



Universidad De Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

La Prueba Confidencial En El Procedimiento Contencioso De Libre Competencia

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Felipe Javier Valladares Allendes

Profesora Guía: María De Los Ángeles González Coulon

Santiago, Chile

2024

*A los tres gatitos que vigilaron la redacción
de cada palabra, que fueron un recordatorio
constante de no desaprovechar esta
oportunidad.*

Gracias de corazón.

Índice

Resumen	4
Introducción.....	5
I. Los Procedimientos De Libre Competencia.....	8
A. Generalidades del Tribunal de Defensa de Libre Competencia y sus procedimientos 8	
B. El procedimiento contencioso. Naturaleza, principios y objeto	12
C. La prueba en el procedimiento contencioso.....	16
II. La Confidencialidad Y Reserva En El Procedimiento Contencioso. Reglas, Funcionamiento Y Planteamiento De Una Problemática De Exclusión	20
A. Conceptos	20
B. Marco normativo de la prueba secreta.....	23
C. La exclusión probatoria y el derecho a la prueba en materia de libre competencia	29
III. La Tramitación Y La Naturaleza De Prueba Confidencial	42
A. La tramitación de la solicitud de confidencialidad	42
B. La naturaleza de la prueba confidencial. Una comparación con las medidas cautelares 45	
IV. La Prueba Secreta Y La Exclusión De Prueba	52
A. La tramitación de las versiones públicas y su imposibilidad de valoración	52
B. Las consecuencias de una interpretación de exclusión atenuada y su fundamento epistemológico.....	61
Conclusión.....	65
Bibliografía	67

Resumen

La presente tesis estudia y analiza la prueba confidencial en el procedimiento contencioso de libre competencia desde una perspectiva poco explorada en el derecho de la competencia, como es la valoración de la prueba, a fin de aclarar la naturaleza de la institución en estudio.

En atención a la clasificación de los momentos probatorios, y en especial el relativo al momento de conformación del material probatorio que será valorado por el TDLC, el trabajo busca responder a la interrogante de si la prueba confidencial puede ser entendida como un caso de exclusión de prueba, si dicha exclusión afecta a la búsqueda de la verdad como finalidad del procedimiento de libre competencia, y, en caso de afirmativa, si existe alguna afectación al derecho a la prueba.

Para dicha labor, se examina la institucionalidad de libre competencia, principios, objetivos y procedimientos, a fin de aportar desde una perspectiva dogmática una conceptualización adecuada de estas normas jurídicas de prueba.

Introducción

Encontrándonos justo en el año en que se conmemoran veinte años desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹ (en adelante “TDLC” o “Tribunal”), órgano jurisdiccional cuya función de protección y promoción de la competencia en los mercados se encuentra encomendada por el Decreto Ley N°211 de 1973 Que Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia (“DL 211”), resulta necesario realizar un análisis sobre una de las instituciones que mayor aplicación práctica recibe en la tramitación de los procedimientos que el Tribunal conoce, como es el caso de la prueba confidencial².

Lo que motiva el análisis del presente trabajo, además de lo ya señalado, es la gran cantidad de desafíos que surgen con ocasión del estudio de la institución de la prueba confidencial en los que llamaremos como “procedimientos de libre competencia”. La breve densidad normativa que regula la institución provoca que, incluso habiendo transcurridos dos décadas desde que se tramiten asuntos en esta sede con el actual modelo que contempla un ente jurisdiccional sancionador y un órgano persecutor – la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) – todavía existan dudas entre los operadores del sistema respecto de la naturaleza de la institución, su aplicación y efectos en la tramitación de los procesos judiciales en esta materia.

Para llevar a cabo la labor de analizar esta institución, resulta necesario hacer un breve repaso a los procedimientos de libre competencia, el funcionamiento orgánico que inspira al TDLC, las generalidades del procedimiento contencioso de libre competencia y la regulación sobre la prueba que se rinde en dicho proceso.

A propósito de lo anterior, y preguntándonos por el concepto de la confidencialidad, su marco normativo y la naturaleza de la institución, surge una de las interrogantes del presente trabajo, que consiste en la tensión entre los efectos de la imposición de medidas de confidencialidad y

¹ Hito que fue destacado por el TDLC en su última cuenta pública del año 2024 (disponible en: <https://www.tdlc.cl/cuenta-publica-tdlc/>) [consulta: septiembre de 2024].

² Véase MORDOJ, 2020, p. 1-3.

la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso³. De este modo, se analizará la institución de la exclusión de prueba desde la perspectiva de los momentos probatorios, para plantear la posibilidad de que la prueba confidencial sea concebida como una regla de exclusión de prueba, y cómo aquello colisiona con la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba de las partes que no pueden acceder a la información confidencial. En definitiva, se plantea un dilema: aunque la confidencialidad coincide con los fines del resguardo a la competencia, también podría vulnerar el derecho a la defensa y a la prueba⁴, ya que la información decretada confidencial no podría ser valorada por el TDLC.

A partir de allí, analizando la normativa aplicable y casos prácticos en que se ha discutido la materia en la jurisprudencia del Tribunal, analizaremos si, desde los efectos establecidos en el artículo 22 del DL 211 y la regulación en el Auto Acordado N°16 del año 2017 del TDLC, la prueba confidencial produce o no un efecto de exclusión del material que conforma la prueba que será valorada por el sentenciador en sede de libre competencia. Asimismo, para llegar a esa respuesta, será necesario analizar la tramitación que el Tribunal dispuso para las solicitudes de confidencialidad, y el estándar que la ley exige para que se decrete el secreto de la información comercial sensible.

Uno de los propósitos de este trabajo es demostrar que la imposibilidad de valorar la prueba secreta puede ser concebida como una forma de exclusión de prueba. A pesar de que se intentan compensar los derechos de defensa mediante la creación de versiones públicas de los documentos⁵, estas a menudo resultan insuficientes para permitir una evaluación justa y completa de los hechos. La falta de claridad en la aplicación de las normas sobre confidencialidad genera incertidumbre entre los operadores del sistema de defensa de la libre competencia, lo que puede llevar a decisiones contradictorias en la práctica.

³ La finalidad epistemológica del proceso y de la actividad probatoria sigue la exposición de FERRER, 2007, y los autores que adscriben a la teoría racional de la prueba citados en este trabajo. La hipótesis de esta tesis nació por interrogantes prácticas que surgen con ocasión de los casos de confidencialidad que se suscitan en la tramitación de procedimientos de libre competencia, y si acaso era posible darles explicación desde la teoría racional de la prueba. Ello llevó a preguntarse si la institución es o no compatible con la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso, y cuyo resultado se expone en este trabajo.

⁴ Como se profundizará más adelante, el concepto de derecho a la prueba sigue la definición de PICÓ, 1996.

⁵ Como explica el Auto Acordado N°16/2017 del TDLC.

Finalmente, el presente trabajo busca conciliar un debate ante dos posibles posturas de la discusión que se plantea. Ello ocurre porque, según se explicará, es posible discutir si la prueba confidencial en el procedimiento de libre competencia es una regla de exclusión de prueba “absoluta”, toda vez que el TDLC está facultado para alzar la confidencialidad en ciertos casos. Como se expondrá, creemos que existen razones para considerar este tipo de reglas como un caso de reglas de exclusión de prueba atenuadas, pero reglas de exclusión, al fin y al cabo.

En definitiva, este trabajo pretende desarrollar una exposición teórica que remarque la complejidad entre las reglas de la prueba confidencialidad y el entendimiento que existe en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la prueba, aplicado en particular para el caso de la libre competencia. En la medida en que profundizamos en su relación, se vuelve necesario encontrar un equilibrio que permita satisfacer las finalidades propias del derecho de la competencia con las exigencias del debido proceso, y en particular del derecho a la prueba, para aplicar de forma adecuada esta institución en la litigación en esta materia, a fin de garantizar un sistema de defensa de la libre competencia más justo y efectivo.

I. Los Procedimientos De Libre Competencia

A. Generalidades del Tribunal de Defensa de Libre Competencia y sus procedimientos

El derecho de la libre competencia, regulado en el Decreto Ley N°211 de 1973 que Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), establece una serie de normas – principalmente prohibitivas⁶ – tendientes a promover y proteger la libre competencia en los mercados nacionales⁷. Así, el principal ilícito regulado por la ley⁸, señala que “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado (...)” (artículo 3° inciso primero DL 211). De conformidad a la orgánica regulada en el mismo cuerpo normativo, corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”) y a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la competencia en los mercados⁹.

Así, la ley encarga prevenir, corregir y sancionar atentados a la competencia a un órgano administrativo –la FNE– y a un ente jurisdiccional – el TDLC. El primero es un órgano de la administración del Estado dependiente del Ministerio de Economía, cuyas atribuciones se regulan en el artículo 39 del DL 211 siendo, en general, una entidad que investiga atentados a la competencia, pero – a diferencia de entidades similares en otras jurisdicciones – sin condenar

⁶ Según MAÑALICH, una norma es prohibitiva cuando una determinada acción se encuentra en un estatus deóntico, concepto que alude a “lo debido” o “al deber” normativo de no realizar una determinada conducta (MAÑALICH, 2014, p. 2).

⁷ Artículo 1° DL 211.

⁸ Al respecto, adscribimos a lo señalado por VALDÉS, quien señala que “[e]l artículo tercero del Decreto Ley 211 da cuenta, en su inciso primero, del denominado tipo universal antimonopólico, que es llamado así por su amplitud genérica mediante la cual busca captar todas las conductas que conculquen la libre competencia, aun cuando existen preceptos que recogen transgresiones específicas”, por lo que de su generalidad se desprende su importancia (VALDÉS, 2006, p. 223).

⁹ Artículo 2° DL 211. A lo dispuesto en el artículo 2° debemos sumar lo señalado en el artículo 5° del DL 211, que señala que corresponde a la Corte Suprema llevar a cabo la superintendencia direccional, correccional y económica del TDLC, siendo estos tres – TDLC, FNE y Corte Suprema – los que llamaremos a partir de ahora como “órganos antimonopolios”, haciendo un cierto paralelismo a la voz “*antitrust agency*” utilizada en el *common law* para referirse a órganos administrativos que aplican el derecho de la competencia. Dado que nuestro sistema es un híbrido jurisdiccional-administrativo, al referirnos a quién corresponde llevar a cabo la labor de defensa de la libre competencia debemos referirnos a los tres órganos antimonopolios en su conjunto, aunque su naturaleza sea distinta.

a los agentes económicos por tales infracciones. Por otro lado, el TDLC es un órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 76 de la Constitución Política de la República, pues conoce, resuelve y ejecuta atentados a la competencia, radicándose en él la función sancionatoria propia del derecho a la competencia¹⁰.

Sin embargo, las labores del TDLC no se limitan a sancionar. También, el artículo 18 del DL 211 menciona (i) la facultad consultiva, también conocida como “no contenciosa”¹¹; (ii) la facultad para dictar instrucciones de carácter general¹²; (iii) la facultad de modificación o proposición normativas¹³; (iv) la facultad para conocer del recurso de revisión especial respecto de operaciones de concentración rechazadas por la FNE¹⁴; (v) dictar los autos acordados que sean necesarios¹⁵; y, (vi) las demás que señalen las leyes¹⁶.

Más allá de las discusiones respecto a la naturaleza de los asuntos cuyo conocimiento corresponde al TDLC¹⁷, nuestra legislación de libre competencia es un sistema que le otorga

¹⁰ Lo normal en otras jurisdicciones es que la función sancionatoria se encuentre radicada en un órgano administrativo, lo que es relevante para la aplicación de reglas supletorias, y, en particular, las propias del derecho administrativo sancionador, produciéndose en nuestro país un fenómeno denominado como “laboratorios de regulación”, entre los que se incluye el derecho de la competencia y otros sectores regulados. Así lo señala, CORDERO, Luis, 2020, p. 256.

¹¹ “Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”;

¹² “Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”;

¹³ “Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.

¹⁴ “Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57”.

¹⁵ “Dictar, de conformidad a la ley, los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia”.

