

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Derecho a la defensa y confidencialidad. Tensión en el
régimen de competencia en Ecuador**

Camila Doménica Mera Acosta

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre de 2022

© 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: Camila Doménica Mera Acosta.

Código: 00206190.

Cédula de identidad: 1752026169.

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022.

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 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

**DERECHO A LA DEFENSA Y CONFIDENCIALIDAD. TENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE
COMPETENCIA EN ECUADOR¹**

**THE RIGHT OF DEFENSE AND CONFIDENTIALITY. TENSION IN THE REGIMEN OF
ECUADORIAN COMPETITION LAW**

Camila Doménica Mera Acosta²
camilameraa@outlook.com

RESUMEN

El trabajo investigativo analizó si el mecanismo previsto por el régimen de competencia ecuatoriano es eficiente y concilia los intereses de: confidencialidad y derecho a la defensa de los acusados en el procedimiento administrativo sancionador. Para ello, se empleó una metodología cualitativa deductiva y un análisis comparativo. El estudio profundizó en la definición de confidencialidad, sus respectivos criterios de valoración, derecho comparado, la tensión en el régimen de competencia y el mecanismo previsto por la legislación. En la investigación se encontró que no existe un mecanismo eficiente razón por la cual se recomienda utilizar mecanismos adicionales prescritos en el régimen del Reino Unido y la Unión Europea que aseguran una defensa adecuada para los acusados.

PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia, derecho de defensa, confidencialidad, acusados, Ecuador.

ABSTRACT

The investigative work analyzed if the envisaged mechanism for the Ecuadorian anti-trust regime is efficient and conciliates the interests of: confidentiality and the right of defense of the accused in the administrative sanctioning procedure. For that purpose, a qualitative deductive methodology and a comparative analysis were employed. The study delved into the definition of confidentiality, its respective criteria of valuation, comparative law, the tensions in the anti-trust regime and the mechanisms envisaged by the legislation. It was found during the investigation process, that there exists no mechanism sufficiently efficient in Ecuador. For that reason, it is recommended to make use of additional mechanisms prescribed in the United Kingdom and European Union which ensure an adequate defense for the accused.

KEY WORDS

Antitrust law, the right of defense, confidentiality, accused, Ecuador.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022.
Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete Serrano.

² © 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. LA CONFIDENCIALIDAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.- 6. LA CONFIDENCIALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.- 7. ¿POR QUÉ MERECE TUTELA LA CONFIDENCIALIDAD?.- 8.¿CUÁL ES LA TENSIÓN ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ECUATORIANO?.- 9. ¿CÓMO SE RESUELVE LA TENSIÓN EN EL ECUADOR?. - 10.CONCLUSIONES.

1. Introducción

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado está facultada para sancionar a los operadores económicos que cometen conductas anticompetitivas y distorsionan la competencia³. El ejercicio de la potestad sancionadora está limitado por los derechos fundamentales de los administrados. Entre ellos, el derecho a la defensa que imposibilita “la arbitrariedad de la Administración y la consecuente indefensión de las personas con intereses en la misma”⁴.

A su vez, el órgano de control para recabar indicios y medios probatorios durante las fases investigativas solicita información económicamente sensible a los distribuidores, clientes, competidores y otros operadores⁵. Con la finalidad de no otorgar ventajas competitivas inmerecidas, ni generar desincentivos en la entrega de información valiosa el régimen de competencia prevé una protección especial a la confidencialidad⁶.

Con estas consideraciones, el trabajo investigativo se cuestiona si la restricción para acceder a los documentos declarados confidenciales que sustentan la imputación de cargos de la SCPM vulnera el derecho a la defensa de los acusados en los procedimientos administrativos sancionadores. Además, se analiza si el mecanismo previsto en la legislación ecuatoriana es eficiente para conciliar ambos intereses.

La relevancia de analizar el problema en cuestión recae en dos puntos. Primero, los acusados ya no tendrían la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver sobre la pertinencia de la declaratoria de confidencialidad. A corto plazo implica

³ Artículo 1, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R.O.555, 13 de octubre de 2011.

⁴ Jaime Santofimio Gamba, *El derecho de defensa en las actuaciones administrativas situación jurisprudencial* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998), 23.

⁵Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8, Guía, Competition and Markets Authority, 10 de diciembre de 2021, párr.108.

⁶ José Massaguer, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal* (Pamplona: Thomson Reuters, 2009), 80.

una disminución en la saturación del sistema judicial. Segundo, si el mecanismo prescrito por el órgano de control no balancea adecuadamente el ejercicio del derecho a la defensa existirá un menoscabo en la protección de los acusados. Consecuentemente, una grave vulneración al debido proceso consagrado en la normativa nacional.

Por consiguiente, el presente trabajo investigativo se enfoca en ¿cómo se resuelve la tensión entre la confidencialidad y el derecho a la defensa de los acusados en el procedimiento de investigación y sanción en el régimen de competencia ecuatoriano? El estudio emplea una metodología cualitativa deductiva y un análisis comparativo de las directrices legislativas de la Unión Europea, Reino Unido y España.

En las siguientes secciones se profundiza en la definición de la confidencialidad y sus criterios de valoración previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. A continuación, se analiza los criterios de valoración utilizados en la legislación extranjera para delimitar las diferencias y similitudes. En el siguiente apartado se expone los argumentos más importantes que justifican la protección de la confidencialidad. Por último, se analiza el problema de investigación y la solución prevista por el órgano de control ecuatoriano. Si la investigación concluye que el mecanismo prescrito en el ordenamiento jurídico no es eficiente se plantean posibles soluciones recogidas en el Derecho comparado.

2. Estado de la cuestión

El análisis de la tensión entre ambos intereses requiere partir de los desarrollos doctrinarios acaecidos en la materia. Erik Obiol Anaya manifiesta que una de las facultades de la Administración Pública es el *ius puniendi*, que permite sancionar a los administrados cuando transgreden lo prescrito en el ordenamiento jurídico⁷.

Por su parte, los administrados pueden “oponerse eficazmente al ejercicio del *ius puniendi*”⁸ aplicando los derechos fundamentales y garantías inherentes a las actuaciones administrativas. Para este efecto, el legislador consolidó un sistema garantista que protege a los sujetos que se vinculan con la Administración⁹.

