, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, ha especificado el impacto de los carteles en las PYMES: “Cuando las PYME emplean productos cartelizados como insumos, los carteles pueden aumentar el costo de producción de las PYME cobrando precios más altos por estos insumos. Entonces, las empresas pueden no estar en condiciones de asumir tales aumentos de costos en sus precios, por lo que no tienen más remedio que aceptar ingresos más bajos o salir del negocio. Estas empresas también podrían verse afectadas indirectamente por un cartel si venden insumos a los cartelistas.

permanente en listas negras de los documentos de clemencia desvirtúa el enfoque moderno adoptado por varias cortes que han dado prevalencia al método de ponderación<sup>40</sup>. En particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) destacó que

[l]a ponderación es necesaria porque, en el derecho de la competencia en particular, cualquier norma que sea rígida, ya sea al prever la denegación absoluta de permitir el acceso a los documentos en cuestión o al permitir el acceso a esos documentos de forma natural, puede socavar la aplicación efectiva de las normas [de libre competencia] y los derechos que dichas disposiciones confieren a las personas<sup>41</sup>.

A continuación, se explicará dicho método como otra solución planteada para la desclasificación de documentos.

#### **4.2. El método de ponderación como solución al acceso de documentos contenidos en los programas de clemencia**

El método de ponderación se deriva del principio de efectividad contemplado en la Directiva 2014/104/ UE. Este último principio, establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan difícil o imposible el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños<sup>42</sup>. Para lograr aquello, el método de ponderación permite que, frente a una solicitud de acceso a la información, los tribunales nacionales examinen los argumentos a favor y en contra de la divulgación de documentos de clemencia y, decidir caso por caso, si debe concederse el acceso<sup>43</sup>. Lo mencionado se refleja en el caso *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* en el que el Tribunal sostuvo que

[a] examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia, formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios de otra persona que es beneficiaria de dicho programa, es necesario velar por que la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación, tal ponderación sólo puede efectuarse por los órganos jurisdiccionales

---

Los carteles aumentan los precios y reducen la producción, por lo que es probable que las PYME vean que sus ventas a los miembros del cartel disminuyen como resultado de esta conducta anticompetitiva”. El impacto de los carteles en la pobreza, Informe sobre la Junta de Comercio y Desarrollo, Organización de las Naciones Unidas, 12 de julio de 2013.

<sup>40</sup> Ver, Sebastián Peyser, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 25 (traducción no oficial).

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Ver, Enrique Sanjuán y Muñoz, *Valoración de daños en los supuestos antitrust* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 156.

<sup>43</sup> Ver, Sebastián Peyser, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 25.

nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional, y tomando en consideración todos los datos pertinentes del asunto<sup>44</sup>.

En este mismo sentido, se encuentra el caso *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG* que precisa que las normas domésticas deben incorporar un cierto margen de ponderación jurisdiccional que “permita una solución caso por caso según las circunstancias concurrentes”<sup>45</sup>. Además, se añadió que “se entiende que cualquier norma rígida que deniegue en absoluto el acceso al material de clemencia [como la lista negra], puede menoscabar la aplicación efectiva de las normas de libre competencia”<sup>46</sup>.

En aplicación del método de ponderación, el juez deberá realizar el siguiente análisis: (i) debe evaluar el interés en obtener acceso a los documentos en cuestión, esto es, tener en cuenta específicamente las alternativas que tiene el solicitante para acceder a la información<sup>47</sup>. En este punto, se requiere saber si la prueba presentada por el actor es suficiente para demostrar los elementos de la responsabilidad civil<sup>48</sup>; y, (ii) se debe considerar el daño potencial que puede causar la divulgación del material confidencial<sup>49</sup>. Con respecto a este último parámetro, el TJUE señaló que no es razón suficiente para rechazar la solicitud el hecho de que “el acceso a las pruebas pueda socavar la efectividad de un programa de clemencia”<sup>50</sup>.

A pesar de que el método de ponderación se ha considerado como la solución más armonizadora entre el conflicto de intereses anteriormente expuestos, esta merece dos críticas. La primera, se refiere al gasto de recursos y tiempo que representa ya que debe analizarse la desclasificación caso por caso. La segunda crítica, se debe al incremento de la inseguridad jurídica de este método, puesto que se debe examinar cada caso de manera

---

<sup>44</sup> *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 14 de junio de 2011.

<sup>45</sup> *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 20 de octubre de 2011.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> Ver, Sebastián Peyer, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 16 (traducción no oficial).

<sup>48</sup> Ver, Franco Rizzuto, “The Procedural Implication of *Pfleiderer* for the Private Enforcement of European Union Competition Law in Follow-up Actions for Damages”, *Global Competition Litigation Review* 3 (2011), 116 (traducción no oficial).

<sup>49</sup> Sebastián Peyer, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 16 (traducción no oficial).