¹⁶ Al respecto, podemos citar ejemplos de pronunciamientos habituales del TDLC encomendados por leyes especiales, como los múltiples informes de puertos emitidos con ocasión de la Ley de Modernización del Sector Portuario Estatal (Ley N°19.542), o pronunciamientos relativos a la Ley N° 20.920 sobre la Responsabilidad Extendida del Productor, relativa al control de los sistemas de gestión colectiva de residuos que pueden llevar a cabo empresas competidoras, proveedoras y clientes que sean productores de residuos.

¹⁷ Por ejemplo, el análisis que se realiza en (AGÜERO, 2022)

potestades públicas tanto al TDLC como a la FNE¹⁸. Así, la forma en que el legislador decidió que sería la mejor forma de conocer estos asuntos ha sido mediante la regulación de distintos procedimientos cuya competencia se radica en el TDLC¹⁹, los cuales llamaremos “procedimientos de libre competencia”. Estos procedimientos se regulan en diversos pasajes del DL 211. El principal procedimiento de libre competencia está regulado en los artículos 19 a 29 de la ley antimonopolios, el cual se denomina “procedimiento contencioso”, cuya principal característica consiste en la posibilidad de establecer multas con ocasión de prácticas como la colusión, abusos de posición dominante y otras figuras típicas en esta sede²⁰.

Los demás procedimientos de libre competencia, si bien no contemplan la posibilidad de que el tribunal competente sancione conductas atentatorias al correcto funcionamiento del mercado, no se quedan atrás respecto del contencioso en cuanto su importancia, pues su exponencial aumento e importancia práctica ha traído significativas consecuencias a la regulación de los mercados, lo que ha cambiado la lógica que enfrentan los litigantes al evaluar su teoría del caso en esta sede²¹. Estos otros procedimientos de libre competencia son (i) el procedimiento “no contencioso”, que se regula en el artículo 31 del DL 211; (ii) el procedimiento para la indemnización de perjuicios en sede de libre competencia, regulado en el artículo 30 de la Ley; (iii) el procedimiento para resolver recursos de revisión especial (artículo 31 bis del DL 211); (iv) además de otros procedimientos relacionados con funciones administrativas, como el

¹⁸ VALDÉS, 2006, p. 585.

¹⁹ Como explica BERNEDO, durante la gestión del Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar entre el año 2001 y 2006, existía una cierta confusión en los ámbitos de trabajo y de atribuciones entre la FNE y la antigua Comisión Preventiva Central, donde la primera agencia debía acusar (prosecutor) y, al mismo tiempo, debía entregar todo el apoyo necesario a las comisiones para juzgar, y sentarse en la misma mesa que los juzgadores. Ello llevó a que, cuando tuvo la oportunidad de participar en la redacción de un proyecto de ley para reformar la institucionalidad, tomara la oportunidad para separar las facultades del fiscal, de las del juzgador, contando con apoyo político de importantes autores en la materia, como ARTURO YRARRÁZAVAL y JORGE STREETER (BERNEDO, 2013, p. 162).

²⁰ Todos estos reproches fundados en la “infamia” y los efectos nefastos que generan para la libre competencia (GORAB y GREENE, 2009, p. 215).

²¹ El principal procedimiento al que me refiero es al regulado en el artículo 31 del DL 211, denominado “no contencioso”. En él, se radican en el TDLC distintas funciones, siendo algunas de ellas de gran importancia para nuestro país, pues permiten regular asuntos tales como los medios de pago, la asignación de espectros radioeléctricos para empresas de telecomunicaciones, el funcionamiento de sectores claves como los puertos y el aeropuerto, entre otros. Al respecto, nos remitimos a lo señalado en un Informe en Derecho presentado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, denominado “Control jurisdiccional de la potestad normativa del TDLC en materia de telecomunicaciones”, acompañado en 2013 al recurso de reclamación interpuesto por la empresa Tu Ves S.A. en contra de la Instrucción de Carácter General N°2/2012 del TDLC, conocido ante la Corte Suprema en los autos Rol N°2506-2013.

control que realiza el TDLC y un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago de las medidas intrusivas solicitadas por la FNE (artículo 39 letra n) de la Ley), entre otros.

En este punto hay que advertir que un procedimiento en particular puede aplicarse a distintas funciones que la Ley encarga su conocimiento al TDLC. Nos referimos al procedimiento no contencioso, que, de conformidad al artículo 31 del DL 211 “[e]l ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento (...)”. De allí que se distinga entre la función que ejerce el TDLC por disposición de la ley y del procedimiento aplicable para el conocimiento de tal asunto, dado que depende de este último las medidas que pueden ser impuestas por el tribunal. En un procedimiento contencioso, previo requerimiento de la FNE o de la demanda un particular, el TDLC podrá establecer multas a beneficios fiscal y otras medidas que varían dependiendo de la demanda o requerimiento. En un procedimiento no contencioso, no se puede sancionar ni reprochar conducta alguna, sino que las medidas varían según el objeto de la consulta o las que solicita la parte que da curso al procedimiento. Por ejemplo, en el caso de la facultad N°2 del artículo 18 del DL 211, el TDLC sólo evalúa la licitud de un acto determinado en atención al derecho de la competencia, declarando que este se ajusta o no a la ley, y sólo ante la negativa podría establecer condiciones para que sus efectos no produzcan los riesgos que sean analizados durante dicho proceso.

De esta breve introducción podemos extraer el principio de este trabajo, cual es que la defensa de la libre competencia puede tomar distintas formas, dependiendo de la función y del procedimiento aplicable. En algunos casos requiere el establecimiento de sanciones – como multas a beneficio fiscal – que castiguen y disuadan a los agentes a no incurrir en las conductas prohibidas por la ley. En otros casos, los antecedentes requieren medidas de mitigación a riesgos a la competencia, recomendaciones normativas que mejoren un diseño institucional, instrucciones generales que regulen a un grupo de empresas, o aquellas que la ley requiera para que los mercados funcionen adecuadamente. Tales son exigencias no sólo sustantivas, sino que orgánicas, puesto que la labor del TDLC no se limita a aplicar las reglas de cada procedimiento,

sino que también a efectuar labores de resguardo a la competencia, como se desprende de los artículos 1º, 2º y 5º del DL 211.

Lo anterior, supone una labor desafiante, pues la relación entre función y procedimiento requiere conciliar los bienes jurídicos que inspiran la defensa de la competencia en los mercados con los bienes jurídicos protegidos en el proceso. Así, existen extensas discusiones sobre la aplicación de reglas del debido proceso en los procedimientos de libre competencia, la conciliación de bienes jurídicos relacionados con el derecho sancionatorio con la obtención de una satisfactoria defensa de la competencia, y la conciliación de reglas supletorias a todo procedimiento con las reglas especiales contempladas en el DL 211.

Este trabajo tiene como objeto profundizar en la conciliación de los bienes jurídicos que inspiran las funciones encomendadas al TDLC con bienes jurídicos protegidos en el proceso. Como señalamos, la defensa de la libre competencia, que se materializa en las funciones preventivas, correctivas y prohibitivas del TDLC, puede tomar distintas formas en atención al procedimiento que sea aplicable. Incluso en aquellos casos en que la discusión de un procedimiento sea la procedencia de una sanción, existen elementos correctivos y preventivos que necesariamente deben ser aplicados por el Tribunal para prevenir efectos adversos a la competencia²² Nuestro caso particular de estudio a estas medidas preventivas que debe adoptar el Tribunal para resguardar tales funciones consiste en las reglas de prueba confidencial o reservada en el procedimiento contencioso. Para conciliar las funciones y las reglas del procedimiento, el análisis requiere un estudio que detalle su conceptualización, ponderación con las reglas del debido proceso y aplicación en el proceso en el que se encuentran inmersas. La siguiente sección se referirá a aquel punto.

B. El procedimiento contencioso. Naturaleza, principios y objeto

El procedimiento contencioso está regulado en los artículos 19 y siguientes del DL 211. Aunque su densidad normativa se limita a 10 artículos de la Ley, hay varias particularidades de este procedimiento especial. Al igual que mucho de los procedimientos reformados, existe un

²² OCDE, 2014, p. 111.

distanciamiento de la idea de igualdad de partes presente en los procedimientos civiles, pues por la naturaleza del asunto, se distribuyen garantías propias del debido proceso²³, lo que reviste de gran importancia para nuestro análisis. Justamente esa fue la intención del legislador, quien reguló este procedimiento pensando en combatir atentados a la competencia a través del establecimiento de sanciones y otras medidas²⁴. Así, aunque con fundados cuestionamientos²⁵, existe un consenso en la jurisprudencia de que el procedimiento contencioso sería de carácter sancionatorio²⁶.

Sin embargo, esta naturaleza convive con una remisión al Libro I del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), que, en virtud de lo dispuesto en su artículo 3º, también hace aplicables las reglas del procedimiento ordinario en todas aquellas cuestiones que no se encuentren sometidas a una regla especial diversa. De esta remisión provienen la mayor parte de discusiones relacionadas con la naturaleza del procedimiento, sus principios y sus características.

Desde la perspectiva de los principios formativos del procedimiento que lo inspiran²⁷, el procedimiento contencioso de libre competencia puede ser definido como un procedimiento escrito, público e impulsado de oficio por el TDLC hasta su resolución definitiva, en el que, a través de requerimiento de la FNE o por demanda de algún particular, y de conformidad a las reglas de la sana crítica, tiene por objeto determinar si una determinada conducta infringe la

²³ NÚÑEZ y CORTÉS, 2012, p. 82-83.

²⁴ Además, como ha resuelto el TDLC, tales medidas son necesarias para cumplir los requisitos del artículo 254 del CPC, toda vez que no es posible dictar una sentencia meramente declarativa sin solicitarse una de las medidas contempladas en el artículo 26 del DL 211 (Sentencia del TDLC de 11 de septiembre de 2012, Rol C N°240-2012, c. 3º y 4º).

²⁵ La principal de ellas en NÚÑEZ y CARRASCO, 2022.

²⁶ Así se ha resuelto en las siguientes sentencias del TDLC: Sentencia N°69/2008 de 26 de junio de 2018, causa rol C N° 112-06, p.14; Sentencia N°77/2008 de 4 de noviembre de 2008, causa rol C N°137-07, p.11; Sentencia N°82/2009 de 22 de enero de 2009, causa rol C N°140-07, p. 15; Sentencia N°85/2009, causa Rol C N°79-05, p. 72; Sentencia N°112/2011, causa rol C N°194-09, p. 21; y en la sentencia de la corte Suprema de 29 de octubre de 2015, causa rol N°27.181-2014, p. 85. De todas formas, el objetivo de este texto no es discutir la naturaleza del procedimiento contencioso de libre competencia, cuyo análisis requiere de un examen más extenso.

²⁷ Los principios formativos del procedimiento – cuyo análisis detallado no es objeto del presente trabajo, sino que sirven como apoyo a ciertos pasajes del texto – pueden ser definidos como el conjunto de lineamientos que sirven de base para la construcción del sistema procesal (MATURANA, Cristián, 2018, p. 161).

libre competencia, en cuyo caso puede adoptar las medidas establecidas en el artículo 26 del DL 211²⁸.

Así, el procedimiento se caracteriza por su escrituración, desconcentración y lato conocimiento, al estar estructurado en diversas etapas: inicia a través de una demanda o requerimiento, continúa mediante su contestación por la o las demandadas o requeridas, existe una etapa de conciliación obligatoria, se contempla una etapa probatoria, la posibilidad de efectuar alegatos y la dictación de la sentencia definitiva, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema mediante un recurso de reclamación en contra del fallo del TDLC. Si bien el procedimiento presenta ciertas actuaciones orales (como la conciliación, audiencias probatorias como la testimonial o confesional, y contempla a su vez una vista de la causa ante los ministros del TDLC), lo cierto es que la mayor parte de las actuaciones son escritas y se extienden a lo largo de un proceso habitualmente extenso, dado la dificultad probatoria que suelen estar vinculadas a los ilícitos anticompetitivos.