De este modo, el ordenamiento jurídico recoge el derecho a la defensa de los acusados. Ahora, el derecho en cuestión está configurado por “una multitud de

⁷ Erik Obiol Anaya, *La responsabilidad subjetiva u objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en la legislación peruana* (Medellín: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2018), 492.

⁸ José Garberí Llobregat, *Derecho Administrativo Sancionador Práctico* (Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2012), 73.

⁹ Jaime Santofimio Gamba, *El derecho de defensa en las actuaciones administrativas situación jurisprudencial* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998), 21.

vertientes”¹⁰ que se coligen para asegurar una defensa oportuna y adecuada. En todo caso, para el presente trabajo será conveniente puntualizar dos.

Por un lado, el derecho del acusado a “formular alegaciones”¹¹. De modo que, el administrado tenga la posibilidad de presentar sus observaciones, especialmente frente a la formulación de cargos. Por otro, el derecho a “ser informado de los términos de la acusación”¹². Es decir, garantizar el acceso al contenido de las imputaciones, y en general, al expediente.

Frente a ello, el deber de confidencialidad ligado a la preservación de secretos empresariales y otro tipo de información objeto de protección jurídica. José Martín Pastor precisa que delimitar el alcance de la confidencial conlleva una dificultad. Puesto que, se pueden suscitar conflictos entre “las garantías de confidencialidad [...], y de defensa y contradicción [...]”¹³.

En el mismo sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia reconoce que el proceso de declaratoria de confidencialidad no se limita exclusivamente a la protección de secretos empresariales. Por el contrario, incluye otros principios como el derecho de defensa de los presuntos responsables en el procedimiento sancionador¹⁴.

Para Beneyto Pérez y Maíllo González es usual que en los procedimientos del derecho de competencia existan interesados con incentivos no alineados¹⁵. En consecuencia, es trascendental una previsión específica sobre la confidencialidad “para garantizar no solo la tutela del derecho de defensa, sino una serie de derechos e intereses, como puede ser el secreto comercial”¹⁶.

Por otro lado, José Martín Pastor señala que la confidencialidad no puede constituir una barrera que restrinja “la averiguación de los hechos y calificación de las conductas”¹⁷. Sin duda, su extralimitación atentaría contra el principio de publicidad que rige a las Administraciones Públicas y los derechos del acusado.

¹⁰ José Garberí Llobregat, *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, 75.

¹¹ José Garberí Llobregat, *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, 75.

¹² José Garberí Llobregat, *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, 75.

¹³ José Martín Pastor, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2012), 820.

¹⁴ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, Guía, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 4 de junio de 2020, 4.

¹⁵ Beneyto Pérez y Maíllo González, *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España* (Barcelona: Bosch, 2004), 245.

¹⁶ Beneyto Pérez y Maíllo González, *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España*, 245.

¹⁷ José Martín Pastor, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 820.

La Comisión Europea expresa que la declaración de confidencialidad no es un obstáculo para que los órganos jurisdiccionales lleguen a conocer esa información. Por consiguiente, son estos últimos los encargados de delimitar qué será confidencial conforme a los desarrollos normativos y jurisprudenciales¹⁸.

Por último, Mercedes Pedras Calvo aborda la problemática concluyendo que el juzgador de lo contencioso administrativo “para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva debe realizar el juicio de pertinencia y la valoración de la necesidad de mantener el secreto”¹⁹. Así, evaluará la confidencialidad declarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. Marco Teórico

El presente apartado plasma los principios fundamentales del procedimiento administrativo que servirán de guía para resolver el problema jurídico descrito. El papel transcendental de los principios se resume en “su contribución a forzar la coherencia del orden normativo y su utilidad para llenar las lagunas del derecho”²⁰. A continuación, se detalla los tres principales que derivan del Estado de Derecho.

En primer lugar, el principio del debido proceso que permite al administrado ejercer su derecho a la defensa. En el procedimiento administrativo sancionador se garantiza de dos formas: la notificación de las actuaciones administrativas y el pleno conocimiento de las pruebas aportadas²¹.

En segundo lugar, el principio de legalidad que se resume en dos enfoques. El enfoque negativo determina que los actos administrativos no pueden contradecir el ordenamiento jurídico y los órganos administrativos no están facultados para actuar por fuera de sus competencias. Mientras que, el enfoque positivo se manifiesta cuando la Administración actúa acorde a la “reserva de ley”²².

Por último, el principio de publicidad de inspiración democrática. Este principio consiste en que las actuaciones administrativas deben ser conocidas por quien sufre una limitación en sus derechos subjetivos. A su vez, la publicidad implica dos momentos: la

¹⁸ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, Comunicación, Comisión de la Unión Europea, 22 de julio de 2020, párr.18.

¹⁹ Mercedes Pedraz Calvo, “La confidencialidad del expediente administrativo”, *Anuario de la Competencia* (1997), 178.

²⁰ Vergara Blanco Alejandro, *Principios generales del Derecho Público de Franck Moderne* (Santiago: ed Jurídica de Chile, 2005), 8.

²¹ Herrera Robles, Aleksey, y Wilson Herrera Llanos. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* (Barranquilla: Universidad del Norte, 2012), 330.

²² Efraín Pérez, *Derecho Administrativo Tomo I*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 119.

publicación y notificación. En consecuencia, se garantiza el pleno conocimiento de las actuaciones por parte del acusado²³.

Asimismo, José Pastor expresa que la publicidad garantiza tres derechos a los interesados: a conocer el estado de la tramitación de sus procedimientos, obtener copias de los documentos y acceder a la documentación obrante en el expediente administrativo²⁴. En el derecho de competencia la publicidad protege el mercado, puesto que, “garantiza el adecuado funcionamiento fomentando la confianza de los consumidores y usuarios”²⁵.

4. Marco Normativo

4.1. Normativa internacional

Con relación a las disposiciones de la Unión Europea, resulta esencial analizar dos directrices. Primero, la Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea establecida por la Comisión de la Unión Europea que prevé criterios de valoración de la confidencialidad similares al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Segundo, la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE expedida por la Comisión de la Unión Europea, ya que profundiza en los secretos comerciales e información distinta a los secretos comerciales que merecen tutela.

Respecto al Derecho Español, cabe examinar la guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en el procedimiento de defensa de la competencia de la ley 15/2007 con el objetivo de realizar un análisis comparativo de la valoración material de la confidencialidad.

Por último, las directrices legislativas del Reino Unido relevantes para el tratamiento y declaración de la confidencial son Transparency and disclosure: Statement of the CMA’s policy and approach done by Competition and Markets Authority; y Guidance on the CMA’s investigation procedures in Competition Act 1998 cases done by Competition and Markets Authority.