<sup>50</sup> *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 20 de octubre de 2011.

individual y no se proporcionan lineamientos sobre qué es lo que el juez debe considerar como “daño potencial”<sup>51</sup>.

Dicha falta de precisión conllevaría a que los jueces adopten posiciones extremas, sin considerar la posible indefensión de las víctimas de un cartel. Por ejemplo, el Juzgado local de Bonn, a pesar de que aplicó el método de ponderación, mantuvo su posición estricta de denegar el acceso a los documentos ya que sostuvo que aceptarlo “supondría a que en la práctica disminuyera de forma importante las posibilidades de detectar futuros acuerdos colusorios, ya que el programa de clemencia se ha acreditado como el instrumento más efectivo para que se descubran los cárteles”<sup>52</sup>. Además, agregó que “en la práctica, [la ponderación] podría ser muy casuística si finalmente se ponderan en cada caso los intereses presentes entre la puesta a disposición de dicha información a los perjudicados y los intereses protegidos de las empresas infractoras”<sup>53</sup>.

Debido a que la posición del Juzgado se advierte como extrema, pues pretende favorecer al sistema público sobre el privado, es preciso exponer la otra cara de la moneda, esto es, la solución que sostiene que la divulgación de documentos es un riesgo que debe asumir a la empresa por haber decidido entregar los mismos.

#### **4.3. Solución que asume que el riesgo le corresponde a la empresa por haber entregado los documentos**

Una parte de la doctrina establece que los documentos deben ser clasificados en función de si estos fueron aportados de manera voluntaria u obligatoria<sup>54</sup>. Autores como Peyrer, mencionan que dentro del primer grupo se encuentran los documentos contenidos en programas de clemencia y que no merecen protección, puesto que

[...] las presentaciones voluntarias se basan en un análisis de costes y beneficios de la empresa en cuestión. Las empresas que deseen enviar información normalmente tendrán en cuenta la posibilidad de divulgación y posible exposición a la responsabilidad civil en las acciones de daños subsiguientes<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Ver, Thomas Lampert y Georg Weidenbach, “Access to files to substantiate a claim for damages against members of a cartel - there are no problems of proof!”, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (2007), 158 (traducción no oficial).

<sup>52</sup> Sentencia 18.01.2012, Juzgado Local de Bonn, 18 de enero de 2012.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Ver, Sebastián Peyrer, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 8.

<sup>55</sup> *Id.*

Dentro de este criterio, se sostiene que, dado que los solicitantes de clemencia reciben un descuento en la multa de hasta el cien por ciento, es cuestionable si merecen una mayor protección, como la de impedir la divulgación de información<sup>56</sup>. Este razonamiento se ha desprendido del caso *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG*, donde la Corte mencionó que

[e]l hecho de que la denegación del acceso a datos pueda impedir el ejercicio de acciones civiles, permitiendo [...] a las empresas infractoras no solo beneficiarse ya de una exención al menos parcial en materia de sanciones, sino también sustraerse de su obligación de indemnizar los daños derivados de la infracción en detrimento de los perjudicados, exige que tal denegación se base en razones imperiosas relativas a la protección del interés invocado y aplicables a todos los documentos cuyo acceso se deniega<sup>57</sup>.

En el segundo grupo, se encuentran documentos presentados de manera obligatoria por empresas investigadas que estén ejerciendo el derecho a defenderse. Esta información debe ser protegida ya que las empresas tienen menos control sobre esos documentos y no tuvieron la oportunidad de deliberar sobre su entrega<sup>58</sup>.

Como se puede observar, esta solución está encaminada a favorecer la tutela judicial efectiva de quien reclama daños y perjuicios. Esta visión ha sido acogida por el *Civil Procedure Rules* del Reino Unido, en su artículo 31.6, en donde se observa una obligación para la parte demandada de aportar la documentación de la que disponga y que pueda resultar relevante para el desarrollo del proceso civil. En relación a los programas de clemencia, se menciona que cuando un juez admita la demanda de resarcimiento de los daños causados por el cartel, “la empresa infractora estará obligada a poner a disposición de la parte perjudicada, incluso la documentación relacionada con la solicitud de clemencia”<sup>59</sup>. Finalmente, dentro de este punto de vista, se afirma que la tutela judicial efectiva debe prevalecer, ya que este incide en las funciones disuasorias con respecto a la formación de nuevos carteles y por tanto, permite contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 20 de octubre de 2011.

<sup>58</sup> *Ver*, Sebastián Peyser, “Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1 (2015), 8 (traducción no oficial).

<sup>59</sup> Fernando Díez Estella, “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución del Derecho de Competencia?”, *Revista Arazandi Unión Europea* 7 (2014), 18.

<sup>60</sup> *Ver*, *Courage Ltd y otras c. Bernard Crehan y otros*, Tribunal de Justicia Europea, 20 de septiembre de 2001, párr. 27.

