

Panamá, 19 de agosto de 2004.

Doctor
Gustavo A. Paredes
Comisionado Presidente
Comisión de Libre Competencia
y Asuntos del Consumidor (CLICAC)
E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Por medio de la presente procedemos a dar respuesta a su nota CP-323/GAP/mr/la de 30 de julio de los corrientes, mediante la cual nos solicita interpretemos el alcance y sentido del artículo 111 de la Ley 29 de 1996 *“Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas”*.

Antecedentes

“Como es de su conocimiento, la CLICAC, en temas relacionados a las prácticas monopolísticas ilícitas, actúa como una especie de fiscalía económica, investigando a todas a aquellas personas naturales o jurídicas que presuntamente han realizado comportamientos o actividades fuera del marco de la Ley 29 de 1996.

En ese sentido, una vez que administrativamente ha investigado y ha reunido suficientes elementos de prueba, la CLICAC decide en base a ellas si demanda o no ante los tribunales de justicia competentes.

En base a esta función, deberá CLICAC probar su causa ante el Órgano Judicial y una vez obtenida una sentencia condenatoria en firme, procederá a la imposición de sanciones administrativas.

Cabe resaltar que la mayoría de la información y documentación recabada se obtiene en función de diligencias probatorias autorizadas por los Juzgados Especializados en Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (vg. Juzgado Octavo y Noveno del Primer Circuito Judicial de Panamá), de acuerdo al artículo 141 numeral 7mo. de la Ley 29 de 1996.

El artículo 111 del Capítulo II ‘La Organización’, Título V ‘De la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor’, de la Ley 29 de 1996, dispone:

***Artículo 111. Confidencialidad.** Las informaciones que la Comisión reciba de las empresas y organizaciones, por razón de la gestión de asuntos en ejercicio de sus funciones, no podrán ser divulgadas sin la autorización expresa de aquellas personas que hayan suministrado la información o documentación correspondiente. Se exceptúan, las informaciones que le sean requeridas por autoridades del Ministerio Público o del Órgano Judicial, en la forma que dispongan las normas pertinentes.*

Como se aprecia, la Ley 29 de 1996 contiene una disposición especial en materia de confidencialidad que presupone autorización expresa de la persona que suministró la información a fin de que la CLICAC puede divulgar la misma.

En este sentido la institución enfrenta la situación de que para probar su causa ante el Órgano Judicial, debe fundamentarse en la información y documentación recabada administrativamente. Vale precisar que las personas que han suministrado la información o documentación son básicamente las mismas que se demandan por presuntas prácticas monopolísticas.

La pregunta por tanto, es la siguiente:

¿Puede la CLICAC utilizar la información y documentación que recabó administrativamente, en el tribunal de justicia donde presenta su

demanda, aún cuando dentro de dicha información hay material confidencial y no contamos con la autorización de quien nos la entregó?

Criterio Jurídico de la Entidad Consultante

En el capítulo III del Título Preliminar de nuestro Código Civil, se establecen las reglas de interpretación y aplicación de la Ley. Una de ellas es la contemplada en el artículo 9 de dicho Código, que señala:

Artículo 9: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

El artículo 111 de la Ley 29 de 1996 sobre confidencialidad no detalla que tipo de información puede ser considerada confidencial. Dicha norma plantea una expresión muy general, abierta y oscura cuando en su enunciado utiliza la frase ‘la información’, la cual puede generar interpretaciones absurdas como sería que todas las informaciones, por el sólo hecho de haber sido entregadas a la Comisión en el ejercicio de sus funciones por las empresas y organizaciones, jamás podrán ser divulgadas salvo que ellos mismos (los investigados) así lo autoricen; hecho éste que haría totalmente inoperante las funciones para las cuales hemos sido creados (como institución).

Si bien es cierto que la norma no entra en detalle al respecto del tipo de información sobre la cual recae la confidencialidad, y tampoco señala ni resulta claro frente a quien la Comisión debe guardar esa confidencialidad y por cuanto tiempo, razón por la cual consideramos que la expresión ‘la información’ contenida en el artículo 111, no es clara.

Todo lo anterior nos lleva a buscar el verdadero espíritu o intención que tuvo el legislador, para dar sentido jurídico y práctico a la norma objeto de esta consulta.

En primer lugar, tomemos en cuenta el artículo 111 dentro de un cuerpo normativo denominado Ley 29 de 1996, que a su vez dicha norma se encuentra dentro del Título V denominado ‘De la Comisión de Libre

Competencia y Asuntos del Consumidor’, que se refiere a la organización y funciones de esta institución estatal.