²³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo II* (Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1985), 179.

²⁴ José Martín Pastor, “Principios Generales del Procedimiento”, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, ed. de R.A. García, L. Díaz, E. García, J. González, A. Menéndez, A. Montoya y G. Rodríguez (Pamplona: Aranzadi, S.A, 2012), 802.

²⁵ Beneyto Pérez y Maíllo González, *Tratado de Derecho de la Competencia*, 249.

4.2. Normativa nacional

El estudio académico profundiza en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública por definir la confidencialidad. Además, la norma *ut supra* prescribe que las autoridades no podrán declarar reserva en las investigaciones que versen sobre vulneraciones de derechos, con la excepción de las indagaciones previas²⁶.

La norma especial en el régimen de competencia ecuatoriano, es decir, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM, no profundiza sobre la preservación de la confidencialidad. Sin embargo, su artículo 27 referente a las prácticas desleales define a los secretos comerciales. Su definición es analizada en uno de los apartados del presente trabajo²⁷.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado faculta a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, SCPM, para establecer un instructivo sobre el tratamiento de la información confidencial, mismo que será descrito en líneas posteriores²⁸. Por otro lado, el artículo 65 prescribe que las partes procesales tienen derecho a acceder a la información obrante en el expediente durante la fase investigativa, siempre que no verse sobre información declarada confidencial²⁹.

Por último, el Instructivo para el Tratamiento de la Información dedica el capítulo III a la información confidencial. En efecto, la define, proporciona una lista ejemplificativa de la información confidencial y establece tres criterios que la autoridad debe considerar para evaluar si procede o no la declaratoria de confidencialidad³⁰.

Independientemente del análisis detallado que se hará en las secciones posteriores, es conveniente aclarar que la calificación de confidencialidad de la información puede iniciar a solicitud de parte o de oficio. Tras su declaratoria, la información será trasladada a la carpeta confidencial, constando en el expediente administrativo la razón respectiva³¹.

²⁶ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, [LOTAIP], R.O. 337, 18 de mayo de 2004, reformado por última vez R.O. N/A.

²⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. 555, 13 de octubre de 2011, reformado por última vez R.O. N/D de 17 de agosto de 2022.

²⁸ Artículo 3, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, [RLORCPM], R.O. 697, 7 de mayo de 2012, reformado por última vez R.O. N/D de 1 de diciembre de 2020.

²⁹ Artículo 65, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2012.

³⁰ Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, [ITI], R.O. 333, 19 de noviembre de 2020, reformado por última vez R.O. N/A.

³¹ Artículo 10 y 11, Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, 2020.

5. La confidencialidad en el régimen jurídico ecuatoriano

5.1. Definición confidencialidad

La confidencialidad es definida por dos disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano: Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública e Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM. A continuación, se analiza su articulado.

En términos generales, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, aplicable a las entidades que conforman el sector público define a la confidencialidad como:

Aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República³².

Se deduce que la confidencialidad es excepcional. Puesto que, el principio de publicidad obliga a las Administraciones Públicas a permitir que los interesados puedan acceder a la documentación obrante en el expediente³³.

Ahora, el artículo 6 de la Ley citada *ut supra* prescribe que no es posible alegar la reserva en las investigaciones realizadas por las autoridades administrativas por estar en juego derechos e intereses de las personas. Sin embargo, existe una excepción durante la fase de indagaciones previas debido a que en esta fase inicial la autoridad no toma decisiones que limiten o transgredan derechos de los acusados³⁴.

En virtud del artículo 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que facultad a la SCPM para establecer un instructivo para el manejo de la información y documentos³⁵, el 19 de noviembre de 2020 se publicó el Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM, ITI, que dedica el capítulo III a la información confidencial. Su artículo 6 prescribe que a más de la previsto en la LOTAIP se considera información confidencial:

Aquella cuya divulgación podría causar un daño o perjuicio a un operador económico, a quien la haya proporcionado, o a terceros; aquella que pudiera afectar la posición competitiva de un operador económico; aquella que de divulgarse otorgaría una ventaja significativa para un competidor; y aquella que por disposición legal expresa se prohíba su divulgación³⁶.

³² Artículo 6, LOTAIP, 2004.

³³ Beneyto Pérez y Maíllo González, *Tratado de Derecho de la Competencia*, 244.

³⁴ Artículo 6, LOTAIP, 2004.

³⁵ Artículo 3, RLORCPM, 2012.

³⁶ Artículo 6, ITI, 2020.

En este sentido, las normas citadas permiten extraer dos conclusiones. La confidencialidad es un concepto “indeterminado” y “no taxativo”. En consecuencia, para preservar la información o datos confidenciales la SCPM deberá atenerse a las circunstancias de cada caso y valorar las posibles afectaciones de derechos de las partes procesales e incluso terceros. Estos últimos porque en ciertos escenarios podría existir una afectación a sus derechos.

Para Beneyto Pérez y Maíllo González “la determinación del carácter confidencial de una documentación es sumamente casuístico”³⁷. Por ende, para el acusado es complicado predecir si su solicitud será exitosa porque la autoridad competente analiza cada petición de confidencialidad sujetándose a las circunstancias particulares.

De igual forma, el Tribunal Supremo Español expresa que la declaración de confidencialidad implica “valorar cuestiones técnicamente complejas”³⁸. Puesto que, los intereses individuales de las partes procesales no son los únicos tutelados. Al contrario, es trascendental atender a los intereses de terceros y otros grupos económicos³⁹.

En el mismo sentido, la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia establece que se debe tomar en consideración “las particularidades de los datos, de la empresa, del contexto jurídico y económico, etc”⁴⁰. La Autoridad de Competencia y Mercado denominada CMA señala que en la petición de confidencialidad los interesados deben alegar “sufficient explanations for their claim, for example, regarding the nature of the information, the harm that could be caused, the likelihood of harm and the magnitude of that harm”⁴¹.

En definitiva, la autoridad de competencia cuando recibe una petición de confidencialidad debe examinar las circunstancias particulares y existentes en el mercado. Además, como la confidencialidad supone una excepción al principio de publicidad el análisis de su valoración será posterior y específico. Por consiguiente, el pronunciamiento

³⁷ Beneyto Pérez y Maíllo González, *Tratado de Derecho de la Competencia*, 247.