Como se advirtió, la solución presentada pretende favorecer al interés privado de quien reclama daños y perjuicios por sobre el interés público, es esto precisamente la crítica que se otorga a dicha solución. La doctrina establece que no se trata de determinar una respuesta que esté dirigida a socavar indebidamente los intereses en conflicto, sino de crear mecanismos de coordinación entre ambos cauces<sup>61</sup>. Como menciona Villacañas, “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”<sup>62</sup>. Para lograr dicha coordinación, la Comisión Europea ha propuesto la inversión de la carga de la prueba como una solución procesal, tildada como novedosa, que permite a ambos sistemas convivir, tal como se explicará a continuación.

#### **4.4. La inversión de la carga de la prueba como solución a la tensión existente entre la reparación integral y la efectividad de los programas de clemencia**

En el Libro Blanco publicado por la Comisión Europea, se establece que el infractor de un cartel “debe ser responsable de los daños y perjuicios causados a menos que demuestre que la infracción es resultado de un error excusable”<sup>63</sup>. En otras palabras, existe una presunción *iuris tantum* de que los carteles ocasionan daños y perjuicios<sup>64</sup>. Por lo tanto, el infractor de un cartel deberá asumir “la prueba de la inexistencia del nexo causal entre la conducta ilícita y los daños causados reclamados por la parte demandante”<sup>65</sup>.

Sin embargo, esta presunción solamente se extiende a los supuestos denominados *follow on damages* o acciones de seguimiento. Estas, son acciones complementarias en las que la autoridad de competencia ya ha determinado la existencia de la infracción anticompetitiva. En dichos casos, el demandante

---

<sup>61</sup> Ver, Laura Guttuso, “The Enduring Question of Access to Leniency Materials in Private Proceedings: One Draft Directive and Several Court Rulings”, *Global Competition Litigation Review* (2014), 11 (traducción no oficial).

<sup>62</sup> Diego castro-Villacañas, “La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Anuario de la Competencia* (2015), 445.

<sup>63</sup> Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Directriz, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2008) 165, 2 de febrero de 2008, 7.

<sup>64</sup> Ver, Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 223-224.

<sup>65</sup> *Id.*, 224.

[...] sólo tiene que probar el daño, ya que, por un lado, el hecho ilícito ya estará demostrado en la resolución administrativa y, por otro, la relación de causalidad se presume. Así es, en relación con esto último, la Directiva de daños establece la presunción de que los carteles causan daños y perjuicios e invierte la carga de la prueba al estipular que será el infractor el que rebata lo anterior<sup>66</sup>.

Como se observa, en las acciones *follow-on* es determinante la existencia del acto administrativo que declare la existencia de la infracción anticompetitiva. Dentro de esta cuestión, cabe precisar cuál es el valor que se le otorga a la resolución administrativa dentro del proceso civil. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, prescribe que esta se considera como “irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional”<sup>67</sup>. Por ende, los jueces civiles deben considerar la resolución como “prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la Competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes”<sup>68</sup>.

Por consiguiente, se puede concluir que la inversión de la carga de la prueba puede facilitar la tarea al demandante, quien suele tener mayores dificultades probatorias y sólo deberá demostrar: (i) la existencia de un daño; y, (ii) la cuantificación del daño<sup>69</sup>. Con respecto a esta última, la misma Directiva establece que, si se acreditara que la actora sufrió daños y perjuicios pero resulta imposible o difícil cuantificarlos con la prueba disponible<sup>70</sup>, los tribunales estimarán el importe de la reclamación de los daños; lo que permite, a todas luces, garantizar la tutela judicial efectiva del demandante.

En virtud de la inversión de la carga de la prueba, la tensión entre el sistema privado y público puede atenuarse. Con respecto al primero, el mecanismo procesal facilita la prueba de los elementos de responsabilidad civil y con ello, se impulsa el ejercicio exitoso de acciones de daños por parte de los perjudicados<sup>71</sup>. Por otro lado, la presunción está dirigida a satisfacer la protección de los documentos contenidos en los

---

<sup>66</sup> Juliana RodRíguez RodRigo. “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa”, *Cuadernos de Derecho Transaccional 1* (2019), 8.

<sup>67</sup> Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Directiva, L 349/1, 26 de noviembre de 2014.

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> Fernando Díez Estella, “La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transaccional 1* (2019), 289.

<sup>70</sup> Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Directiva, L 349/1, 26 de noviembre de 2014.

<sup>71</sup> Ver, Victoria Torre Sustaeta, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 223-224.

programas de clemencia ya que se reduce significativamente la necesidad de pruebas de la causalidad<sup>72</sup>.

Sin embargo, esta solución no se extiende a los supuestos *stand-alone*, es decir, a aquellas acciones independientes a la existencia de una resolución administrativa que determina la existencia de la infracción. Estas acciones presentan mayor dificultad<sup>73</sup>, ya que “la víctima debe probarlo todo, el hecho ilícito —el comportamiento anticompetitivo—, el daño sufrido y la relación de causalidad”<sup>74</sup>. En estos casos, no existe una inversión de la carga de la prueba debido a que el ilícito no ha sido verificado. Por ende, es necesario acudir a las anteriores soluciones aportadas ya que en este caso la desclasificación de datos estará dirigido a demostrar los siguientes elementos del daño: (i) el daño; (ii) el hecho antijurídico; (iii) el nexo causal entre el daño y el ilícito; y, (iv) la cuantificación del daño.