A su vez, el impulso del procedimiento está radicado en las facultades oficiosas del TDLC. La posibilidad de que el procedimiento se abandone mediante el incidente especial regulado en el libro I del CPC está prácticamente eliminada por el impulso de oficio del Tribunal, salvo dos hipótesis bastante excepcionales²⁹. Si bien, el procedimiento sólo puede ser iniciado por requerimiento de la FNE o por la demanda de un particular - por lo que en estricto rigor el principio formativo aplicable sería el dispositivo en sentido estricto³⁰ - una vez notificada la demanda, el procedimiento puede – y debe – ser impulsado del TDLC hasta su término, pues el

²⁸ Tal definición se basa en lo dispuesto en los artículos 20 y siguientes del DL 211.

²⁹ Tales hipótesis son (i) la carga procesal impuesta al demandante de subsanar la demanda una vez acogidas las excepciones dilatorias que opusieron en el proceso (y así lo ha fallado el TDLC, en resolución del 7 de junio de 2016, dictada en autos rol C N°284-2014, c. 5° y 7°); y (ii) la notificación del a demanda (TDLC, resolución del 22 de septiembre y 1 de octubre de 2015, dictadas en autos rol C N°294-2015, fojas 95 y 96). (PÉREZ y FUENTEALBA, 2023, p. 8). Sin embargo, en un fallo reciente del Tribunal Constitucional – a propósito del artículo 429 del Código del Trabajo – se declaró inaplicable un artículo que dispone que, una vez reclamada la intervención legal del tribunal, éste actuará de oficio y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento, dado que “el precepto legal en cuestión impide al demandado la posibilidad de oponer un instituto regular del derecho procesal en el supuesto abstracto que corresponde al tribunal dar los impulsos correspondientes a fin de evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida, decisión legislativa excepcional que demuestra en la práctica, que permite una paralización que puede ser abusiva y con consecuencias injustas para la parte demandada” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°14713-23, c. 8°. Lo anterior hace interesante la posibilidad de discutir la interpretación del TDLC sobre este aspecto.

³⁰ Tal como señala PEREIRA, 2024, p. 20, citando a MONTERO, GÓMEZ y BARONA, 1998, p. 355.

interés público comprometido con la defensa de la competencia así lo exige, no pudiendo arriesgar la afectación de algún mercado por la disposición de la acción como si se tratase de un mero interés privado tutelado a través de este proceso. Ello explica casos en donde el TDLC controla la disponibilidad de la acción de las partes, como al comprobar si las conciliaciones o avenimientos entre las partes se ajustan a la libre competencia³¹ o que, en casos de desistimientos parciales, el Tribunal deba emitir un pronunciamiento respecto de la participación de la parte sobre la cual no prosperará la condena en la infracción³².

Además, en caso de que se acrediten las infracciones demandadas o requeridas, el procedimiento contencioso supone necesariamente la imposición de una de las medidas enumeradas en el artículo 26 del DL 211, y, en particular, el establecimiento de cuantiosas multas a beneficio fiscal, cuya finalidad no solamente busca castigar el incumplimiento del deber de conducta que exige el DL 211, sino que también disuadir a las demás empresas de dicho mercado y también de otros a no incurrir en el futuro a tales prácticas³³.

Finalmente, y a propósito de lo mencionado sobre la acreditación de conductas anticompetitivas, otra particularidad de este procedimiento son las reglas probatorias que lo rigen, pues el artículo 22 del DL 211 señala que, si bien son admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del CPC y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer

³¹ De manera ejemplar, en el caso de la Sentencia del TDLC de 16 de agosto de 2023, en la causa Rol C N°456-22, folio 340, de conformidad a los términos del inciso primero del artículo 22 del DL 211.

³² TDLC, Sentencia N°163/2018 de 19 de junio de 2018, c. 20°, donde dispuso que “desde una perspectiva procesal, por tratarse de un proceso que tiene por objeto la protección de un interés público, indisponible por las partes, el desistimiento en esta sede no constituye un equivalente jurisdiccional que extinga la eventual responsabilidad del demandado en los hechos, como si se tratara de una renuncia a la acción propia de un procedimiento dispositivo de derechos subjetivos. Por el contrario, el desistimiento en procesos de interés público sólo importa una renuncia o disposición de los derechos procesales de calidad de parte en el juicio, de los que el demandante sí es titular. En otras palabras, esa renuncia sólo implica un abandono de la calidad de parte acusadora en el proceso, de modo que no obsta a que la responsabilidad del acusado pueda ser perseguida por otros actores. Debe recordarse que las normas sobre desistimiento del Código de Procedimiento Civil sólo se aplican al desistimiento en esta sede en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza de un proceso cuyo objeto de interés público es indisponible por las partes”.

³³ Sobre el rol disuasivo, el TDLC ha resuelto en la Sentencia N°147/2015 de 9 de diciembre de 2015, causa rol N° C-279-14, c. 138°, que “a fin de garantizar su eficacia disuasoria, la sanción que se impone por incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal a un agente económico debe ser superior al beneficio económico derivado de la infracción cometida. Esto ha sido confirmado tanto por la jurisprudencia de este Tribunal como la de la Excma. Corte Suprema (véase en este sentido, por ejemplo, Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 2 de junio de 2010 en causa rol N° 277-2010, consideración vigésimo segunda)”.

los hechos pertinentes³⁴, la valoración de dichos instrumentos se rige de conformidad a las reglas de la sana crítica, siguiendo la tendencia de los procedimientos reformados en nuestro sistema.

C. La prueba en el procedimiento contencioso

Como mencionamos, una característica del procedimiento contencioso – al menos desde su encuadre normativo – es la forma en que se rinde y valora la prueba. Discusión aparte es el grado de verificación que se requiere para acreditar un ilícito anticompetitivo, es decir, el estándar de prueba, el cual no fue definido en el DL 211 y ha sido objeto de análisis doctrinario y jurisprudencial, llegando a la conclusión de que se trata de un estándar de prueba clara y convincente³⁵.

El estándar y la valoración de la prueba tienen una estrecha vinculación con la búsqueda de la verdad³⁶, de forma que la aplicación de dichas reglas sólo se explica por una intención de alcanzar una mayor precisión en la obtención de la verdad material respecto de los hechos que fundamentan las decisiones de los jueces³⁷. De esta forma, adscribimos a la postura que señala que la función de la prueba judicial es la determinación de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos vertidas en un juicio³⁸.

Al comienzo de este trabajo me referí a la vinculación entre función y procedimiento, para sostener que de ello depende las medidas que puede tomar el TDLC en cada caso. En esa línea, desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, un procedimiento que se inspira en principios formativos que tienden hacia la búsqueda de la verdad³⁹ mediante un sistema de

³⁴ Salvo ciertas excepciones relativas a medios de prueba en particular, como la prueba testimonial, según da cuenta el inciso tercero del artículo 22 del DL 211.

³⁵ MATORANA, Javier, 2021, p. 331.

³⁶ Así lo entienden los autores citados a continuación (FERRER, MATORANA), y COUTURE, quien define la prueba como “la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”. COUTURE, 2010, p. 177.

³⁷ MATORANA, Javier, 2021, p. 307.

³⁸ FERRER, 2007, p. 30 y 31.

³⁹ Al concepto de verdad al que nos referimos es al de “verdad por correspondencia”, en que se dice que un enunciado es verdadero cuando corresponde a lo que en verdad es u ocurre, siendo relevante la adecuación entre el lenguaje y la realidad

valoración racional de la prueba es, de hecho, deseable y compatible con los fines propios del derecho de la competencia, y, en particular, con los fines propios de la función contemplada en el artículo 18 N°1) del DL 211. No por nada, el legislador estimó que la mejor forma de valorar la prueba rendida en el procedimiento contencioso es a través de la sana crítica, es decir, mediante la aplicación por parte de los ministros del TDLC de conocimientos científicamente afianzados, reglas de la lógica y máximas de la experiencia.

Por ello, las reglas de la prueba que rigen al procedimiento contencioso deben analizarse desde la óptica de la teoría racional de la prueba, aunque la remisión a los medios de prueba sea a aquellos regulados en el título XI del Libro II del CPC (a instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones, además de indicios, si pueden considerarse como un medio de prueba, como señala el artículo 22 del DL 211).

Según la teoría racional de la prueba⁴⁰, es posible distinguir tres momentos o etapas de la actividad probatoria: (i) un primer momento destinado a la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (ii) un segundo momento dedicado a valorar la prueba admitida; y, (iii) finalmente, un tercer y último momento destinado a adoptar una decisión sobre cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos⁴¹. Así, la obtención de la verdad en esta sede se vinculará necesariamente a la obtención de antecedentes que permitan valorar la prueba incorporada al proceso. Si bien la escueta regulación provoca que existan ciertas dificultades comparativas con otros procedimientos reformados – como aquellos que reconocen un sistema de libertad probatoria⁴² - no cabe duda de que la

(MARTÍNEZ-FREIRE, 2000, p. 100). Al respecto, Alfred Tarski, en su teoría de la verdad, señala que “la verdad de un enunciado consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad”, pero añadiendo a tal definición que la verdad “no es simple satisfacción sino satisfacción [o correspondencia] por toda secuencia, mientras que en cambio la falsedad no es satisfacción por ninguna secuencia” (MARTÍNEZ-FREIRE, 2000, p. 109). Es una concepción de la verdad que sigue el principio de bivalencia, el principio lógico según el cual cualquier enunciado o es verdadero o es falso (MARTÍNEZ-FREIRE, 2000, p. 104), por lo que la búsqueda de la verdad se traduce en una labor de verificación. Tal es justamente la concepción que le da Couture al concepto de prueba, donde señala que “los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso”, por lo que en su sentido procesal, la prueba es “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio” (COUTURE, 2010, p. 178 y 179). Adscribimos a dicha concepción de la búsqueda de la verdad, a cuya extensión nos remitimos a los trabajos citados.

⁴⁰ A ella nos referimos en el capítulo II.C.

⁴¹ FERRER, 2007, p. 41 a 49.

⁴² Tal es el caso del procedimiento que conocen los Tribunales de Familia, según dispone el artículo 28 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

conformación del material probatorio tiende a la obtención de la verdad, puesto que no existirían reglas que excluyan del análisis del TDLC prueba ilícita o impertinente, como suele ser habitualmente las reglas contra epistémicas que protegen fines jurídicos opuestos a los de la búsqueda de la verdad⁴³.

Es decir, de la lectura de las reglas especiales del DL 211 para el procedimiento contencioso, y de la aplicación supletoria de las normas del CPC, no se vislumbra un control por parte del TDLC del material que pueda ser incorporado al procedimiento por razones de pertinencia o ilegalidad. Al contrario, parece ser que es más laxo en la forma en que la prueba se aporta al proceso, permitiendo acompañar documentos hasta 10 días antes de la vista de la causa ante los ministros del TDLC (artículo 22 inciso noveno) y pudiendo ordenar de oficio la realización de cualquier actividad probatoria que sea necesaria para verificar la acreditación de los hechos sujetos a su escrutinio, de manera que existiría armonía entre la búsqueda de la verdad que pretenden tanto la función sancionatoria como el procedimiento contencioso.

O ese sería el caso de no existir la regulación de la prueba confidencial o reservada en el inciso noveno y décimo del DL 211. Como se expondrá, decretar esta medida implica censurar información que podría ser relevante para resolver el caso concreto. Su rareza en nuestro ordenamiento jurídico y su poca claridad conceptual —sobre la cual nos encargamos en este trabajo— nos hace preguntarnos sobre su inclusión en el procedimiento, su justificación y su necesidad, en atención a los principios que informan del procedimiento de libre competencia.

Más allá de lo expuesto, queremos notar que su relevancia no se percibe hasta que, tramitando un caso en esta sede, nos encontremos con documentos cuyas páginas contienen censuras – a veces escuetas, pero otras de párrafos completos – que no permiten identificar la información contenida, dificultan la acreditación o defensa de las hipótesis de infracciones y afectan el resultado de las partes en el proceso. Respecto a lo anterior, entonces debemos preguntarnos las razones de dicho ocultamiento de información y si aquello obedece a una limitación solamente

⁴³ DAMASKA, 2015, p.31.

entre parte o también para el TDLC. A esas preguntas nos enfrentamos a continuación, partiendo desde una base conceptual hasta su aplicación práctica en el procedimiento contencioso.