Una función muy importante para la Comisión, consagrada dentro de este Título V, es la de investigar y sancionar las violaciones a la Ley 29 de 1996 (art. 103, numeral 8).

Esta situación requiere que las empresas y organizaciones sujetos en estos casos, entreguen constantemente informaciones de todo tipo, muchas de las cuales son informaciones de carácter general o público.

En una pequeña proporción, la información tiene un carácter restringido, como acontece en algunas investigaciones por prácticas monopolísticas, donde las empresas remiten informaciones relativas a sus costos y estrategias comerciales.

Si éstas pudiesen justificar en cierta medida la obligatoriedad de la Comisión, de guardar la confidencialidad, en estos casos sería abrir la puerta para que las empresas temerariamente utilicen a la Comisión como un instrumento que sirva para conocer las informaciones privadas y restringidas de sus competidores.

Tomando en cuenta esta función de investigar y sancionar, no cabe pensar que el artículo 111 inhibe utilizar la información recabada en una investigación para poder sancionar, por el simple hecho de que el sujeto investigado no autorizó la divulgación de la información recopilada previamente.

Es importante destacar que el artículo 111 establece una excepción al señalar que este tipo de información, o sea la restringida, y no toda la información en sentido amplio, puede ser conocida cuando es requerida por el Ministerio Público o el Órgano Judicial, con el objeto de cumplir con sus respectivas funciones.

Por lo anterior, conceptuamos que la Comisión, sólo está obligada a mantener la confidencialidad de la información a ella proporcionada cuando ésta tenga en sí misma un carácter restringido.

Destacamos también la Ley 6 de 22 de enero de 2002 “*Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y*

dicta otras disposiciones”, la cual definió como información de acceso restringido, la información que versa sobre procesos investigativos realizados por la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, ley posterior y aplicable al tema sobre la información restringida.

(Resaltamos) el artículo 14, numeral 4, del Capítulo IV “Información Confidencial y de Acceso Restringido”, el cual citamos a continuación:

“Artículo 14. La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un periodo de diez años, contado a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido.

Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

...

4. La información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección General de Aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero para la Prevención de Blanqueo de Capitales, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Nótese que la propia norma aplicable, señala que es el funcionario quien determina qué es de acceso restringido y no el particular investigado, por el sólo hecho de haber entregado la información.

Como comentario adicional es oportuno mencionar que en el año 2002, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor quiso utilizar una información confidencial, cuya divulgación no estaba autorizada por la

persona que la suministró en una investigación administrativa distinta de aquella a la cual pertenecía y que había sido recabada con autorización judicial, lo cual provocó un pronunciamiento de la Juez Octava de Circuito Ramo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, en Auto 162 de 11 de marzo de 2002.

Extracto:

“La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, como ente administrativo estatal, creado por ley con funciones específicas, entre ellas la de investigar las prácticas restrictivas de la competencia, está obligada a guardar la confidencialidad de la información que repose en sus archivos.

Esta confidencialidad debe ser entendida con respecto a terceros, no en torno a la propia peticionaria, en otras palabras, el uso que la CLICAC le dé a la información que tenga en sus archivos, deberá hacerse en reserva, mesura y cautela frente a terceros; esto no significa que no pueda hacer uso de la información siempre que la necesite...”

Como queda claro, el deber de la Comisión de guardar la confidencialidad de información restringida, no es absoluto y el mismo cede ante el anhelo de construir la justicia.

Si se aceptara que la CLICAC no puede utilizar la información recabada administrativamente, para sustentar su causa ante los tribunales de justicia, por el hecho de no haber obtenido de los investigados autorización expresa, sería dejar en indefensión a la CLICAC, siendo esta entidad representante de los intereses estatales y colectivos.’

Criterio de la Procuraduría de la Administración

Para iniciar el análisis solicitado, es preciso partir de una simple premisa, esta es, lo que significa el término “confidencial”.

De acuerdo al DRAE, confidencial es lo que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca ente dos o más personas.¹

Muy diferente es el significado de “restringido”, del verbo restringir, esto es, ceñir, circunscribir, reducir a menores límites.²

En el caso que nos atañe, es la información de carácter confidencial y no la de carácter restringido la que debemos analizar a fin de ofrecer una respuesta cabal a la presente consulta.

De aquí que debe ser el artículo 13, y no el artículo 14 de la Ley 6 de 2002 antes citada, el que debe servirnos de apoyo para deslindar la esencia del caso entre manos. Veamos:

“Artículo 13: La información definida por la presente Ley como confidencial no podrá ser divulgada bajo ninguna circunstancia por agentes del Estado.