## **5. La desclasificación de documentos del expediente administrativo en el Ecuador**

En Ecuador, el régimen de acceso a documentos del expediente de la autoridad de competencia es inconsistente. Además, no se contempla una norma expresa en caso de que las víctimas de la infracción requieran de su acceso para hacerlo efectivo en el proceso civil. Lo mencionado se refleja en el proceso 17204-2018-04143, sobre la acción constitucional de acceso a la información pública presentada por la empresa CRONIX CIA. LTDA. en contra de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM). Esta última, se negó a entregar documentos que eran determinantes para que el operador económico solicite daños y perjuicios derivados de un acto de colusión<sup>75</sup>.

CRONIX, una empresa dedicada a la prestación de servicios telefónicos, aspiraba ganar el concurso público ofertado por el IESS que consistía en la prestación de servicios de Call Center para el “Sistema Integral para la Gestión Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud”. De las seis empresas presentadas, dos fueron las únicas habilitadas

---

<sup>72</sup> Ver, Björn Lundqvist, “Access to documents for cartel victims and cartel members- is the system coherent?”, *Hart Publishing/ Bloomsbury* (2015), 17.

<sup>73</sup> Ver, Fernando Díez Estella, “La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transaccional 1* (2019), 289.

<sup>74</sup> Juliana Rodríguez Rodríguez. “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa”, *Cuadernos de Derecho Transaccional 1* (2019), 8.

<sup>75</sup> Causa No. 17204-2018-04143, Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 3 de octubre de 2018.

por el IESS para continuar en el proceso de subasta inversa: RECAPT y SOLNET. Finalmente, se resolvió adjudicar el contrato a RECAPT<sup>76</sup>.

Más adelante, la Contraloría General del Estado, al examinar el proceso de contratación, determinó las siguientes inconsistencias que manifestaron la presencia de un acto de colusión: (i) similitudes y coincidencias en las ofertas de ambas empresas — RECAPT y SOLNET—, tanto así, que los colusionados ingresaron las ofertas desde la misma dirección IP, es decir, desde la misma computadora; (ii) el personal que trabajaba en la una empresa participaba conjuntamente con la otra en la entrega de documentos, colaboración de oferta y participación en el proceso contractual, demostrando que tienen un acuerdo colusorio con el fin de favorecerse en el proceso de contratación; y, (iii) la inexperiencia de ambas empresas era evidente en relación con el objeto de contratación, ya que las ofertas presentadas “no cumplían con los requisitos y debían ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar el proceso de subasta inversa, lo cual evidencia que el órgano público es parte del acto colusorio”<sup>77</sup>.

Ante lo mencionado, el representante legal de CRONIX interpuso la denuncia ante la SCPM por acuerdos anticompetitivos en contra de SOLNET, RECAPT y el IESS. En el procedimiento sancionador, se determinó la multa de USD 2 334 265 que la SCPM impuso a RECAPT por la existencia de una práctica restrictiva que falseó la competencia en la presentación de ofertas<sup>78</sup>.

En sede judicial, el proceso se resume a la presentación de un recurso subjetivo en contra del acto administrativo suscrito por la SCPM — este último rechazó el recurso de apelación de la multa impuesta al infractor— y ante el cual, el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) detectó la nulidad en la determinación de la multa, por lo que la dejó sin efecto<sup>79</sup>. Por otro lado, el recurso de casación seguido por el Intendente Nacional Jurídico de la SCPM que solicita la revocatoria de sentencia emitida por el TCA y en el que se resuelve casar la misma, dejándose a salvo el derecho de la SCPM para imponer nuevamente la multa respectiva<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Ver, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas SCPM, abierto el 20 de noviembre de 2013.

<sup>77</sup> *Id.*, 12.

<sup>78</sup> Ver, Resolución de 7 de septiembre de 2015, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, abierto el 20 de noviembre de 2013.

<sup>79</sup> Ver, Proceso Contencioso Administrativo No 17811-2016-01271, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No 1, iniciado el 13 de julio de 2016.

<sup>80</sup> Ver, Recurso de Casación dentro del proceso No 17811-2016-01271, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, iniciado el 7 de septiembre de 20

En ambos procesos, la SCPM presentó una prueba concluyente que evidenciaba la existencia del acuerdo colusorio entre ambas empresas. Para Cronix, era imprescindible acceder a ella para iniciar la acción de daños y perjuicios ya que sostuvo que este debía ser el adjudicatario del contrato. Para ello, realizó un pedido de acceso a la información dirigida a la SPCM, al TCA y a la Sala de la Corte Nacional, solicitando “la prueba concluyente que certifica que los colusionados RECAPT y SOLNET ingresaron las ofertas en el proceso desde la misma dirección IP, es decir, desde la misma computadora”<sup>81</sup>. Los órganos mencionados rechazaron su pedido por la confidencialidad que se le otorga a los documentos. Ante la negativa, el operador económico Cronix presentó una acción constitucional de acceso a la información que fue rechazada, siendo incierto si podrá demostrar o no los elementos de la responsabilidad civil<sup>82</sup>.