³⁸ Recurso 256/2005, Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa, 31 de enero de 2007, párr.25.

³⁹ Recurso 256/2005, Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa, 31 de enero de 2007, párr.25.

⁴⁰ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 8.

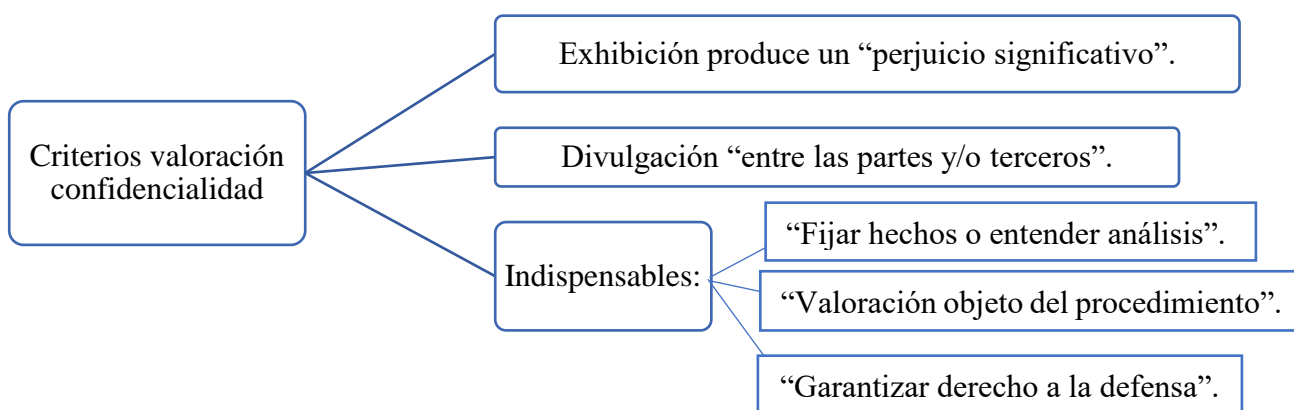
⁴¹ Transparency and disclosure: Statement of CMA's policy and approach, Guía, Competition & Markets Authority, 10 de enero de 2014, 18. “Explicaciones suficientes para su reclamo, por ejemplo, con respecto a la naturaleza de la información, el daño que podría causarse, la probabilidad de daño y la magnitud de ese daño” (traducción no oficial).

de la SCPM sobre la aceptación o negativa de la petición debe estar motivado conforme las exigencias y requisitos prescritos en la normativa⁴².

5.2. Criterios para la valoración de la confidencialidad

Por la complejidad expuesta, el ITI prescribe tres criterios que el órgano competente debe evaluar en las peticiones de confidencialidad. A continuación, los criterios se plasman en el siguiente gráfico:

Gráfico No.1 Criterios valoración de la confidencialidad- Ecuador:



Fuente: elaboración propia a partir del ITI⁴³.

En el ámbito nacional, la documentación presentada ante la SCPM, posteriormente agregada a los expedientes tiene dos clasificaciones: reservada y confidencial⁴⁴. Por regla general, si la información forma parte de un expediente administrativo se declara el carácter reservado.⁴⁵ Por esta razón, en la página web de la SCPM no se reflejan resoluciones que analicen los criterios señalados con anterioridad. Además, no existe un detalle de pronunciamientos que puntualicen sobre la importancia de la confidencialidad. Por consiguiente, se ve la necesidad de acudir al Derecho comparado y doctrina.

6. La Confidencialidad en el Derecho comparado

6.1. Comparación de los criterios para la valoración de la confidencialidad

⁴² Artículo 8, ITI, 2020.

⁴³ Artículo 8, ITI, 2020.

⁴⁴ Artículo 3, RLORCPM, 2012.

⁴⁵ Manual de gestión documental y archivo procesal, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, PR-SG-01, 23 de enero de 2020, párr. 13.

Los criterios de valoración del régimen ecuatoriano y español son exactamente los mismos, dado que, la normativa ecuatoriana se ha inspirado en el Derecho español. En consecuencia, la valoración material de la confidencialidad se refleja a través del siguiente cuadro:

Gráfico No.2 Criterios valoración de la confidencialidad- España y Ecuador:

Países	Criterios	Exhibición produce un “perjuicio significativo”.	Divulgación “entre las partes y/o terceros”.	Indispensables: 1)“Fijar hechos o entender análisis”. 2)“Valoración objeto del procedimiento”. 3)“Garantizar derecho a la defensa”.
Ecuador		✓	✓	✓
España		✓	✓	✓

Fuente: elaboración propia a partir de la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007⁴⁶ e ITI⁴⁷.

Por ello, es trascendental profundizar en cada uno de los criterios para delimitar su alcance. ¿Cómo se determina un perjuicio significativo? se debe aludir a “la naturaleza de la información”⁴⁸ y examinar “cuán reciente es la información”⁴⁹. Respecto a la naturaleza, si consiste en “información que tiene un valor comercial, financiero o estratégico”⁵⁰ se presume que ocasionará un grave perjuicio. Asimismo, los secretos comerciales son considerados confidenciales⁵¹. Estos últimos serán analizados en el apartado posterior.

Para determinar un perjuicio significativo sobre la temporalidad de la información, se estima confidencial “la información comercialmente sensible sobre una relación empresarial en curso o futura, sobre planes internos de negocio, u otra

⁴⁶ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 5.

⁴⁷ Artículo 8, ITI, 2020.

⁴⁸ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, párr. 22.

⁴⁹ *Id.*, párr. 22.

⁵⁰ *Id.*, párr. 22.

⁵¹ *Id.*, párr. 24.

información comercial de tipo prospectivo”⁵². De modo que, resulta conveniente solicitar la desclasificación de la información cuando pierde su importancia comercial por el transcurso del tiempo.

Con este criterio coincide la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al señalar que si la información no coincide con la situación actual del operador económico por el lapso del tiempo se debe modificar su clasificación⁵³. A su vez, la Comisión de la Unión Europea establece como regla general el plazo de 5 años contados desde la entrega de la información para eliminar el carácter confidencial⁵⁴.

Con relación a la difusión entre partes y terceros, la autoridad de competencia valora si la información resulta asequible para aquellos que normalmente manejan esa información⁵⁵. Acerca de los terceros, estos pueden sufrir un perjuicio por la revelación de información a través de represalias, ya sea de su competidor o socios comerciales⁵⁶. Por consiguiente, los terceros pueden solicitar que su identidad se mantenga anónima gracias a la categoría “otra información”.