En el caso de que la información de carácter confidencial sea parte de procesos judiciales, las autoridades competentes tomarán las provisiones debidas para que dicha información se mantenga reservada y tengan acceso a ella únicamente las partes involucradas en el proceso judicial respectivo”.

Tal como bien nos indican vuestros asesores jurídicos en el criterio adjunto, la Ley 6, mejor conocida como “Ley de Habeas Data” es ley posterior a la ley marco de la CLICAC y por ende, pasa a definir en términos más precisos, lo que debemos entender como “confidencial” en cuanto a divulgación de información se refiere.

La **Ley 6 de 2002** debe servir como punto de referencia para definir la CLICAC como un agente del Estado, y “una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno,

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, XXII Edic., Madrid, Edit. Espasa Calpe, 2001, p. 620

² Ob.cit., p. 1961

independencia en el ejercicio de sus funciones y adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias”.³

No obstante, por estar la CLICAC adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias, los principales lineamientos comerciales a seguir por esta entidad también son aquellos dictados por la máxima entidad competente al respecto sobre temas de comercio en el mundo, como lo es la Organización Mundial del Comercio.

Esto es así en virtud de la **Ley 23 de 15 de julio de 1997**” *‘Por la cual se aprueba el Acuerdo de Marrakech, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el protocolo de adhesión de Panamá a dicho acuerdo junto con sus anexos y lista de compromisos, se adecua la legislación interna a la normativa internacional y se dictan otras disposiciones’*.”

Al respecto de la información de carácter confidencial, la OMC declara lo siguiente:

“Toda información que, por su naturaleza, sea confidencial (por ejemplo, porque su divulgación implicaría una ventaja significativa para un competidor o tendría un efecto significativamente desfavorable para la persona que proporcione la información o para un tercero del que la haya recibido) o que las partes en una investigación faciliten con carácter confidencial será, previa justificación suficiente al respecto, tratada como tal por las autoridades. Dicha información no será revelada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado (Acuerdo AD, Art. 6.5; Acuerdo SMC, Art. 12.4).”⁴

³ Art. 101, Capítulo I ‘Disposiciones Generales’, Título V ‘De la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor’, Ley 29 de 1996.

⁴ Acceso a Información Confidencial, Norma de la OMC, Procedimientos de Proceso Apropriado, Compendio de Leyes Sobre Medidas Antidumping y Derechos Compensatorios, <http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGADCVD/spanish/060500.asp>

Analizando lo arriba plasmado, podemos concluir sin lugar a equivocarnos, que la génesis jurídica del artículo 111 de la Ley 29 de 1996 bajo estudio, reposa precisamente en los anales de la OMC.

Concordamos con vuestros asesores jurídicos en cuanto a que la redacción del artículo 111 de la Ley 26 de 1996 no es suficientemente clara, tomando en cuenta que la normativa de la OMC antes mencionada abre un amplio compás para amoldarla a las necesidades jurídicas de todos los países signatarios del Acuerdo de Marrakech.

Dicha directiva no es de ninguna manera restrictiva y así lo comprueban las diversas reglamentaciones de algunos países miembros de la OMC, como las detalladas a continuación:

Brasil

Toda información que, por su naturaleza, sea confidencial o presentada bajo los requerimientos de confidencialidad será tratada como tal y no divulgada sin la expresa autorización de la parte que la haya facilitado, **siempre y cuando dicha confidencialidad esté bien fundada**. La información clasificada como confidencial será procesada separadamente (Dec. 1602/95 - Art. 28 caput; Dec. 1751/95 - Art. 38 caput). En caso de que la información clasificada como confidencial no amerite plenamente tal clasificación, y si el proveedor de la información se rehúsa a divulgarla incluso por medio de un resumen, la información en cuestión podrá no ser tomada en cuenta, **a menos que una fuente adecuada aporte pruebas convincentes de su precisión** (Dec. 1602/95 - Art. 28.2; Dec. 1751/95 - Art. 38.2).