Adicionalmente al caso Cronix, se encuentra el caso Kimberly-Clark Ecuador SA (KC) en contra de la SCPM en el proceso 09802-2017-00197. El órgano administrativo había desclasificado ciertos documentos que han sido entregados voluntariamente por KC para beneficiarse del programa de clemencia<sup>83</sup>. La desclasificación tenía como objetivo enviar información a la Comunidad Andina junto con una solicitud de investigación sobre supuestas prácticas restrictivas a nivel regional. El TCA, en virtud de los artículos 47 y 56, inciso tercero de la LORCPM, que disponen el deber de secreto y reserva, declaró la ilegalidad de dicha desclasificación<sup>84</sup>. Labarthe, al analizar la actuación de la SCPM, menciona que esta

[...] envió los documentos, la información y las declaraciones de testigos proporcionados por Kimberly Clark en su confesión corporativa a la CAN, sin tener en cuenta la confidencialidad, reglas y la inviolabilidad de los procedimientos básicos de clemencia. Llevando aún más tensión a esta extraordinaria novela antimonopolio, el personal técnico de la CAN ignoró el incumplimiento de confidencialidad de la SCPM<sup>85</sup>.

En resumen, tanto en el caso Cronix como en el caso Kimberly Clark, se evidencia una contradicción de las actuaciones de la SCPM. En el primero, se negó el acceso a la prueba concluyente que demostraba la existencia del acto colusorio, en virtud del deber de confidencialidad y secreto previsto en los artículos 47 y 56 de la LORCPM. En el

---

<sup>81</sup> Causa No. 17204-2018-04143, Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 3 de octubre de 2018.

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Ver*, Trámite Administrativo SCMP- IG- DES-001-2016, Resolución de 14 de octubre de 2016.

<sup>84</sup> *Ver*, Proceso Contencioso Administrativo No. 09802-2017-00197, Tribunal Contencioso Administrativo, 19 de septiembre de 2018.

<sup>85</sup> Carlos Mena Labarthe, Jaime Barahona, “A Call to Arms to Protect Latin American Leniency Programs”, *Competition Policy International* (2018), 2 (traducción no oficial).

segundo, la SCPM desclasificó los documentos que habían sido aportados voluntariamente por KC dentro del programa de clemencia pero que posteriormente fue declarado ilegal en razón de los mismos artículos. Ante la disconformidad de las actuaciones de la SCPM, es importante analizar el deber de confidencialidad y secreto para posteriormente plantear las soluciones que se podrían implementar para lograr un régimen de desclasificación de documentos y, así, puedan ser aportados a la acción resarcitoria.

### **5.1. El deber de secreto y confidencialidad de los artículos 47 y 56 de la LORCPM**

Por un lado, se encuentra el artículo 47 de la LORCPM que prescribe que el deber de secreto y reserva se extiende a:

[...] toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia [...]. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información<sup>86</sup>.

De la lectura del artículo, parecería ser que los órganos jurisdiccionales pueden ser informados sobre el contenido confidencial. De esta manera, ante la negativa de la autoridad de competencia de entregar los documentos, una solicitud de acceso a la información pública podría resolver la necesidad de acceder al expediente administrativo y así determinar la responsabilidad civil que se deriva de la infracción anticompetitiva. Sin embargo, del proceso 17204-20180-4143 se desprende lo contrario, ya que este artículo fue el motivo para rechazar la desclasificación de documentos a favor de Cronix, pues la Corte manifestó que “la solicitud realizada no es procedente ya que la documentación es reservada conforme a la ley”<sup>87</sup>.

En esa misma línea, el TCA, en el caso Kimberly Clark, fundamentó la ilegalidad de la desclasificación de documentos de conformidad con el artículo 47 de la LORCPM

[...] que disponen el deber de secreto y reserva a quienes toman parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta ley, así como el proceso previo a la investigación y la fase investigativa serán de carácter

---

<sup>86</sup> Artículo 47, LORCPM.

<sup>87</sup> Causa No. 17204-2018-04143, Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 3 de octubre de 2018.

reservado [...]. Por lo tanto, declara la ilegalidad y nulidad de la resolución No. SCPM-IG-DES-001-2016 que ordena la desclasificación<sup>88</sup>.