II. La Confidencialidad Y Reserva En El Procedimiento Contencioso. Reglas, Funcionamiento Y Planteamiento De Una Problemática De Exclusión

A. Conceptos

En este capítulo se abordará la confidencialidad y la reserva en los procedimientos de libre competencia desde su marco normativo, para luego identificar conflictos que surgen de la lectura y aplicación que se derivan de la ley. Previa a esa labor y para facilitar la lectura, se introducirán los conceptos de confidencialidad y reserva, para materializar su aplicación a la legislación del DL 211.

Según la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, algo es confidencial cuando “se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o dicho⁴⁴”. Siendo la palabra reserva parte de la definición, la reserva de algo es definida como la “guarda o custodia [por una persona] que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo”. Asimismo, también significa la “prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa”, “discreción, circunspección, comedimiento”, y una “actitud de recelo, desconfianza o desacuerdo ante algo o alguien⁴⁵”.

En el uso natural del lenguaje, reserva y confidencialidad significan lo mismo: el secreto respecto de algo⁴⁶. Desde un punto de vista jurídico, la reserva y la confidencialidad comparten en común su oposición a la publicidad o a lo público, entendido como aquello que es “conocido o sabido por todos⁴⁷”. Sin embargo, en el lenguaje jurídico se diferencian según la persona

⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, s.f. [consulta: julio de 2022]. Disponible en: [confidencial | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, s.f. [consulta: julio de 2022]. Disponible en: [reserva | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

⁴⁶ De hecho, el secreto se define como “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, y en su segunda acepción, “*reserva, sigilo*”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, s.f. [consulta: julio de 2022]. Disponible en: [reserva | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#).

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, s.f. [consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://dle.rae.es/p%C3%BAblico>

respecto de quienes se guarda secreto, y, como contrapunto de la publicidad, como principio formativo del procedimiento⁴⁸.

Un principio formativo del procedimiento – como es el principio de publicidad – alude “a ciertas directrices que permiten conocer el contenido esencial de una determinada institución procesal, orientando la interpretación y aplicación del conjunto de normas jurídicas que conforman el sistema jurídico”⁴⁹. En ese sentido, la Corte Suprema ha señalado que tales principios rectores se encuentran relacionados a ciertas ideas centrales que estructural el proceso, y que deben tomarse en cuenta “tanto por el juez al tramitar y decidir las controversias sometidas a su conocimiento como por el legislador al sancionar las leyes”⁵⁰.

Así, el principio de la publicidad pretende que “los actos procesales sean conocidos tanto por las partes como por quienes no participan en el proceso como partes”⁵¹. De esta forma, el principio requiere que el procedimiento quede abierto a cualquiera que desee asistir o examinar los antecedentes, independiente de las partes o los abogados. Su principal consagración legal se encuentra en el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales (“COT”), que señala que “[l]os actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

Como antítesis del principio de publicidad existe el secreto, que consiste en la tramitación reservada del expediente judicial, tanto respecto de partes como de terceros, distinguiéndose entre secreto absoluto y secreto relativo en atención al mayor o menor grado de acceso a la información⁵². Así, en los casos de secreto absoluto, no sería posible conocer el contenido del expediente ni por las partes de ni por terceros; y en los casos de secreto relativo, sería posible

⁴⁸ ARANCIBIA, 2018.

⁴⁹ ROMERO, 2015.

⁵⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 27 de abril de 2011, rol N° 7020-2001.

⁵¹ ROMERO, 2015, Párrafo 10.

⁵² GUERRERO, 2020, p. 35.

conocer el contenido del expediente por las partes, existiendo una privación del conocimiento de éste respecto de terceros.

Sin embargo, y a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico la reserva y la confidencialidad tienen en común ser una excepción a la publicidad de determinada información, ya sea por un interés público⁵³ o privado⁵⁴, estos conceptos son tratados como de manera distinta en sede de libre competencia por el trato que reciben en el DL 211. La confidencialidad de ciertos medios de prueba ante TDLC permite limitar total o parcialmente el conocimiento de su contenido respecto de las partes del juicio - e incluso respecto del mismo tribunal⁵⁵ - así como respectos de terceros, mientras que la reserva solo limita el conocimiento del contenido de un medio de prueba respecto de terceros ajenos al proceso⁵⁶.

Dicha distinción fue motivo de discusión a propósito de la tramitación de la Ley N°20.361 que modificó el DL 211 en el año 2009, que introdujo modificaciones y nuevas atribuciones para la FNE en el artículo 39 letra a) del DL 211. Una de esas modificaciones tuvo por objeto regular de forma más clara la reserva y confidencialidad en sede administrativa, “distinguiéndola[s], haciendo armónico su texto con el principio constitucional de publicidad^{57 58}”.

Así las cosas, la confidencialidad se distingue de la reserva según sus efectos, es decir, respecto de a quiénes se limita el conocimiento de la información. Como se afirma en el resuelvo octavo del Auto Acordado N°16/2017 del TDLC Sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos (en adelante, “AA 16/2017”), cuando se decreta la reserva de un instrumento “éste sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por quienes en ese momento sean

⁵³ Según las ya citadas normas que regulan los datos personales, especialmente la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, también conocida como “*ley de transparencia*”.

⁵⁴ Siendo el marco normativo más relevante en nuestro país la ley N°19.622 sobre Protección de la Vida Privada.

⁵⁵ Tal como lo define el artículo 22 inciso noveno del DL 211: “el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes” (énfasis agregado).

⁵⁶ CARRASCO, NÚÑEZ, 2019.

⁵⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la ley N° 20.361, p. 53.

⁵⁸ El deslinde constitucional de la confidencialidad se encuentra en ARANCIBIA, 2018.

parte en el respectivo proceso y por la Fiscalía Nacional Económica”, y excepcionalmente por terceros⁵⁹. Por otra parte, cuando un instrumento se declara confidencial “éste sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por la parte que lo acompañó y por la Fiscalía Nacional Económica”, y también excepcionalmente a terceros⁶⁰.

Expuestos los conceptos relacionados con la prueba confidencial, reservada y secreta, este trabajo no tratará la confidencialidad y reserva como sinónimos, sino como especies de la prueba secreta del procedimiento contencioso, para no confundir los efectos e implicancias de cada acepción.

B. Marco normativo de la prueba secreta

El DL 211 regula la confidencialidad o reserva aplicable al procedimiento contencioso principalmente⁶¹ en dos artículos: el artículo 22 (en su noveno y décimo inciso) y en el artículo 39 letra a) del cuerpo normativo.

El primero artículo se refiere a la regulación del término probatorio en el procedimiento contencioso conocido por el TDLC de conformidad a la atribución otorgada en el artículo 18 letra a) del DL 211, que en los artículos 19 y siguientes contiene reglas particulares para este procedimiento especial⁶². Así, el inciso noveno del texto del artículo 22 señala lo siguiente:

“La prueba instrumental podrá presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa. A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar

⁵⁹ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo octavo letra a).

⁶⁰ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo octavo letra b).

⁶¹ Digo “principalmente”, porque existen otras instituciones de los procedimientos de libre competencia que tienen reglas propias de secreto, como lo son la delación compensada (artículo 39 bis del DL 211) o la facultad de la FNE de celebrar acuerdos extrajudiciales (artículo 39 letra ñ), así como en el artículo 42, sobre la obligación de reserva de los funcionarios y demás personas que presten servicio a la FNE.

⁶² La especialidad del procedimiento contencioso se regula en el artículo 29 del DL 211, que señala que el procedimiento se rige supletoriamente por las reglas del libro II del CPC, por lo que la “regulación general” de la prueba en el procedimiento contencioso de libre competencia se encuentra a propósito del juicio ordinario de mayor cuantía civil. Sobre el régimen supletorio (aunque refiriéndose al estándar probatorio aplicable en libre competencia), se refiere CARRASCO, 2019.

reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica, y el Tribunal deberá mantener la reserva o confidencialidad de los mismos” (énfasis agregado).

Del inciso noveno antes transcrito se desprenden varias características relevantes para este trabajo. Primero, que la regulación del secreto se lleva a cabo en el mismo inciso que regula la oportunidad para la presentación de prueba instrumental⁶³; segundo, que se distingue entre confidencialidad y reserva (como se indicó en la sección *supra*); tercero, que contiene las causales legales para la solicitud del secreto del instrumento (en general, cualquier elemento cuya relevación afecte significativamente el desenvolvimiento competitivo del titular); y cuarto, el respeto del secreto decretado en sede administrativa por la FNE.

Luego, el inciso décimo, contiene (i) la facultad del TDLC para ordenar la elaboración de una versión pública del instrumento para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo; (ii) y la facultad del TDLC de alzar el secreto del instrumento. Sobre este punto se profundizará en el capítulo relativo a exclusión probatoria *infra*.

El segundo lugar, el DL 211 regula la confidencialidad a propósito de las facultades del FNE como defensor del interés general de la colectividad en materia económica⁶⁴. Así, la primera letra del articulado que regula su facultad de instruir investigaciones para comprobar infracciones a la libre competencia de los distintos agentes del mercado, contempla la posibilidad de que (i) las investigaciones que se instruyan de oficio o por denuncias tengan el

⁶³ Sobre prueba instrumental, DE PAULA, 2022, p. 131-157.

⁶⁴ Sobre dicha representación y sus facultades que escapan del alcance de este trabajo se refieren Arancibia, 2017, pp-165-179 y CORDERO, 2017, pp. 181-204.

carácter de reservadas, previo conocimiento del Presidente del TDLC⁶⁵, (ii) o decretar que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, de oficio o a petición del interesado, siempre que tenga por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones aportando antecedentes conforme al artículo 39 bis⁶⁶, que contenga formulas, estrategias, secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento en los mercados de su titular, o resguardar la eficacia de la investigación de la FNE⁶⁷.

A diferencia de la regulación del artículo 22, la confidencialidad o reserva del artículo 39 letra a) se desarrolla en un marco administrativo, ya sea para presentar la solicitud de reserva de la investigación ante el TDLC o para decretar el secreto de ciertas piezas del expediente, en ambos casos por parte de la FNE. Una resolución de la FNE que decrete la confidencialidad de la información que conoce en sus investigaciones tiene consecuencias en el procedimiento contencioso, como se señala en el inciso noveno del artículo 22, ya que el TDLC debe mantener su reserva o confidencialidad decretada por la FNE en su investigación, por lo que no se discute la procedencia de dicha confidencialidad revisando los requisitos del artículo 22, sino que solo se puede acceder a dicha información a través de versiones públicas aportadas por la FNE.

Antes de continuar, cabe hacer una precisión sobre las repercusiones de la confidencialidad que se enmarca en las investigaciones de la FNE en los procedimientos contenciosos. Tanto la Fiscalía como la jurisprudencia del TDLC han entendido que es posible alzar la confidencialidad de piezas cuyo secreto se funda en el artículo 39 letra a) del DL 211, previa solicitud del ente persecutor, cuando (i) se trate de documentos decretados como confidenciales sin contener información de tal carácter; (ii) sean antecedentes denominados “información histórica” - esto es, cuando su origen tiene más de 5 años de antigüedad desde que se solicitó o se decretó la confidencialidad -; y, (iii) cuando se trate de antecedentes necesarios a efectos de resolver el

⁶⁵ Tal como indica el artículo 39 letra a), inciso segundo del DL 211.

⁶⁶ Así, en virtud de la protección del artículo 39 letra a) conforme al artículo 39 bis, que regula la delación compensada, puede traer como consecuencia que, a propósito de una audiencia reservada en la causa C-299-2015, conocida como el caso Papeles, “*se ordene al resto de los requeridos delatados que abandonen la sala de audiencias a fin de que los delatores puedan reconocer —ratificar— sus declaraciones a espaldas de la defensa*”. De lo anterior da cuenta OREZZOLI, 2021, p. 75.