Para finalizar, el tercer criterio cuestiona si la información es indispensable “para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento, así como garantizar el derecho a la defensa”⁵⁷. Tras el respectivo análisis, si el órgano de control determina que es indispensable no será confidencial, a pesar de contener secretos comerciales o ser económicamente sensible. En efecto, los acusados deben tener acceso a esta información para presentar sus observaciones, de lo contrario, estarán en una posición de indefensión⁵⁸.

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en sus resoluciones advierte que la confidencialidad no constituye una barrera legítima para inhibir que los investigados conozcan determinadas conductas o hechos obrantes en los

⁵² *Id.*, párr. 22.

⁵³ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 8.

⁵⁴ Comunicación relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, Comunicación, Comisión de la Unión Europea, 22 de diciembre de 2005, párr. 23.

⁵⁵ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, párr. 21.

⁵⁶ BPB Industries and British Gypsum/Commission, International Court of Justice, BPB Industries plc v. British Gypsum Ltd, 6 April 1995, párr. 26 y 27.

⁵⁷ Artículo 8, ITI, 2020.

⁵⁸ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 11.

expedientes sancionadores⁵⁹. Además, la Comisión señala “nadie puede ser condenado con base en documentación declarada confidencial que no pueda ser, por tanto, rebatida por el interesado”⁶⁰. Por ello, cuando se trata de información que califica una conducta o forma parte de la acusación prevalece el derecho de defensa del acusado.

De los tres criterios de valoración analizados, Reino Unido y la Unión Europea coinciden en un único criterio “perjuicio significativo”. Por ende, los dos criterios restantes se describen a continuación a través de la siguiente tabla comparativa.

Gráfico No.3 Criterios valoración de la confidencialidad- UE y Reino Unido:

Criterios Países	Criterio 1	Criterio 2
Unión Europea	El conocimiento de la información recae sobre un número reducido de personas.	La divulgación de la información menoscaba intereses objetivamente “dignos de protección”.
Reino Unido	La divulgación atenta contra “el interés público”.	-----

Fuente: elaboración propia a partir del Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea⁶¹ y Transparency and disclosure: statement of the CMA’s policy and approach⁶².

Cabe precisar que en el Reino Unido existen dos criterios dado que la legislación divide el componente de “perjuicio significativo” dependiendo si se entrega información sobre “private affairs of an individual” o “commercial”⁶³. En consecuencia, la autoridad competente analiza los intereses individuales o comerciales de los operadores.

6.2. Los secretos comerciales

⁵⁹ Caso R/AJ/632/16 TOP CABLE, Dirección de la Competencia v. TOP CABLE, Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, Recurso, 29 de noviembre de 2016, 5.

⁶⁰ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 11.

⁶¹ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, párr. 20.

⁶² Transparency and disclosure: Statement of CMA’s policy and approach, 19.

⁶³ *Id.*, 19. “Asuntos privados de un individuo” o “comercial” (traducción no oficial).

A efectos de analizar los requisitos de los secretos comerciales previstos en la legislación ecuatoriana y Derecho comparado se optó por dividir en dos grupos. El primer grupo contiene los requisitos de la Unión Europea y Ecuador por su estrecha relación. Los tres requisitos evaluados para declarar la confidencialidad se detallan mediante la siguiente tabla.

Gráfico No.4 Comparación requisitos secretos comerciales- UE, España y Ecuador:

Criterios Países	Secreta: no conocida + no fácilmente accesible.	“Valor comercial”	“Medidas razonables” para continuar con su carácter secreto.
Unión Europea	✓	✓	✓
Ecuador	✓	✓	✓

Fuente: elaboración propia a partir de la Directiva 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea⁶⁴ y la LORCPM⁶⁵.

El segundo grupo contiene exclusivamente los requisitos previstos por el régimen español, puesto que, Reino Unido no utiliza el concepto de secreto comercial. Sin embargo, esto no obsta que los secretos comerciales sean protegidos por el régimen de competencia. Así, lo reconoce la Competition and Markets Authority en una de sus disposiciones cuando alude a “information is commercially sensitive”⁶⁶.

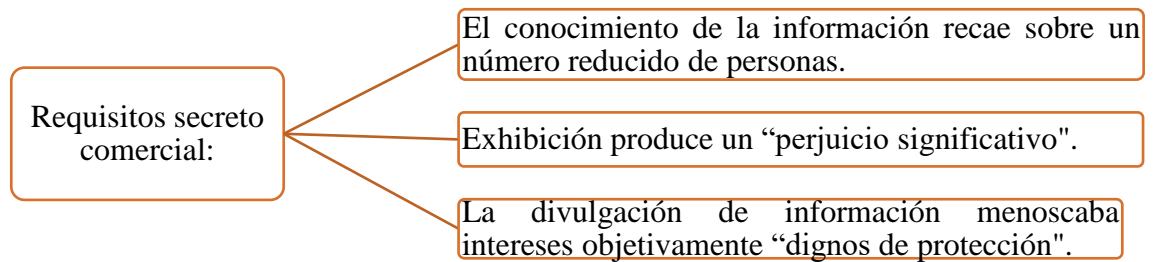
Frente a ello, el régimen de competencia español considera como secreto empresarial si la información cumple los siguientes requisitos:

Gráfico No.5 Requisitos secreto comercial- España:

⁶⁴ Artículo 2, Directiva 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, Directiva, Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 8 de junio de 2016.

⁶⁵ Artículo 27, LORCPM, 2011.

⁶⁶ Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8, párr.111. “Información es comercialmente sensible” (traducción no oficial).



Fuente: elaboración propia a partir de la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 17/2007⁶⁷.

La Comisión de la Unión Europea alude que la información relativa a la actividad económica de un operador que en caso de divulgarse ocasione un grave perjuicio será considerada como secreto comercial. Por ejemplo, los procesos de producción, la estructura de costos y estrategias comerciales⁶⁸. De igual forma, la guía sobre el tratamiento de la información confidencial considera secretos comerciales a “las cantidades producidas y vendidas, procesos de producción, información técnica o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa”⁶⁹.

Por último, es importante precisar que, si bien todos los secretos empresariales son confidenciales no toda la información confidencial recae en secretos comerciales. En definitiva, existe información distinta a los secretos comerciales que merece protección por el régimen de competencia. Así lo reconoce la Comisión de la Unión Europea dentro de la categoría “otra información confidencial”⁷⁰. En esta categoría se incluye

⁶⁷ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 6.