Por otro lado, el artículo 56, inciso tercero, de la LORCPM prescribe que “[e]l proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, **excepto para las partes directamente involucradas**”<sup>89</sup>. El mismo criterio se encuentra en el Instructivo de Gestión Procesal emitida por la SCPM que dispone que “[l]as **partes directamente involucradas** podrán acceder a los documentos que conforman la parte reservada del expediente, sin embargo la obtención de copias será a partir del inicio del procedimiento de investigación”<sup>90</sup>. En este sentido, cabe precisar el término de “partes directamente involucradas” que ha sido utilizado en ambas disposiciones.

## 5.2. El alcance de “partes directamente involucradas”

La Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de España, define a dichas partes como “las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por el expediente administrativo”<sup>91</sup>. A su vez, se ha definido como aquella persona que sostiene un interés independiente del de las partes —actor y demandado— por lo que se lo denomina parte afectada o involucrada<sup>92</sup>. Es evidente que Cronix resultó ser la parte perjudicada del acto de colusión y siendo el operador económico que presentó la denuncia a la SCPM, puede ser considerado como parte involucrada. A juicio del operador económico, el negar el acceso al expediente

[...] vulnera de manera reiterada y deliberada al derecho de Acceso a la Información Pública, siendo más grave la vulneración porque las entidades conocen en detalle que todos los procesos se iniciaron por denuncias de corrupción y colusión sistemática e institucionalizada en el IESS, presentadas por CRONIX CIA LTDA., con pruebas, es decir que **CRONIX es parte procesal directa e indirecta en los procesos**, y es la empresa perjudicada por la corrupción y colusión IESS-RECAPT-SOLNET, en el periodo 2011-2018<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Proceso Contencioso Administrativo No. 09802-2017-00197, Tribunal Contencioso Administrativo, 19 de septiembre de 2018.

<sup>89</sup> Artículo 56, LORCPM (énfasis añadido).

<sup>90</sup> Artículo 3. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa SCPM, SCPM-DS-012-2017, Registro Oficial 998 de 7 de abril de 2017 (énfasis añadido).

<sup>91</sup> Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, Informe, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 4 de junio de 2020, 3.

<sup>92</sup> Ver, *Diccionario prehispánico del español jurídico*, s.v. “parte involucrada”, acceso el 14 de octubre de 2020.

<sup>93</sup> Causa No. 17204-2018-04143 (énfasis añadido)

Sin embargo, la SCPM limitó la definición de “parte directamente involucrada” a “parte procesal”, de forma que alegó que el acceso a la prueba concluyente debía ser rechazada. En palabras de la SCPM:

[...] es verdad que la empresa Cronix S.A. informó sobre los actos que ocurrieron entre el IESS y RECAPT S.A, y SOLNET S.A, hechos que fueron investigados [...], luego la empresa Cronix dejó de ser parte procesal en los juicios que impugnación que se ventilaron en el Tribunal Contencioso Administrativo y la casación conocida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional<sup>94</sup>.

Del análisis del caso, se desprende que ha existido una errónea interpretación del término “partes directamente involucradas”. De conformidad con las reglas de interpretación de la ley, el artículo 56 debe entenderse según su sentido natural y obvio, es decir, según el uso general de las mismas palabras<sup>95</sup>. Como se observó, la definición de “parte directamente involucrada” no se limita a aquella que ha intervenido en el proceso. Por lo tanto, la SCPM no debía realizar dicha distinción en virtud del principio de interpretación jurídica: “donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo”<sup>96</sup>.

Finalmente, es necesario señalar que la SCPM emitió el Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención de la multa de un cartel (Instructivo). Este instrumento, en su artículo 3, prescribe lo siguiente:

Durante el procedimiento de exención o reducción del importe de la multa, los funcionarios y servidores públicos de la [SCPM], que tomen conocimiento de este procedimiento, guardarán absoluta confidencialidad sobre: la identidad de los operadores económicos, el contenido de la solicitud, actuaciones, reuniones, entrevistas, pruebas, evidencias, indicios, informes presentados, entre otros. La información y documentación que conste en el expediente de exención o reducción será considerada confidencial, salvo los elementos de prueba que el órgano de investigación agregue al expediente de investigación, previa autorización del solicitante, contenida en el acuerdo de colaboración<sup>97</sup>.

El artículo señalado merece dos críticas. La primera es que carece de una aplicación efectiva, ya que el solicitante difícilmente autorizará la desclasificación de información en la que claramente se demuestra su culpabilidad y, además, no aceptará que la información sensible sea expuesta. Por otro lado, el Instructivo es contrario e inconsistente con el artículo 56 de la LORCPM, pues se demostró que permite el acceso

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Artículo 18, Código Civil.

<sup>96</sup> *Ver*, Sentencia C-317/12. Corte Constitucional de Colombia, 24 de octubre de 2012.

<sup>97</sup> Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención de la multa de un cartel, Resolución, Superintendencia de Poder de Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 52 de 02 de octubre de 2019.

al expediente administrativo si se trata de una “parte directamente involucrada”, mientras que el Instructivo limita dicha posibilidad dejándolo en poder del solicitante mediante su autorización.