⁶⁷ Conforme al artículo 39 letra a), inciso tercero del DL 211.

asunto sometido al conocimiento y fallo del TDLC⁶⁸. De los requisitos enumerados, es posible extraer que no es necesario que la información que sea decretada confidencial en una investigación de la Fiscalía cumpla con los requisitos para ser confidencial en el procedimiento contencioso según las reglas del artículo 22 del DL 211 – lo que da sentido a la existencia del requisito (i) - además de que el alzamiento de esta información puede ser una decisión estratégica de la FNE, en casos donde sea información necesaria para resolver el caso⁶⁹.

Luego, fuera del marco administrativo que regula el procedimiento de confidencialidad decretado por la FNE, el principal objeto de este trabajo se centra en la regulación procesal de la confidencialidad o reserva, cuyo alcance, requisitos, plazos y otras reglas para administrar el marco general del secreto del DL 211, se encuentra en el Auto Acordado N°16/2017. En él, el TDLC destaca la conveniencia de explicitar la práctica asentada en la tramitación de antecedentes objeto de alguna solicitud de secreto, a la vez de buscar mayor eficiencia en este procedimiento^{70 71}, por lo demás, respetando la “bilateralidad de la audiencia, el derecho a la defensa y el debido proceso”⁷².

El AA N°16/2017 regula 5 aspectos fundamentales de la confidencialidad. Primero, establece las exigencias de la solicitud de confidencialidad o reserva, que siempre debe indicar a) la naturaleza de la información cuya protección se pide (como si se trata de costos, volúmenes de compra u otros); b) la identificación del titular o titulares de la información, salvo que la

⁶⁸ Al respecto, véase presentación de la FNE de 30 de octubre de 2017 en los autos Rol C N°292-2015, folio 4919, p. 2 a 4. En aquella presentación, se citan pronunciamientos en ese sentido el TDLC en las causas rol C N°299-2015 (fojas 5810); rol C N°304-2016 (fojas 962) y C-312-2016 (fojas 230).

⁶⁹ Justamente en el caso citado (la causa rol C N°292-2015, caratulada “Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras”), la información cuyo alzamiento fue solicitado corresponden a los documentos que contienen delaciones compensadas de agentes económicos claves para acreditar la colusión requerida por la FNE, además de ciertas piezas del expediente de investigación cuya publicidad es necesaria para la valoración por parte del TDLC de la prueba rendida en el proceso.

⁷⁰ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 5).

⁷¹ Por lo demás, recientemente el TDLC, en su cuenta pública del 2022, señaló a propósito de las “mejoras en la tramitación de las causas seguidas en el TDLC” que dada la “importancia que tiene la confidencialidad en las causas relacionadas con la libre competencia”, dado que su protección “es esencial para que exista una sana competencia, ya que dicha información es la que les permite competir adecuadamente”, la dictación del AA N°16 y la regulación de las solicitudes de secreto “ha permitido una tramitación más expedita y eficaz de las correspondientes solicitudes”. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2022. Una mirada crítica a sus afirmaciones, además del presente trabajo, se encuentra en MORDOJ, 2022.

⁷² Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 4).

protección de este aspecto sea el fundamento de la solicitud de reserva o confidencialidad; c) la sección específica del documento que contendría esa información; y d) los argumentos legales, económicos o fácticos que justifican la medida y la razón sobre por qué la divulgación de la información podría afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular⁷³.

En segundo lugar, establece una presunción del secreto de cierta información, siempre que tenga menos de cinco años de antigüedad, y que esta contenga fórmulas, secretos, costos, márgenes, rentabilidad, estrategias de *pricing*, volúmenes de compra o ventas y descuentos, estrategias de procesamiento o la identificación de proveedores⁷⁴.

En tercer lugar, el AA N°16/2017 regula la tramitación de la solicitud de confidencialidad o reserva, estableciendo que corresponde al TDLC revisar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el resuelvo 3° de la norma, resolviendo de plano la solicitud, y ordenando al Secretario Abogado del Tribunal mantener la custodia de los instrumentos hasta que la resolución que resuelva la solicitud se encuentre firme o ejecutoriada. De este modo, la tramitación varía dependiendo de si el Tribunal acoge o rechaza la solicitud. (i) Si se rechaza la solicitud, el TDLC le otorga un plazo a la parte solicitante para que retire el ofrecimiento de los documentos al proceso (salvo que se encuentre obligado a exhibir, ya sea a través de una solicitud de exhibición de documentos o como una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal), y en caso de que la parte no solicite su retiro o no sea posible, éstos se agregan al expediente como públicos; (ii) y si acoge la solicitud, el TDLC ordenará la elaboración de una versión pública (“VP”), además de dar curso a los resguardos del artículo octavo del AA N°16/2017⁷⁵.

En cuarto lugar, también establece el procedimiento de observaciones y eventuales oposiciones a las versiones públicas aportadas por la parte solicitante. Así, las primeras versiones públicas acompañadas por el solicitante adquieren la denominación de preliminar (versión pública

⁷³ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo 3°.

⁷⁴ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resuelvo 4°.

⁷⁵ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo 8°.

preliminar o “VPP”). Si quien acompaña la VPP es el titular de la información secreta, el TDLC le otorga acceso a las partes al documento para que realicen sus observaciones en un plazo (generalmente de tres días). Si, en cambio, quien realiza la solicitud no es titular, la VPP se pone en conocimiento del titular, quien podrá realizar sus observaciones, y una vez observado (o precluida la oportunidad), se pone en conocimiento de partes, quienes también tendrán derecho para realizar sus observaciones. Respecto de cada observación, el tribunal formula un incidente, el cual resolverá de plano⁷⁶.

Finalmente, una vez tramitadas todas las observaciones, el TDLC ordenará acompañar la VPP al expediente, la cual adquiere la denominación de versión pública definitiva (“VPD”), documento distinto al original incorporado en el proceso, lo que tendrá importancia en las discusiones desarrolladas en el capítulo IV de este trabajo.

Como se ve, y en armonía con el inciso décimo del artículo 22 del DL 211, el procedimiento contempla la incorporación por parte de la solicitante de un instrumento distinto al secreto, llamado versión pública. Si bien el AA N°16/2017 no la define, su artículo sexto, a propósito de su elaboración, la entiende como “una copia del instrumento original”, respecto de la cual se tacha la información secreta, cumpliendo lo dispuesto en la resolución del TDLC⁷⁷.

Llama la atención del procedimiento no solo su estatuto, de rango infra legal, sino que también los numerosos incidentes eventuales que se pueden presentar en la elaboración de versiones públicas hasta la publicación en el expediente de la versión definitiva. A su vez, existen varias inquietudes no resueltas a propósito de los instrumentos sobre los que se solicita secreto y su reemplazo procesal, las versiones públicas.

Desde el punto de vista de las teorías racionalistas de la prueba⁷⁸, cabe plantearse si, en el caso de acogerse una solicitud de reserva o confidencialidad, dado que el documento original

⁷⁶ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo 7°.

⁷⁷ Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resuelvo 6°.

⁷⁸ La teoría racional de la prueba puede definirse como la teoría que considera que, para que un procedimiento pueda ser calificado de racional y justo, debe contemplar la defensa de 3 tesis centrales: “(i) la averiguación de la verdad como objeto institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; (ii) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia;

(secreto) nunca se acompaña al proceso y en cambio se acompaña su versión pública, nos encontramos o no ante una exclusión de prueba, propia de la etapa de conformación de elementos del juicio para que el juez adopte su decisión⁷⁹. En el mismo orden de ideas, también cabe plantearse si la información tachada es en sí misma exclusión de prueba⁸⁰, y si aquello puede vulnerar determinadas garantías del debido proceso⁸¹. Sobre estas ideas me referiré en la siguiente sección.

C. La exclusión probatoria y el derecho a la prueba en materia de libre competencia

Como bien señala EZURMENDIA, en procedimientos reformados de nuestro ordenamiento jurídico – como ocurre en el procedimiento regulado en la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia, que corresponde al caso de estudio del autor citado – es posible distinguir claramente lo que la doctrina ha denominado “las etapas de la actividad probatoria”⁸². Tales momentos probatorios – que pueden ser definidos como “estadios tripartitos de actividad relativa a la evidencia, consecutivos, correlativos y consecuenciales entre sí, en la que intervienen tanto las partes como tribunal, y que impactan en lo que, al final del proceso, ha de tenerse por probado”⁸³ – son tres: (i) la etapa de conformación del material probatorio; (ii) el momento de valoración de la prueba; y (iii) el momento de aplicación de un estándar de prueba⁸⁴.

y (iii) *el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba*”, según lo desarrollado por FERRER, 2007, p. 41. El presente trabajo recoge la teoría racional de la prueba como un planteamiento inicial para el análisis de la prueba secreta en sede de libre competencia, debido a su utilidad conceptual y porque el mismo TDLC ha concebido la prueba en esos términos (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Caso Buses Curacaví, Sentencia N° 134, C. 63°: “*Las teorías racionales de la prueba distinguen tres momentos de la actividad probatoria*”), de lo que da cuenta FUCHS, 2017, p. 287, nota al pie N°9.

⁷⁹ Según la teoría racionalista de la prueba se pueden distinguir tres etapas o momentos de la actividad probatoria: (i) la conformación, la valoración y la decisión (también tratada como “*estándar*”), como lo han señalado FERRER o TARUFFO desde el derecho continental, así como MURPHY, ROBERTS y STEIN en el derecho anglosajón, como indica EZURMENDIA, 2020, p.102.

⁸⁰ Al decir “en sí misma”, me refiero a que cada tachado sea considerado como información excluida de un documento.

⁸¹ Respecto al debido proceso, me remito al trabajo de CARBONELL y LETELIER, 2020, p. 360, que conceptualiza al debido proceso como una “*garantía paraguas*”, que incluye varios derechos que los jueces se encuentran obligados a respetar, conforme a la constitución y los tratados internacionales.

⁸² EZURMENDIA, 2020, p. 101 y 102. Los autores que cita el autor son FERRER y TARUFFO, en derecho continental y MURPHY, ROBERTS y STEIN en el derecho anglosajón.

⁸³ EZURMENDIA, 2020, p. 102.

⁸⁴ GLOVER, 2017, p. 50; y Ferrer, 2007, p. 67.

La clasificación tripartita de los momentos probatorios tiene varias ventajas prácticas y teóricas, entre las cuales se encuentra percibir la diferente incidencia de las reglas que regulan la actividad probatoria en cada uno de esos momentos⁸⁵. Como señala FERRER, la valoración racional de la prueba es una actividad “teleológica o instrumental que juzga la adecuación de medios [de prueba] a fines”⁸⁶. Dicho de otra forma, se trata de una actividad argumentativa llevada a cabo por el juez que le otorga peso a determinados medios de prueba en miras de una cierta finalidad que subyace al procedimiento. Por eso, señala, que “dos cursos de acción, por tanto, pueden ser perfectamente racionales aunque sean absolutamente contrarios si obedecen a la persecución de fines diversos”⁸⁷. Para los citados autores, el fin último de la actividad es la búsqueda de la verdad tras los enunciados fácticos descritos por las partes en un litigio, por lo que en función de la finalidad propuesta sería posible concluir que una determinada regla o valoración resulta racional o irracional⁸⁸. En definitiva, la utilidad de la clasificación de los momentos probatorios es que sirvan al sentenciador como guía para aplicar las normas reguladoras de la prueba, identificando en qué momento deben aplicarse estas reglas jurídicas, en función de la finalidad del proceso⁸⁹.

Volviendo al caso de los procedimientos reformados, dado lo influyente que ha sido la clasificación, es habitual que el legislador defina qué reglas son aplicables a cada momento probatorio, facilitando la identificación del momento en que se aplica cada regla y cómo se pondera su aplicación en función de la finalidad del proceso, sea la búsqueda de la verdad o uno diverso⁹⁰. Para el caso del procedimiento contencioso de libre competencia, si bien dicho

⁸⁵ FERRER, 2007, p. 67.

⁸⁶ FERRER, 2007, p. 66 y 67.