⁶⁷ Artículo 27, LORCPM, 2011.

⁶⁸ Comunicación relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, párr. 18.

⁶⁹ Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, 6.

⁷⁰ Comunicación relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, párr. 19.

información diferente a los secretos comerciales que de ser conocida provocaría un perjuicio sustancial a determinada persona u operador económico⁷¹.

En otras palabras, los interesados denominados “terceras partes” pueden facilitar información sensible sobre empresas que ejercen presiones competitivas, clientes, proveedores, e incluso distribuidores. Información que sin el carácter confidencial daría lugar a represalias por parte de los acusados hacia quienes remiten la información⁷². Por ejemplo, la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013 declaró confidencial la identidad de un remitente de un correo electrónico, puesto que, denunció ciertos hechos vinculados con conductas anticompetitivas⁷³.

7. ¿Por qué merece tutela la confidencialidad?

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Español del 29 de julio de 1997 establece “la garantía de la confidencialidad [...] constituye el contrapeso indispensable a las normas que exigen a las empresas colaborar con ellos y suministrar las informaciones que éstos les requieran, [...]”⁷⁴. Por ende, la preservación de la confidencialidad se justifica por un interés legítimo de las partes.

A su vez, José Massaguer plantea dos argumentos que justifican la protección de los secretos empresariales por parte del ordenamiento jurídico. Primero, garantiza “un mínimo de buenas prácticas empresariales”⁷⁵. En consecuencia, se evita que los operadores económicos cometan conductas anticompetitivas, posean una ventaja competitiva y aquellos que tienen conocimiento de la información sensible infrinjan sus deberes. Segundo, la tutela incentiva a generar “nueva información socialmente valiosa”⁷⁶ y a la innovación, puesto que, los interesados no podrán aprovecharse de los datos o documentos de los acusados.

Cuando los operadores económicos generan información comercial incurren en costos. Sin embargo, los costos asociados no resultan un impedimento porque la inversión será recuperada. Además, aquel operador tiene una ventaja en el mercado. Ahora bien, si

⁷¹ Comunicación relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, párr. 19.

⁷² *Id.*, párr 19.

⁷³ Caso R/0147/13, ATFRIE, Dirección de investigación v. ATFRIE, Comisión Nacional de la Competencia, Recurso, 2 de octubre de 2013,10.

⁷⁴ Caso R 185/96, Radio Fórmula, Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia v. Grupo PRISA y Antena 3 de radio S.A., Tribunal de Defensa de la Competencia, Recurso, 29 de julio de 1997, 6.

⁷⁵ José Massaguer, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, 80.

⁷⁶ *Id.*, 80.

la información comercial no es tutelada los operadores económicos ya no tendrán incentivos para crearla, ya que otros operadores fácilmente accederían a ella sin necesidad de incurrir en los costos asociados, provocando una ventaja competitiva inmerecida. Asimismo, el operador económico generador de la información no recuperará su inversión, no obtendrá beneficios, ni sentirá la necesidad de innovar⁷⁷.

8. ¿Cuál es la tensión entre la confidencialidad y el derecho a la defensa en el régimen de competencia ecuatoriano?

El procedimiento de investigación y sanción en el régimen de competencia ecuatoriano inicia de tres formas “de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia”⁷⁸. Se compone de una etapa pre-procedimental y procedimental. Si inicia “de oficio o a solicitud de un órgano” la etapa pre-procedimental abarca la fase de investigación preliminar donde se recopila indicios e información sobre la conducta anticompetitiva⁷⁹. Mientras que, cuando se presenta una denuncia incluye la calificación de la denuncia y la fase de investigación preliminar⁸⁰.

Posteriormente, el órgano de investigación emite un informe que analiza si es pertinente continuar con el procedimiento de investigación o desestimarlo⁸¹. A continuación, el órgano de sustanciación valora el informe y si concluye necesario avanzar con la siguiente fase dispone el inicio del procedimiento, es decir, el inicio de la etapa procedimental⁸². En la fase de investigación el órgano competente está facultado para solicitar documentación a cualquier persona o entidad con la finalidad de completar la información y pruebas⁸³.

Durante esta fase los investigados tienen derecho a acceder a la documentación obrante en el expediente, con excepción de la confidencial⁸⁴. Por consiguiente, se concluye que la confidencialidad es oponible al presunto responsable en las fases de investigación preliminar e investigación porque la autoridad de competencia no emite decisiones que transgredan sus intereses o derechos.

Concluida la fase de investigación el órgano competente realiza un informe de resultados que contiene un análisis de los hallazgos y, si existe mérito, una propuesta de

⁷⁷ José Massaguer, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, 90.

⁷⁸ Artículo 53, LORCPM, 2011.

⁷⁹ Artículo 61, RLORCPM, 2012.

⁸⁰ Artículo 55, LORCPM, 2011.

⁸¹ Artículo 55 y 56, RLORCPM, 2012.

⁸² Artículo 56, LORCPM, 2011.

⁸³ Artículo 64, RLORCPM, 2012.

⁸⁴ Artículo 65, RLORCPM, 2012.

sanciones y medidas correctivas⁸⁵. El órgano de investigación corre traslado al presunto responsable con el informe de resultados a fin de que presente sus respectivas observaciones⁸⁶. Junto a este informe, si existe mérito, la SCPM acusa e imputa cargos; el investigado se convierte, entonces, en acusado. Por ende, a partir de este momento la confidencialidad ya no resulta oponible porque se adoptan decisiones que limitan el ejercicio de los derechos.

Seguidamente, se apertura la fase de sustanciación que involucra la presentación de medios probatorios y culmina con el informe final realizado por el órgano de investigación⁸⁷. Una vez que el órgano de investigación entrega el informe final y el expediente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia inicia la fase de resolución⁸⁸. En esta fase el órgano notifica al acusado con el contenido del informe final para que presente sus alegatos. Luego, el mismo órgano evalúa si es oportuno convocar a una audiencia pública. Finalmente, la Comisión emite su resolución que determina si el acusado es o no responsable por el cometimiento de una conducta anticompetitiva⁸⁹.

Durante el procedimiento de investigación y sanción la autoridad de competencia solicita a clientes, proveedores, distribuidores, competidores u otros operadores información que por su valor económico e interés comercial merece tutela por el ordenamiento jurídico bajo la categoría de confidencialidad. Frente a ello, el acusado que necesita acceder a la información que sirve de sustento a la imputación para replicarla. Sin embargo, ¿Qué ocurre si la información es confidencial? sobre este último punto recae la tensión en el régimen de competencia.