En resumen, los artículos 47 y 56 de la LORCPM no resuelven el problema jurídico. A través de los casos analizados, se desprende que su aplicación implica rechazar la posibilidad de que las víctimas de una práctica restrictiva accedan al expediente administrativo y, en consecuencia, que no pueda ser aportado al proceso civil para la obtención de la indemnización de daños y perjuicios.

Además, no sólo se evidenció que las actuaciones de la SCPM son inconsistentes, ya que en un primer momento dispuso la desclasificación — caso Kimberly Clark— y luego la rechazó —caso Cronix—, sino que también se restringió la aplicación del artículo 56 cuando este, de manera amplia, dispone la posibilidad de acceder al contenido reservado del expediente si se trata de una parte directamente involucrada. Por lo tanto, se expondrán las siguientes recomendaciones que se pueden implementar para lograr un régimen de desclasificación de documentos.

## **6. Recomendaciones para desclasificar los documentos contenidos en programas de clemencia en el Ecuador**

### **6.1. La implementación de la inversión de la carga de la prueba**

Como se mencionó anteriormente, la inversión de la carga de la prueba es una de las soluciones planteadas que permiten al demandante disminuir la dificultad probatoria. En esta, se establece una presunción *iuris tantum* de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios<sup>98</sup>, asistiéndole al infractor el derecho a rebatir esa presunción. Se advierte que esta solución no puede ser implementada a corto plazo ya que solo mediante una disposición normativa se puede determinar aquellos casos en los que la carga probatoria recae sobre el demandado, es decir, es necesario una reforma legal<sup>99</sup>. Cabe mencionar que mediante esta reforma, la tensión existente entre la efectividad de los programas de clemencia y la reparación integral se atenúa, pues como se explicó, la necesidad de acceder al expediente sancionador se reduce debido a que es el demandado quien debe desvirtuar la causalidad entre el daño y el ilícito anticompetitivo. Además, la

---

<sup>98</sup> Ver, Pedro Yanes Yanes, *Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de Daños”*: una aproximación (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 20.

<sup>99</sup> Ricardo Herrera Vásquez, “La inversión de la carga de la prueba”, *THĒMIS-Revista de Derecho* 18 (1991), 2.

resolución administrativa que determina la infracción, tiene el carácter probatorio del hecho ilícito, lo que permite facilitar el ejercicio de la acción resarcitoria<sup>100</sup>.

## **6.2. La emisión de un instructivo por parte de la SCPM dirigida a esclarecer la confidencialidad de documentos**

Por otra parte, otra solución radica en la emisión de un Instructivo por parte de la SCPM. A modo de referencia, se encuentra la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial en procedimientos de defensa de la competencia de España, que tiene como objetivo establecer un régimen específico de acceso a la información contenida en los expedientes de la autoridad de competencia<sup>101</sup>.

En ella, se observa que la confidencialidad de documentos, a diferencia de la legislación ecuatoriana, no constituye la regla general ya que esta debe ser declarada. La Guía menciona que “la necesidad de declarar la confidencialidad de la documentación que obra en un expediente sancionador, radica en el acceso que a esa información vayan a tener los interesados en el procedimiento”<sup>102</sup>. Además, se añade que “[e]n el caso de los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas, una vez incoado el expediente, los interesados podrán tener acceso a todos los documentos que lo integren, una vez resuelta la confidencialidad”<sup>103</sup>. Con respecto a este último punto, la disposición de la Guía referente a las partes interesadas, puede esclarecer la interpretación inconsistente que la SCPM ha designado a “partes directamente involucradas” del artículo 56 de la LORCPM. Esta, dispone que

[...] las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por el expediente podrán solicitar su condición de interesados [...]. Por tanto, [...] la información contenida en los expedientes será accesible únicamente a los declarados interesados en el procedimiento<sup>104</sup>.

En otras palabras, las personas que requieren acceder a la documentación resuelta como confidencial, deben ser declaradas como partes interesadas.

---

<sup>100</sup> Ver, Juliana Rodríguez RodRigo. “La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa”, *Cuadernos de Derecho Transaccional 1* (2019), 8.

<sup>101</sup> Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, Informe, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 4 de junio de 2020, 2.

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.*, 3.

Por consiguiente, la SCPM podría realizar un exámen de los documentos contenidos en el expediente administrativo y determinar cuáles requieren la declaración de confidencialidad. Para ello, puede guiarse de la clasificación establecida en la Directiva Directiva 2014/104/UE que clasifica a los datos del expediente de una autoridad de competencia en: (i) *black list*, (ii) *grey list documents*; y, (iii) *white list documents*. Si no se opta por dicha clasificación, bien puede acoger el método de ponderación contemplada en la Guía, que dispone que

[e]n el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos deben ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador y el de no producir indefensión o perjuicios irreparables a terceros (interesados o no en el procedimiento). En consecuencia, la declaración de confidencialidad es una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y siempre motivadamente<sup>105</sup>.