⁸⁷ FERRER, 2007, p. 66.

⁸⁸ FERRER, 2007, p. 67.

⁸⁹ En ese sentido, FERRER explica que “puede observarse cómo las especificidades jurídicas (producto de las reglas jurídicas sobre la prueba) se producen en el primer y, en menor medida, en el tercer momento. El segundo, en cambio, si opera el principio de la libre valoración de la prueba, carece por definición de especificidades jurídicas. Por ello, al momento de la valoración de la prueba le serán de aplicación sin más las teorías generales sobre la prueba urdidas en la epistemología general” (FERRER, 2007, p. 67 y 68).

⁹⁰ EZURMENDIA, 2020, p. 101 y 102.

ejercicio no fue detallado por el legislador, los artículos 22 a 26 del DL 211 permiten distinguir claramente las reglas que aplican en cada momento probatorio, estableciendo: (i) una regla general de inclusión, que se traduce en la admisibilidad de cualquier indicio que a juicio del TDLC sea apto para acreditar los hechos; (ii) reglamentaciones aplicables a la forma y oportunidad de la rendición de prueba; (iii) el régimen de publicidad, confidencialidad o reserva de la evidencia; (iv) la consagración del sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica; y (v) el deber de fundamentación de la sentencia, que obliga al TDLC a enunciar los fundamentos de hecho, derecho y económicos con arreglo a los cuales pronuncia su decisión⁹¹.

Creemos que los puntos (i), (ii) y (iii) pertenecen a al momento de incorporación de prueba, que puede ser definido como “aquel momento del proceso en que la evidencia que posteriormente deberá ser valorada por el sentenciador es incorporada y depurada conforme a ciertos elementos, establecidos normativamente, y que dicen relación con criterios de admisibilidad y relevancia”⁹². El punto (iv) naturalmente pertenece al momento de valoración⁹³, y el punto (v) al momento de estándar⁹⁴. Por tanto, estimamos que las reglas de publicidad, confidencialidad y reserva del procedimiento contencioso de libre competencia se aplican al primer momento probatorio, de inclusión o incorporación.

Según la doctrina, este momento probatorio se rige por un principio epistemológico fundamental, consistente en que se deben incorporar al proceso un conjunto de pruebas lo más rico posible, de forma tal que mientras más información relevante tenga el sentenciador, éste

⁹¹ GÁRATE, 2022, p. 83.

⁹² EZURMENDIA, 2020, p. 103.

⁹³ El objetivo del momento de valoración de la prueba consiste en “determinar el grado de corroboración que éste aporte a cada una de las posibles hipótesis factibles en conflicto” (FERRER, 2007, p. 91). Si bien el estudio de este momento no es objeto del presente trabajo, cabe advertir un aspecto señalado por el autor que incide en este trabajo, que consiste en lo que denomina “valoración *in itinere*”, que consiste en la necesaria valoración que hace el sentenciador durante la etapa de la rendición de prueba para determinar si es necesario ordenar la práctica de un medio de prueba diverso al ofrecido por las partes, que verse sobre alguna hipótesis que no ha sido suficientemente acreditada. Esta valoración no debe ser confundida con la que corresponde al momento de valoración, pues en verdad tiene un objeto distinto: detectar insuficiencias en el peso o riqueza del conjunto de elementos de juicio que ya ha sido cerrado (FERRER, 2007, p. 91). Como se verá, esa es justamente la función de la institución del alzamiento de la confidencialidad, dando cuenta de que esta valoración *in itinere* ocurre más bien en la etapa de conformación.

⁹⁴ Por momento de estándar o de decisión sobre los hechos probados entendemos al grado de probabilidad suficiente (o también llamado umbral de suficiencia) para dar por probada cierta hipótesis (FERRER, 2007, p. 139). Un pedagógico y detallado trabajo sobre el estándar de prueba en materia de libre competencia puede verse en GÁRATE, 2022.

cuenta con una mayor probabilidad de acierto en su decisión⁹⁵. De ser así, el único filtro racional que permita perseguir la finalidad de búsqueda de la verdad en el proceso sería un filtro de relevancia de prueba, puesto que una regla que limite la conformación de ese material probatorio disminuiría las posibilidades de alcanzar esa finalidad, la verdad⁹⁶. En ese sentido, sólo “una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia. Se trata de un principio de inclusión que ordena la admisión de toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas”⁹⁷.

En teoría, se podría utilizar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de procedimiento para acreditar las afirmaciones vertidas por las partes en la etapa de discusión⁹⁸. Tal es el principio de libertad de prueba, que establece que todo elemento de conocimiento que pueda ser útil para la determinación de un hecho puede ser utilizado por las partes para su incorporación al proceso⁹⁹.

De esta forma, sería posible sostener que existe un principio de inclusión epistemológico que prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante para verificar la verdad de los hechos que se juzgan, pero que, por el contrario, existen reglas de exclusión de prueba, que excepcionando al principio general de admisión de prueba, hacen prevalecer otros valores por sobre el de la libertad de prueba¹⁰⁰. Estas reglas jurídicas de exclusión de prueba pertenecen al primer momento probatorio, de conformación, inclusión o incorporación de prueba ya mencionado.

⁹⁵ FERRER, 2007, p. 68.

⁹⁶ FERRER, 2007, p.69 y 70.

⁹⁷ FERRER, 2007, p. 42 y 43.

⁹⁸ TARUFFO, 2008, p. 37.

⁹⁹ FUCHS, 2017, p. 288.

¹⁰⁰ FUCHS, 2017, p. 288.

Por ello, reconocer la existencia de momentos probatorios dentro del procedimiento contencioso de libre competencia – y especialmente de la etapa de conformación – implica reconocer que existe evidencia que las partes podrían incorporar al procedimiento que quedaría fuera del material de conformación, por la aplicación de normas legales que persiguen valores distintos al de la libertad probatoria. En definitiva, significa reconocer la existencia de reglas jurídicas de exclusión de prueba en este procedimiento, acarreando la natural consecuencia de que empobrezca el conjunto de elementos de juicio con que deberá adoptarse la decisión¹⁰¹.

Siguiendo esa línea, sería posible concebir la exclusión de prueba como reglas jurídicas contra epistémicas en virtud de la cual ciertos antecedentes se excluyen del proceso en la etapa de conformación de la prueba por razones legales, limitando la posibilidad del juez de valorar dicha información, puesto que su presencia es contraria el principio epistemológico de enriquecimiento del conjunto de prueba que sirve para resolver un caso. En esa línea, diversos autores anglosajones de la tradición racionalista han criticado la racionalidad de estas reglas¹⁰².

Más allá de las objeciones a su racionalidad con la finalidad epistémica de la prueba, la razón por la que se excluye prueba en la etapa descrita se justifica en motivos deseables para el proceso, que motivarían a que el legislador tome la decisión de que exista un control previo del tribunal de los medios de prueba que puedan presentarse en el proceso¹⁰³. Tales razones pueden ser la celeridad del proceso, evitando que las partes incorporen prueba impertinente de forma libre a la resolución del caso; la prevención de criterios inquisitivos en la selección de prueba a *motu proprio* por parte del sentenciador; el principio de preclusión; valores generales o intereses individuales específicos que merezcan una consideración especial; y, en general, aquellos criterios que cada sistema decida incluir al proceso con el objeto de establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar¹⁰⁴.

¹⁰¹ FERRER, 2007, p. 71 y 72.

¹⁰² Según da cuenta FERRER, este sería el caso de BENTHAM, THAYER y WIGMORE (FERRER, 2007, p. 70).

¹⁰³ TARUFFO, 2008, p. 37.

¹⁰⁴ TARUFFO, 2008, p. 37.

Al respecto, TARUFFO concluye que los criterios de conformación del material probatorio en el juicio, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, obedecen a dos criterios fundamentales: la relevancia de los medios de prueba – estándar lógico de acuerdo con el cuál los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos¹⁰⁵ – y las normas que determinen qué pruebas son jurídicamente admisibles – lo que ocurre cuando una norma jurídica específica prohíbe su admisión¹⁰⁶. Así, según este entendimiento, la prueba excluida en la etapa de conformación se refiere a aquel material que precisamente no ha sido incorporado al expediente ya sea por un filtro de orden epistemológico o de la relevancia respecto de los hechos que se juzgan, o por algún filtro adicional impuesto por las reglas jurídicas¹⁰⁷.

En este punto, debemos advertir un problema particular para el caso del procedimiento de libre competencia al hacerle aplicable los momentos probatorios. Como señalamos previamente, la etapa de conformación es fácilmente reconocible en procedimientos reformados, y ello ocurre porque los criterios de selección de prueba se encuentran concentrados en una sola etapa, una audiencia preparatoria¹⁰⁸. Sin embargo, como podemos advertir del estudio realizado en este trabajo, en ninguno de los procedimientos de libre competencia —ni menos en el caso del procedimiento contencioso— se puede reconocer una institución como una audiencia preparatoria que permita, mediante criterios de relevancia y legalidad, seleccionar el material probatorio que se incorporará al proceso para la posterior valorización y decisión del sentenciador, sino que sólo nos presenta un listado de reglas que podemos relacionar a los distintos momentos de la actividad probatoria¹⁰⁹.

¹⁰⁵ TARUFFO, 2008, p. 38.

¹⁰⁶ TARUFFO, 2008, p. 41.

¹⁰⁷ FERRER, 2007, p. 42-43.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, la audiencia preparatoria en materia del procedimiento de familia, conforme lo dispuesto en los artículos 31 y 61 N° 8 de la Ley N°19.968 (EZURMENDIA, 2020, p. 104).

¹⁰⁹ Véase nota al pie N°91.

De esta forma, dado el esquema que el legislador definió para el procedimiento contencioso, la iniciativa, responsabilidad y protagonismo de las partes en la proposición de las pruebas es más bien asimilable a lo que ocurre en nuestro sistema procesal civil, en donde la proposición de pruebas puede definirse como “un acto procesal de parte consistente en manifestar los medios de prueba de que intenta valerse en el proceso, el objeto de los mismos y en la petición de que sean practicados”¹¹⁰, en la que, a diferencia de lo que ocurre en un modelo procesal concentrado, muestra una dispersión en toda la actividad probatoria, de la que no escapa la proposición de prueba por parte de las partes¹¹¹.

Ahora, el carácter desconcentrado del procedimiento contencioso no implica que no exista un examen de admisibilidad y legalidad de la prueba. Como señala PALOMO, cada medio de prueba tiene sus reglas específicas para la proposición¹¹². El control del material que conforma el proceso en los procedimientos de libre competencia se efectúa para cada medio de prueba en particular. De ello se sigue que una regla que excluya del conjunto de prueba aquella ofrecida por las partes – aunque de manera desconcentrada – pertenece a la etapa de conformación de la prueba, por lo que puede ser calificada como una regla jurídica de exclusión de prueba.

Como señalamos, los criterios que pueden determinar un control en la etapa de conformación suelen ser razones de legalidad o relevancia. Creemos que una conceptualización que resulta útil para perfilar esos filtros para el caso en particular del procedimiento contencioso de libre competencia corresponde a distinción entre reglas de exclusión de prueba intrínsecas y extrínsecas propuestas por DAMASKA. Según el autor, las primeras pueden ser definidas como aquellas que “rechazan información probatoria con base en la convicción de que su exclusión mejorará la precisión de la determinación de los hechos” y las segundas “reglas que rechazan la información obtenida para proteger otros valores distintos de la búsqueda de la verdad”¹¹³.

¹¹⁰ PALOMO, 2013, p. 232 y 233.

¹¹¹ PALOMO, 2013, p. 233.

¹¹² PALOMO, 2013, p. 234.

¹¹³ DAMASKA, 2015, p.31.

Según el entendimiento de otros autores, como PICÓ, a las reglas de exclusión intrínsecas pertenecen los criterios de pertinencia, la utilidad y la licitud de la prueba, mientras que a las reglas de exclusión extrínsecas de prueba pertenecen criterios legales procesales sobre la proposición de las pruebas, como la legitimación y los plazos, así como otros límites específicos de cada medio en particular¹¹⁴.