Esto es, ¿La limitación para acceder a documentos declarados confidenciales que sustentan la acusación de la SCPM vulnera el derecho a la defensa de los acusados en los procedimientos administrativos sancionadores? Existen precedentes jurisprudenciales y legislación extranjera que abarcan este tema. Entre ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que el derecho a la defensa del acusado es vulnerado si se cumplen dos circunstancias: el documento confidencial sirve de fundamento para la acusación y si la acreditación de la acusación exclusivamente se logra a través de ese documento⁹⁰.

⁸⁵ Artículo 67, RLORCPM, 2012.

⁸⁶ Artículo 68, RLORCPM, 2012.

⁸⁷ Artículos 59 y 61, LORCPM, 2011.

⁸⁸ Artículo 70, RLORCPM, 2012.

⁸⁹ Artículo 71, RLORCPM, 2012.

⁹⁰Asunto 107/82, Allgemeine Elektrizitäts Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia, Fondo, 25 de octubre de 1983, párrs. 24-30.

En consecuencia, si existen otros documentos como medios probatorios que justifican la acusación de la Comisión y se omite que el acusado conozca el contenido de un medio probatorio no altera la base de la formulación de cargos⁹¹. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresa que el derecho de defensa no implica “un principio general y abstracto” que permita a las partes acceder a toda la información que verse sobre otros⁹².

Acerca del acceso al expediente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que “los secretos comerciales de otras empresas [...] y de otras informaciones confidenciales” son una limitación válida⁹³. Con relación a la normativa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone lo siguiente: “El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad”⁹⁴. Además, el Reglamento (CE) N o 773/2004 en el artículo 15 prescribe “El derecho de acceso al expediente no se extenderá a los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial”⁹⁵.

De los precedentes jurisprudenciales y artículos citados se infiere que las limitaciones impuestas al acceso de documentos para proteger “secretos comerciales y otra información” son razonables por salvaguardar intereses de las partes y terceros en el procedimiento sancionador. Ahora, cuando documentos confidenciales sustentan la formulación de cargos no siempre se vulnera el derecho a la defensa del acusado, ya que se deben cumplir las dos circunstancias descritas.

Por último, la autoridad debe permitir al acusado el acceso a la información que sirve de base para sostener la imputación. Si parte de esa información está protegida con el carácter confidencial es indispensable activar los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico que concilian la tensión entre la confidencialidad y el derecho a la defensa, mecanismos analizados en el apartado ulterior.

9. ¿Cómo se resuelve la tensión en el Ecuador?

Corresponde en este apartado cuestionar lo siguiente: ¿Cómo se resuelve la tensión entre la obligación de confidencialidad y el derecho a la defensa de los acusados

⁹¹ Asunto C-542/14, *Musique Diffusion française v. otros/Comisión*, Tribunal de Justicia, Fondo, 21 de julio de 2016, párr. 30.

⁹² Caso KEROJÄRVI v. FINLANDIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fondo, 19 de julio de 1995, párr.42.

⁹³ Caso C-109/10 P, *Solvay SA v Comisión Europea*, Tribunal de Justicia, Fondo, 25 de octubre de 2011, párr. 54.

⁹⁴ Artículo 41, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000.

⁹⁵ Artículo 15, Reglamento (CE) no 773/2004 de la Comisión de las Comunidades Europeas, 7 de abril de 2004.

en el procedimiento de investigación y sanción en el régimen de competencia ecuatoriano? ¿Los mecanismos son eficientes para garantizar el derecho a la defensa de los acusados? ¿Cómo se resuelve la tensión en el Derecho comparado? Para ello, se analiza los extractos no confidenciales, la desclasificación y los mecanismos proporcionados por la legislación extranjera.

Primero, la SCPM resuelve la tensión a través de los extractos no confidenciales incorporados al expediente administrativo⁹⁶. ¿En qué consisten los extractos no confidenciales? “un texto redactado en lenguaje claro, conciso y comprensible”⁹⁷ que sin exhibir la información sensible permite comprenderla. Paralelamente, es oportuno comparar su definición con la legislación española para determinar si es un mecanismo incorporado del régimen extranjero.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puntualiza que la solicitud de confidencialidad a más de estar motivada por el peticionario requiere adjuntar una versión no confidencial de los documentos⁹⁸. Asimismo, la Comisión de la Unión Europea precisa que la versión no confidencial tiene idéntico valor probatorio que el documento original⁹⁹. Por lo expuesto, se concluye que la medida prevista en el régimen ecuatoriano se inspira de las directrices legislativas españolas.

La otra posibilidad que tiene el acusado es solicitar la desclasificación de la información, es decir, modificar su carácter de confidencial a reservado o público¹⁰⁰. No obstante, la desclasificación ocurre en dos circunstancias: cuando la persona o el operador económico que aporta la información lo solicita o la SCPM lo requiere de oficio. Por ello, si el acusado desea solicitar la desclasificación de información remitida por un tercero para ejercer su derecho a la defensa su petición será negada por la autoridad de competencia.

Por ende, el acusado se encuentra ante dos posibilidades: confidencialidad y desclasificación. Segundo, ¿El único mecanismo (“extractos no confidenciales”) previsto por el ordenamiento jurídico es eficiente para garantizar una defensa adecuada? La práctica refleja que no. Actualmente, existen procesos judiciales en el contencioso

⁹⁶ Artículos 10 y 11, ITI, 2020.

⁹⁷ Artículo 3, ITI, 2020.

⁹⁸ Artículo 20, Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008, Ministerio de Economía y Hacienda, 27 de febrero de 2008.

⁹⁹ Comunicación relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, párr. 25.

¹⁰⁰ Artículo 13, ITI, 2020.

administrativos donde el órgano jurisdiccional delimita el alcance de la confidencialidad y el derecho a la defensa.

Tercero, resta por abordar los demás mecanismos establecidos en el Derecho comparado con el objetivo de proponer posibles soluciones para el equilibrio de ambos intereses. El régimen del Reino Unido utiliza “confidentiality rings or data rooms”¹⁰¹ con la finalidad de limitar el acceso de la información confidencial a un grupo reducido de personas. Los establecimientos de datos se utilizan cuando se busca valorar documentos, evaluar el análisis efectuado por la autoridad de competencia y contradecir sus hallazgos. Por lo general, los asesores de las partes acuden a las instalaciones de la Competition & Markets Authority, CMA, para acceder a los documentos confidenciales¹⁰².