Colombia

El INCOMEX, al iniciar la actuación, hará cuaderno separado para llevar en él los documentos que las autoridades, el peticionario o las partes interesadas aporten con carácter confidencial. Tales documentos recibirán tratamiento confidencial de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y no podrán ser registrados sino por las autoridades. Quienes aporten documentos confidenciales deberán enviar resúmenes no confidenciales de ellos. **Si el INCOMEX considera que los documentos aportados como confidenciales no revisten tal carácter, solicitará a quien los aporte el levantamiento de dicha confidencialidad o la manifestación de las razones por las cuales se abstiene de hacerlo**, en escrito dirigido a INCOMEX. El carácter reservado de un documento no será oponible a que las autoridades lo soliciten para el

debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a las autoridades asegurar la reserva de tales documentos cuando lleguen a conocerlos en el curso de los procedimientos. Cuando se aporten documentos como confidenciales y no se alleguen los resúmenes no confidenciales correspondientes o no se levante la confidencialidad cuando el INCOMEX lo solicite o no se expresen las razones por las cuales el aportante se abstiene de hacerlo o cuando éstas no estén debidamente justificadas, se podrá no tomar en cuenta dentro de la investigación la documentación aportada como confidencial (Decreto 299, Capítulo 7, Art. 43).

México

De conformidad con lo que prevén los artículos 158 del Reglamento y Artículos 6.5 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; y 12.4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, para que la información que aporte una de las partes interesadas pueda ser considerada como confidencial, y ésta a su vez pueda ser revelada a las personas que para tal efecto sean autorizadas, es necesario que la parte que la haya aportado manifieste por escrito su consentimiento expreso para que ésta sea revisada por los representantes legales de las otras partes. Así mismo, sólo se permite el acceso a la información confidencial, exceptuando la información que se considere comercial reservada, a aquellas personas físicas (representantes de las partes interesadas en la investigación administrativa) que cuenten con la autorización de la autoridad investigadora para tales efectos.

Para que una persona obtenga autorización de la autoridad investigadora para acceder a la información confidencial, debe cumplir previamente con los requisitos previstos en los artículos 159 y 60 del Reglamento. Dichos requisitos son:... vii) Manifestar por escrito conocer las responsabilidades y sanciones en que podría incurrir en caso de violar la confidencialidad de la información que se le confía; viii) **Manifestar por escrito las razones por las que la información confidencial que solicita revisar es relevante para la defensa de su caso.** Ante esta situación la Secretaría podrá calificar cuándo se considerará que la información confidencial podrá ser útil en la defensa del caso de que se trate;

De conformidad con la fracción VI del artículo 93 de la Ley, en el supuesto de que la información confidencial sea divulgada o sea utilizada para beneficio personal, se impondrá una multa proporcional al perjuicio que se ocasione o al

beneficio que se obtenga por la divulgación o uso de dicha información. Esto sin perjuicio de las sanciones penales y civiles correspondientes.⁵

En base a lo anterior, este despacho procede a emitir las siguientes recomendaciones, con el fin de encontrar una solución coherente y aplicable a la interrogante expresada por la CLICAC, esta es, si puede la CLICAC utilizar la información y documentación que recabó administrativamente, en el tribunal de justicia donde presenta una demanda, aún cuando dentro de dicha información hay material catalogado de confidencial por la parte que la facilitó y ésta última no ha dado su autorización para que sea admitida como prueba dentro del proceso.

Recomendaciones

1. Las partes que faciliten información, definidas como “confidencial”, deberán asimismo y previamente explicar y justificar esa denominación.
2. Solo cuando el carácter confidencial esté bien fundado, podrá la información ser tratada como tal y no ser divulgada sin la expresa autorización de la parte que la haya facilitado.
3. Deberán ser las autoridades de justicia competentes, en este caso, los agentes del Ministerio Público y jueces, las únicas personas investidas para determinar si dicha información puede ser efectivamente considerada como “de carácter confidencial”.
4. Una vez la información sea clasificada como confidencial, ésta será procesada separadamente y sólo podrá ser registrada por las autoridades de justicia competentes.
5. Si las autoridades jurisdiccionales competentes consideran que los documentos aportados como confidenciales no revisten tal carácter, le solicitarán a quien los aporte, el levantamiento de dicha confidencialidad o la manifestación de las razones por las cuales se abstiene de hacerlo.
6. Así mismo, la parte que desee utilizar información catalogada como confidencial, en la etapa de pruebas en el curso de un proceso, deberá manifestar por escrito las razones por las que la información confidencial que solicita revisar es relevante para la defensa de su caso.

⁵ Op. cit.

7. Será también potestad de las autoridades competentes, calificar cuándo se considerará que la información confidencial podrá ser útil en la defensa del caso de que se trate.
8. Las autoridades de justicia dejarán constancia de las responsabilidades y sanciones en que podrían incurrir las partes en caso de que éstas violasen la confidencialidad de la información que se les confía.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/111/hf.