Justamente estos últimos criterios parecen denotar que en las reglas de la prueba en procedimientos civiles – y por analogía, en el caso del procedimiento contencioso de libre competencia – obedecen a criterios de exclusión extrínsecos. En otras palabras, este conjunto de reglas de prueba que regulan la oportunidad e inclusión de cada medio de prueba en particular a lo largo de un procedimiento de *lato conocimiento*, cautelan valores distintos al de la búsqueda de la verdad. Tales reglas son parte del momento de conformación o inclusión de prueba, etapa a la cual pertenecen, según señalamos, las reglas de confidencialidad o secreto.

Como se ve, incluso autores que adscriben a una relación estrecha entre prueba y verdad reconocen los límites a la incorporación de determinada prueba en el proceso. Sin embargo, estos límites presentan un problema desde la perspectiva del derecho a la prueba. Este derecho se ha definido como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso^{115 116}. Así, según lo que señala TARUFFO, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías¹¹⁷. Por ello, desde la perspectiva del derecho a la prueba, la utilización de los medios de prueba necesarios para

¹¹⁴ PICÓ, 2004, p. 10-14.

¹¹⁵ PICÓ, 1996, p. 18 y 19.

¹¹⁶ El autor lo analiza desde la perspectiva del artículo 24 de la constitución española, que señala “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*” (énfasis agregado).

¹¹⁷ TARUFFO, 2008, p. 56.

sustentar alguna de las posiciones de las partes del proceso, comprendería al menos tres garantías: (i) que se admita toda la prueba propuesta por las partes; (ii) que el medio probatorio sea practicado, y (iii) que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado¹¹⁸.

Así las cosas, la posible colisión entre la exclusión y el derecho a la prueba se presenta cuando se requiere utilizar algún medio de prueba en particular y éste se excluye en la conformación, limitando la garantía en toda su extensión, debido a que sólo el material probatorio admitido en la etapa de conformación será tomado en consideración por el juez para resolver el caso concreto¹¹⁹.

Por lo tanto, cualquier información que el juez no pueda valorar por aplicación de reglas intrínsecas o extrínsecas es –por definición– prueba excluida. Dado que la exclusión impide la valoración y esta es una parte de la garantía del derecho a la prueba, su presencia significa una vulneración al derecho a la prueba según el entendimiento del derecho recién expuesto¹²⁰.

Lo anterior acarrea consecuencias en garantías procesales del debido proceso, como el derecho a la defensa, al limitar el acceso a determinada información que podría ser relevante para la formulación de defensas jurídicas¹²¹. Asimismo, para autores que consideran que la búsqueda de la verdad es la finalidad de la actividad probatoria¹²², la exclusión de determinada información afecta al principio epistemológico y a la racionalidad general para la valoración de la prueba¹²³.

¹¹⁸ PICÓ, 1996, p. 20.

¹¹⁹ FERRER, 2007, p. 42.

¹²⁰ En ese sentido, FUCHS, 2017, p. 288-289.

¹²¹ PICÓ, 1996, p. 35.

¹²² Además de los autores ya citados que adscriben a la valoración de la prueba, FUCHS ha reconocido tal finalidad dentro de los procedimientos de libre competencia (con el matiz de señalar que no se trata de la única finalidad del proceso). FUCHS, 2017, p. 298.

¹²³ FERRER, Jordi, 2007, p. 53.

En ese orden de ideas, la infracción al derecho a la prueba, así como al derecho a la defensa, y a la finalidad epistemológica de la prueba, teóricamente permitiría construir una acción de inconstitucionalidad por el reconocimiento que hace la carta fundamental a tales derechos, dándole más “fuerza” a la aplicación de las reglas generales de la epistemología o de la racionalidad general en el ordenamiento jurídico¹²⁴, en la medida de que se entienda que la exclusión de prueba sea una prueba contra epistémica.

Con todo, sostener la inconstitucionalidad de estas reglas requiere, al menos, dos presupuestos: (i) según FERRER, que nos encontremos ante sistemas jurídicos que reconozcan la libre valoración de la prueba y el derecho a la prueba “o una versión del derecho a la defensa que lo incluya¹²⁵”; y (ii) la ausencia de prueba impertinente o ilícita (o, dicho de otro modo, reglas de exclusión intrínsecas¹²⁶).

Sobre lo primero, se debe señalar, en específico respecto del sistema de defensa de la libre competencia, que su valoración se rige según las normas de la sana crítica, tal como lo indica expresamente el inciso final del artículo 22 del DL 211¹²⁷. Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce constitucionalmente el derecho a la prueba o, al menos, una versión del derecho a la defensa que lo incluya. Así, CARBONELL y LETELIER reconocen al derecho a la defensa como uno de los más importantes integrantes del debido proceso, comprendiendo (entre otras cosas) el derecho de las partes e intervinientes de “hacer uso de las oportunidades procesales y medios legales para acreditar la existencia de hechos que sirven de fundamento a las normas cuyas consecuencias jurídicas se persiguen a través del proceso¹²⁸”. Así, el derecho a presentar pretensiones ante tribunales, así como el de protegerse de las pretensiones, definido por los autores como derecho a la defensa material¹²⁹, comprende una versión de del derecho a

¹²⁴ Ferrer, 2007, p. 53 y 55.

¹²⁵ Ferrer, 2007, p. 53.

¹²⁶ Ferrer, 2007, p. 53.

¹²⁷ “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

¹²⁸ CARBONELL y LETELIER, 2020, p. 366.

¹²⁹ CARBONELL y LETELIER, 2020, p. 366.

la defensa que incluye el derecho a la prueba en términos similares al planteado por los autores españoles¹³⁰.

Por otro lado, en nuestra jurisprudencia constitucional se ha reconocido al derecho a la prueba como parte integrante del debido proceso legal, sin que su protección alcance a ser absoluto¹³¹. En efecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a presentar pruebas es un elemento del debido proceso¹³², que su ejercicio implica la aptitud procesal de presentar evidencias y tener derecho a impugnar aquellas que vulneran las pretensiones y derechos que se hagan valer¹³³, vinculado con otro derecho constitucional consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo¹³⁴.

En todo caso, se ha indicado que se trata de un derecho eventual, que depende de las circunstancias del caso y de la pertinencia de la prueba respecto de la cual se impugna su vulneración¹³⁵. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional reconoce que es el legislador quien estaría habilitado para determinar el momento en que corresponde ofrecer y producir las pruebas¹³⁶ y, por cierto, limitarlas, aun existiendo hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, “por estimar que son contrarias al ordenamiento jurídico”^{137,138}.

¹³⁰ Cabe señalar que esta construcción es más habitual en materia penal, como da cuenta CARBONELL y VALENZUELA, 2021, p. 57.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (“STC”) Rol N°3262-16.

¹³² STC roles N°699, c. 9°; 2628, c. 6°; 2546, c. 7°; 2748, c. 15° y 2757, c. 41°.

¹³³ STC Rol N°2029, c. 33°.

¹³⁴ STC Rol N°478, c. 22°.

¹³⁵ STC roles N°596, c.16°; 699, c. 9°; 806, c. 22° y 2546, c. 8°.

¹³⁶ STC Rol N° 2546, c. 9°.

¹³⁷ STC Rol N° 3262, c. 23°.

¹³⁸ Por cierto, PICÓ reconoce como límite intrínseco al derecho a la prueba la licitud de la misma, lo que exige el respeto de los demás derechos fundamentales, como a la integridad física o psíquica, al honor y a la intimidad personal, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, entre otros. PICÓ, 1996, p. 42.

A modo de conclusión del presente capítulo, habiendo establecido en términos generales la doctrina sobre la conformación de la prueba en el proceso, la exclusión de prueba y su contrapartida con el derecho a la prueba —o al menos una acepción del derecho de defensa que contenga dicha garantía—, es necesario evaluar en particular si la prueba confidencial en el procedimiento contencioso de libre competencia puede concebirse como una regla de exclusión de prueba, y si aquella consiste en una regla contra epistémica que afecta el derecho de las partes de que el TDLC valore información relevante para resolver los hechos puestos en su conocimiento por razones de confidencialidad.

Así, para construir la posibilidad de que la prueba secreta en sede de libre competencia sea un caso de exclusión probatoria y si aquella puede ser concebida como una regla contra epistémica, nos referiremos a dos argumentos.

El primero de ellos consiste en que la confidencialidad limita el conocimiento del TDLC y de las partes de cierta información, lo que atenta en contra el principio de publicidad del procedimiento y de los actos que forman parte de él¹³⁹ ¹⁴⁰. Si bien es cierto que conforme al artículo 22 del DL 211 y el AA N°16/2017 se exige que la solicitud cumpla ciertos estándares de fundamentación, que descansan principalmente en información comercial sensible que pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, ello no obsta que su inclusión al conjunto de prueba no sea relevante para la defensa del caso concreto. Al no poder ser conocido por el Tribunal, no puede ser valorado, lo que podría vulnerar el derecho a la prueba y limitar la obtención de la verdad en el proceso.

El análisis de este argumento se referirá a cómo la tramitación de las versiones públicas y el tratamiento del documento original influye en la respuesta, pues existen al menos dos

¹³⁹ Tal como reconoce el inciso primero del artículo 20 del DL 211, al señalar que “*El procedimiento será escrito, salvo la vista de la causa, público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva*” (énfasis agregado).

¹⁴⁰ Lo anterior ha sido cuestionado no solo en sede jurisdiccional, sino que también a propósito de los expedientes de las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Nacional Económica, en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada, respecto de la letra ñ) del artículo 39 del DL 211, a propósito del Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Tianqui Lithium Corporation, Rol TDLC N° AE 16-2018, como da cuenta GRUNBERG, 2020, p.72 y 67.

interpretaciones ante la misma situación que, una vez analizadas, permiten fundar una postura intermedia objeto de este trabajo.

Luego, como segundo punto, algunos supuestos para la formulación de solicitudes de confidencialidad están contenidos en una norma de rango infra legal, como lo es el AA N°16/2017, mientras que el derecho a la prueba reviste un carácter constitucional. Incluso si se considera que la ley faculta al TDLC a establecer excepciones a la publicidad, sería posible sostener que la importancia de las presunciones reguladas en el acuerdo cuarto del AA N°16/2017 es tal que éstas no cumplen con el estándar exigido para limitar este derecho. Por tanto, de concluir que cualquier límite al conocimiento del Tribunal impide la valoración del instrumento, la causa de tal exclusión estaría contemplada en una norma infra legal, lo que sería inconstitucional¹⁴¹.

Sin embargo, para realizar ese análisis, es menester hacernos cargo de dos cuestiones que condicionan la respuesta a la interrogante propuesta. En primer lugar, me referiré a cómo la tramitación de la solicitud de confidencialidad mitiga las limitaciones que la confidencialidad supone al derecho de las partes de que la información que aporten al proceso sea valorada por el TDLC. Por último, nos referiremos a cómo la naturaleza de la institución influye en el análisis sobre una eventual afectación al derecho a la prueba de las partes que no pueden acceder al contenido confidencial, dada la existencia de un estándar legal para limitar la publicidad de la información.

¹⁴¹ En el sentido recogido en la STC Rol N° 3262, c. 23°; y en lo señalado por PICÓ, 1996, p. 42.

III. La Tramitación Y La Naturaleza De Prueba Confidencial

A. La tramitación de la solicitud de confidencialidad

Para poder analizar con claridad las problemáticas que se derivan de la prueba confidencial, es necesario repasar brevemente el procedimiento de confidencialidad. Tal como se desprende del artículo 22 del DL 211, para que el TDLC decrete la confidencialidad o reserva de un documento, es necesario que la parte interesada realice una solicitud que justifique la necesidad de la medida, al momento de ofrecer el documento en las oportunidades previstas en el procedimiento contencioso¹⁴². En cuanto al contenido de esta solicitud, el DL 211 sólo nos indica que, para decretar la confidencialidad o reserva de la información, se exige que la información contenida en el instrumento sea de tal relevancia que su divulgación afecte significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular (artículo 22 inciso noveno).