Los anillos de confidencialidad son óptimos si se trata de datos cuantitativos o cualitativos¹⁰³. La autoridad de competencia evalúa si la aplicación acarrea beneficios palpables y cualquier obstáculo jurídico o práctico que se presente sea subsanable prontamente. ¿Cuál es el procedimiento? el remitente de la información es notificado con el inicio de esta medida para que presente sus observaciones. Tras evaluar las observaciones y las circunstancias, la Competition & Markets Authority establece si es oportuno continuar o no con este mecanismo¹⁰⁴.

El Derecho de la Unión Europea prevé dos mecanismos: censura y círculos de confidencialidad. La censura consiste en la eliminación de las partes confidenciales. Es decir, en lugar de colocar la información confidencial se coloca “datos anónimos o cifras agregadas, la sustitución de párrafos suprimidos por resúmenes informativos o no confidenciales que sean elocuentes, o incluso el tachado total de las partes de los documentos que contengan información confidencial”¹⁰⁵. Ahora bien, este mecanismo tiene dos limitaciones, ya que se protege el derecho a la defensa.

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales rechazan que los operadores económicos tachen páginas completas, puesto que, el acusado está impedido de replicar la información. En segundo lugar, el remitente de la documentación está obligado a colocar otro tipo de datos e información que reemplacen las censuras. Por excelencia, se

¹⁰¹ Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8, párr.7.11. “Anillos de confidencialidad o establecimientos de datos” (traducción no oficial).

¹⁰² Transparency and disclosure: Statement of CMA's policy and approach, 23.

¹⁰³ Competition & Markets Authority, Transparency and disclosure: Statement of CMA' s policy and approach, 23.

¹⁰⁴ Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases: CMA8, párr.7.13.

¹⁰⁵ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, párr. 37.

utiliza este mecanismo entre operadores económicos integrados horizontalmente. Sin embargo, la censura resulta ineficaz cuando la información confidencial es voluminosa¹⁰⁶.

¿Qué ocurre si el volumen de la información confidencial excede un límite razonable? Es indispensable acceder a otros mecanismos. Entre ellos, los círculos de confianza que dan acceso a la información confidencial exclusivamente a un grupo reducido de personas. A diferencia de la censura, esta medida es recomendada si existen “datos cuantitativos [...] o de información comercial muy estratégica”¹⁰⁷. Puesto que, esta documentación resulta compleja de resumir o la censura excedería los límites expuestos¹⁰⁸.

Para finalizar, las personas que acceden a esta medida están obligadas a cumplir los parámetros impuestos por los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, a no reproducir la información por un canal no autorizado, a no difundirla con personas distintas de las que forman parte del círculo de confidencialidad, a no utilizarla para fines diferentes a los acordados. Incluso, si quienes acceden a la información son exclusivamente los asesores jurídicos de las partes la autoridad puede disponer que no sea comunicada a sus clientes¹⁰⁹.

En conclusión, el Derecho comparado ofrece una gama de mecanismos que concilian la protección de la confidencialidad con el derecho a la defensa de los acusados, situación que no ocurre en Ecuador. La autoridad de competencia o el órgano jurisdiccional en la legislación extranjera evalúa si la información comprende datos cualitativos o cuantitativos, su naturaleza y las circunstancias inherentes al mercado para optar por el mecanismo que mejor se adapte a cada caso.

No obstante, los acusados en el régimen de competencia ecuatoriano únicamente pueden acceder a extractos no confidenciales o solicitar la desclasificación de la información, medidas que no siempre son eficientes por las consideraciones analizadas. Por ende, esta limitación para ejercer adecuadamente su derecho a la defensa supone un problema.

10. Conclusiones

¹⁰⁶ Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia de la Unión Europea 2020/C 242/01, párrs. 39-43.

¹⁰⁷ *Id.*, párr. 52.

¹⁰⁸ *Id.*, párr. 52.

¹⁰⁹ *Id.*, párrs. 75-77.

En definitiva, el presente trabajo investigativo cuestionó principalmente tres puntos. Primero, ¿La restricción para acceder a los documentos declarados confidenciales que sustentan la acusación de la SCPM vulnera el derecho a la defensa de los acusados? Segundo, ¿Cuál es la tensión entre la confidencialidad y el derecho a la defensa de los acusados en el régimen de competencia? Tercero, ¿Cómo resuelve el ordenamiento jurídico esta tensión? Tras el análisis desarrollado en los apartados precedentes, se colige como principales hallazgos los siguientes.

Durante las fases preliminares la confidencialidad es oponible al investigado, puesto que, la autoridad no emite pronunciamientos que limiten el ejercicio sus derechos. Ahora bien, la confidencialidad se convierte en inoponible cuando la formulación de cargos se construye a través de información confidencial, puesto que, el acusado debe replicar los argumentos del órgano de control. Por consiguiente, en el Derecho comparado se prevé una gama de mecanismos que concilian la protección de información sensible y el derecho a la defensa del acusado. En cambio, el escenario varía al remitirse al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La pregunta de investigación fue absuelta de manera positiva, tras el análisis se concluye que el régimen de competencia prescribe un solo mecanismo denominado “extractos no confidenciales” para garantizar que la información no quede desprotegida y el acusado acceda a su contenido. En efecto, la naturaleza de la información, el tipo de datos y las circunstancias inherentes a cada caso requieren de un abanico de posibilidades. Por ello, los extractos no confidenciales no se sujetan a estas valoraciones, en consecuencia, son ineficientes y constituye un problema para los acusados.

Por otro lado, en la investigación existió dos limitaciones. En primer lugar, el carácter reservado de los expedientes impide incorporar datos cuantitativos que reflejen el volumen de solicitudes de confidencialidad que son presentadas por los operadores económicos, principalmente en la Intendencia de poder de mercado y prácticas restrictivas. En segundo lugar, la SCPM no publica frecuentemente resoluciones que analicen la valoración material de la confidencialidad. Por ende, el trabajo investigativo no analizó pronunciamientos emitidos en el Ecuador.

Frente a la falta de mecanismos en el régimen de competencia ecuatoriano, se recomienda incorporar otros mecanismos de conciliación como son los anillos de confidencialidad, la censura, data room y los círculos de confidencialidad previstos en la legislación extranjera.