Ahora bien, es evidente que los documentos aportados voluntariamente en programas de clemencia serán declarados confidenciales, por lo que la SCPM ante la solicitud de acceso a los mismos, debe analizar dos cuestiones para decidir su desclasificación: (i) si efectivamente se trata de una parte involucrada, esto es, aquella que pueda resultar afectada por el expediente; y, (ii) los intereses involucrados, caso por caso, aplicando el método de ponderación descrito anteriormente. Con la solución propuesta, se evita adaptar posiciones extremas que pretendan favorecer al sistema público sobre el privado o viceversa y, además, permite analizar las circunstancias caso por caso que puedan justificar la desclasificación de documentos.

Dicha solución se puede resumir a lo expuesto en la siguiente tabla:

---

<sup>105</sup> *Id.*,5.

Tabla No.1 Solución para la desclasificación de documentos en el Ecuador

|                     | <b>¿Qué documentos?</b>   | <b>¿Quién puede acceder?</b>  | <b>¿Cuándo pueden acceder?</b>             |
|---------------------|---|---|--|
| <b>Lista negra</b>  | Declaraciones en el marco de programas de clemencia <sup>106</sup> y acuerdos de sumisión   | Se restringe el acceso a la persona declarada como interesada o involucrada a través del método de ponderación. | En cuanto haya terminado la investigación. |
| <b>Lista gris</b>   | (i) Pruebas preparadas y aportadas por cualquier persona a un procedimiento ante la autoridad de protección de la competencia en un expediente.<br>(ii) Información elaborada por la propia autoridad y que sea enviada a las partes en el procedimiento respectivo | Toda persona natural o jurídica   | En cuanto haya terminado la investigación. |
| <b>Lista blanca</b> | Los que no se contemplan en las categorías anteriores, es decir, todo documento que no versa sobre información comercialmente sensible.   | Toda persona natural o jurídica   | En todo momento                            |

Fuente: elaboración propia a partir de la Directiva 2014/104/UE.

## 7. Conclusiones

En un sistema en el que la comisión de los ilícitos anticompetitivos desencadena consecuencias administrativas y civiles, es necesario una regulación coordinada que defienda mutuamente los intereses públicos y privados. La tensión que existe entre la efectividad de los programas de clemencia y la reparación integral no ha sido resuelta de manera uniforme. Si bien una parte de la doctrina y jurisprudencia se inclinan a rechazar la desclasificación de los documentos contenidos en el expediente administrativo, otros

<sup>106</sup> La Directiva 2014/104/UE define este término como toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente”.

afirman que esta es necesaria ya que el menoscabo de los programas de clemencia no es razón suficiente para otorgar la confidencialidad de la información.

Por otro lado, la solución que proporciona el método de ponderación, de forma que se considere caso por caso las razones por las que se puede otorgar el acceso de documentos, ha sido la más armonizadora. Además, la inversión de la carga de la prueba permite reducir la dificultad probatoria de la víctima de un cartel debido a que el infractor es quien debe desacreditar la existencia del nexo causal entre el ilícito anticompetitivo y el daño.

En el Ecuador, el problema jurídico se magnifica no solo por las actuaciones contradictorias de la SCPM sino por la antinomia existente entre el artículo 56 de la LORCPM —que permite el acceso a la parte directamente involucrada—y el artículo 3 del Instructivo —que permite el acceso en cuanto exista la autorización del solicitante.

Además, tanto las autoridades administrativas como las judiciales, han rechazado el acceso a la información de documentos que son imprescindibles para que el operador económico demuestre los elementos de la responsabilidad civil que se derivaron de un acto de colusión. Esta denegación fue fundamentada en los artículos 47 y 56 de la LORCPM que prescriben la confidencialidad y el deber de secreto del expediente administrativo, salvo si se trata de partes directamente involucradas, es decir, de toda persona natural o jurídica que pueda ser afectada por el mismo. Sin embargo, se observó que la SCPM limitó dicha excepción a “parte procesal”, lo cual es contrario a lo prescrito en el artículo de la LORCPM.

Por ello, se mencionó que una solución a largo plazo es implementar la inversión de la carga de la prueba mediante una reforma legal. Esta, permite que el infractor desvirtúe, con la información que tiene en su poder, el nexo causal entre el acto ilícito y el daño producido. De esta manera, los intereses privados de la víctima y los intereses públicos de las autoridades de competencia quedan protegidos. Finalmente, se propuso la emisión de un Instructivo por parte de la SCPM que ayude a esclarecer los temas de confidencialidad de los expedientes. Para ello, se puede optar por la declaración de confidencialidad mediante la clasificación de documentos propuesta por la Directiva 2014/104/UE: lista negra, gris y blanca. En el caso de que la víctima de un cartel requiera de la información contenida en la lista negra, es decir, programas de clemencia, la SCPM podría aplicar el método de ponderación para analizar caso por caso las razones que justifiquen la desclasificación.