De la lectura surge una primera duda, relativa a qué se entiende por afectación al desenvolvimiento competitivo del titular y si este concepto se trata de un requisito para el otorgamiento de la confidencialidad o reserva, o más bien de otra figura. Recordemos que el DL 211 entrega al TDLC la facultad de dictar auto acordados que sean necesarios para una adecuada administración de la justicia¹⁴³. En virtud de dicha facultad, tiene sentido que una aproximación al concepto esté dada por lo dispuesto en el AA 16/2017 que regula la reserva o confidencialidad de la información en los procesos. En su acuerdo tercero, se establece a propósito de la oportunidad que estamos señalando – la solicitud – que ésta “deberá siempre indicar: (a) la naturaleza de la información cuya protección se pide como, por ejemplo, costos, volúmenes de compra, entre otros; (b) la identificación del titular o titulares de la información, salvo que la protección de este aspecto sea el fundamento de la solicitud de reserva o confidencialidad; (c) la sección específica del documento que contendría esa información; y, (d) los argumentos legales, económicos o fácticos por los que su divulgación podría afectar significativamente el

¹⁴² Es decir, al momento de presentar la demanda, durante el término probatorio o hasta 10 días antes de la vista de la causa. Nótese que no mencionamos al requerimiento de la FNE, puesto que este órgano cuenta con un procedimiento distinto de confidencialidad, tal como señala el inciso final del acuerdo tercero del AA 16/2017 (“Lo dispuesto en este acuerdo no regirá respecto de aquellos instrumentos que tengan el carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39 del DL N° 211”).

¹⁴³ Artículo 18 N°6) del DL 211.

desarrollo competitivo de su titular y, en consecuencia, justificarían la necesidad de mantenerlo en carácter reservado o confidencial¹⁴⁴.

Es decir, de conformidad al alcance efectuado por el mismo TDLC, se ha entendido que la afectación significativa al desarrollo competitivo del titular de la información es un requisito o presupuesto que debe ser acreditado por el solicitante de la medida de confidencialidad o reserva, y en caso de que no se verifique, se dispone que “el Tribunal rechazará la solicitud y devolverá los instrumentos al aportante, sin perjuicio de su derecho a presentar una nueva solicitud”, salvo que el solicitante esté obligado a aportar o exhibir dichos instrumentos – como ocurre con la exhibición forzada de documentos¹⁴⁵ o cuando el TDLC ordena acompañar un documento como medida para mejor resolver – en cuyo caso “el Tribunal ordenará que se corrija la solicitud de reserva o confidencialidad dentro de tres días hábiles, bajo el apercibimiento de tener ésta por no presentada”¹⁴⁶.

Siguiendo las reglas generales de la carga de la prueba¹⁴⁷, lo natural es que corresponda a las partes interesadas en resguardar la información cumplir con los requisitos exigidos en el DL 211 y en el AA 16/2017, debiendo ser estas quienes acrediten la existencia de una afectación al desarrollo competitivo, es decir, que la divulgación de la información podría provocarle un perjuicio irreparable en caso de su divulgación, lo que justifique establecer una excepción al principio de publicidad que rige al procedimiento contencioso de libre competencia¹⁴⁸. Lo

¹⁴⁴ Auto Acorado N°16/2017, acuerdo tercero.

¹⁴⁵ Regulada en el artículo 349 del CPC, aplicable al procedimiento contencioso por aplicación del artículo 29 del DL 211 y del artículo 3° del CPC. Como se ha señalado, este tipo de medidas tienen un rol fundamental para establecer la culpabilidad de acusados en casos de colusión (GRUNBERG y MONTT, 2017, p. 331-332).

¹⁴⁶ Por ejemplo, TDLC, resolución de 16 de noviembre de 2022, causa Rol C N°445-22, folio 197.

¹⁴⁷ Una breve explicación de lo que se entiende por la carga de la prueba se encuentra en PALOMO, 2013, pp. 447-464.

¹⁴⁸ En ese sentido, en el AA N°16/2017, el TDLC consideró que “sin embargo, en ocasiones, el hecho de otorgar un acceso ilimitado a dichos antecedentes, ya sea a las partes del proceso o a terceros ajenos a él, puede producir un perjuicio grave a personas determinadas o a la sociedad en general. Particularmente, en el ámbito de la defensa de la libre competencia, se debe evitar que con ocasión de un procedimiento seguido ante este Tribunal sean revelados, a terceros o a las propias partes, datos sensibles y estratégicos que puedan afectar el desarrollo competitivo de los actores en el mercado” (c. 2°). Lo anterior sigue la línea de la legislación europea en materia de libre competencia, donde, por ejemplo, en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo, donde se dejó constancia que “[a]unque en las acciones por daños se debería disponer en principio de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, conviene proteger dicha información de manera adecuada. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que dichos datos confidenciales sean divulgados durante el procedimiento. Entre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir

anterior es, además, consecuente con la finalidad de la institución, pues no todos los casos de confidencialidad serán iguales, variando los motivos por los que la divulgación de cierto dato puede ser clave para la competencia de los agentes económicos del mercado. Eso es lo que ha motivado a otras jurisdicciones a establecer casos típicos en los que, por la naturaleza de la información, sea razonable presumirla como confidencial¹⁴⁹.

Advirtiendo tal situación, el TDLC facilitó las solicitudes de confidencialidad a través del establecimiento de presunciones, cuya referencia nutre la mayor parte de escritos presentados por los operadores del sistema de competencia. Así, el acuerdo cuarto del AA N°16/2017 señala que se presume secreta “aquella información que tenga menos de cinco años de antigüedad, relativa a: a) Fórmulas y secretos comerciales; b) Costos de producción, márgenes, rentabilidad y estrategias de *pricing*; c) Volúmenes de compra o de venta y descuentos obtenidos; d) Estrategias de posicionamiento como, por ejemplo, la metodología usada para seleccionar a los competidores o proveedores relevantes; y e) La identificación de los proveedores”¹⁵⁰.

Aunque esos supuestos se usan y aplican en términos amplios, hay información que en otras jurisdicciones se presume confidencial, pero que en el caso del procedimiento contencioso no tienen regulación expresa. Ello ocurre con la información relativa a datos personales, que habitualmente suele ser incorporado en solicitudes de confidencialidad, aunque sin éxito¹⁵¹, o

el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial. Las medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento” (c. 18°), citado por MORDOJ, 2022, p. 5.

¹⁴⁹ OCDE, 2019, p. 13. En este caso, el listado va desde secretos comerciales como precios, know-how, cantidades de producción y participaciones de mercado, hasta datos personales, información de proveedores o incluso información que por razones de seguridad deban permanecer en secreto.

¹⁵⁰ Auto Acorado N°16/2017, acuerdo cuarto.

¹⁵¹ Esta información es protegida en el derecho europeo de la competencia, en el Reglamento UE 2016/679 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Sin embargo, en Chile dicha información no se estima, por regla general, confidencial. Así lo ha resuelto el TDLC en resolución de 13 de septiembre de 2022 en la causa Rol C N°445-22, folio 134, donde señaló que “[r]especto a la solicitud de confidencialidad de datos personales, no ha lugar a la confidencialidad solicitada, atendido que la divulgación de la información relativa al nombre, cédula de identidad y correo electrónico indicada no afecta de forma significativa el desenvolvimiento competitivo de su titular. Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general la publicidad de actos, resoluciones y antecedentes que conforman un expediente tramitado ante este Tribunal, siendo el otorgamiento de confidencialidad o reserva una excepción que debe justificarse en los términos establecidos en el artículo 22 del D.L. N° 211, y la solicitud no cumple con ese estándar. A mayor abundamiento, este Tribunal no realiza tratamiento de

de información que podría ser confidencial por razones de interés público¹⁵². Sin perjuicio de que puede parecer problemático, estimamos que es coherente por la decisión legislativa que se ha tomado al regular el requisito. Dado que la afectación al desenvolvimiento competitivo debe ser significativa, la literalidad del AA 16/2017 – “los argumentos legales, económicos o fácticos por los que su divulgación podría afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular” – es lo bastante amplia como para que la parte solicitante se haga valer de todos los medios de prueba aceptados en esta sede para acreditar tal circunstancia.

De esta forma, el TDLC puede controlar las solicitudes complementando las presunciones con los otros requisitos de la solicitud de confidencialidad contenidos en el acuerdo tercero del AA N°16/2017, como la identificación de la naturaleza de la información, la identificación del titular, y la indicación de las secciones que contienen la información cuyo secreto se solicita, de manera tal que la afectación al desenvolvimiento competitivo del titular es presupuesto que en la práctica se ha dotado del suficiente contenido para que, al menos desde su justificación, existan buenas razones para decretar la confidencialidad de la información contenida en un documento.

B. La naturaleza de la prueba confidencial. Una comparación con las medidas cautelares

Pero, dada la escasa literatura específica del asunto y para estudiar el alcance de la institución, parece pertinente compararla con otras reglas de habitual estudio en materia procesal civil. En particular, la regla antes transcrita se asemeja bastante a la regulación en nuestra legislación de las medidas cautelares y la necesidad de acreditar mediante antecedentes la necesidad del otorgamiento de la medida.

En general, las medidas cautelares pueden ser definidas como “la protección de un derecho virtual, de una apariencia de derecho, frente al peligro de ineficacia que pueda darse para el

datos en los términos establecidos en la Ley N° 19.628, no bastando con el mero almacenamiento de documentos que puedan contener datos personales para efectos de otorgar su confidencialidad”, p. 1.

¹⁵² Al respecto ver: CMA, 2014, párrafo 4.14.

futuro cumplimiento de una sentencia pronunciada en un juicio declarativo o ejecutivo¹⁵³”, así, de la definición se desprenden los requisitos de la institución que la fundan: el peligro que existe por la pérdida de la eficacia en la acción – o peligro en la demora – y la apariencia o humo de buen derecho necesaria para decretar la medida¹⁵⁴.

Dentro de las características distintivas que tienen las medidas cautelares – que por sí mismas podrían ser objeto de una extensa investigación – cabe destacar la instrumentalidad y la provisionalidad¹⁵⁵ como elementos que comparten en común con la resolución del TDLC que decreta prueba confidencial o reservada.

La instrumentalidad puede ser definida como “aquella cualidad que identifica tanto la actividad conducente al pronunciamiento de las medidas cautelares como a estas mismas”, toda vez que las medidas “nunca se justifican por sí mismas, sino que están preordenadas en función de un proceso distinto¹⁵⁶”. Así, citando a CALAMANDREI, “en las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar al derecho”¹⁵⁷.

Como se ha entendido en el estudio de las medidas cautelares, existe un peligro en la demora de una sentencia definitiva que justifica la interposición de medidas que tiendan a resguardar un resultado favorable si se acoge la acción del demandante, que puede no ser tal en caso de demora. De esta forma, es posible identificar una vinculación entre la medida y la finalidad misma del procedimiento, que es la tutela judicial efectiva, pero sin constituir una decisión anticipada del juez con su concesión.

¹⁵³ ROMERO, 2017. La definición citada contiene de forma sucinta los requisitos más relevantes para su concesión: un humo de buen derecho y el peligro en la demora. Además del extenso trabajo citado que se refiere a las principales problemáticas de la materia, también se consulta Cortés, La Tutela Cautelar en El Proceso Civil.

¹⁵⁴ ROMERO, 2017.

¹⁵⁵ BORDALÍ, CORTEZ, Y PALOMO, 2014, p. 451.

¹⁵⁶ BORDALÍ, CORTEZ, Y PALOMO, 2014, p. 451.

¹⁵⁷ BORDALÍ, CORTEZ, Y PALOMO, 2014, p. 451.

La inclusión de la institución de las medidas cautelares a este trabajo busca servir de base para responder a una interrogante no aclarada respecto de la institución de la confidencialidad. Esta pregunta consiste en terminar de responder cuál es la finalidad de la medida: si es acaso la búsqueda de la verdad, asegurar un determinado resultado, o una finalidad distinta. De lo expuesto en la primera parte de este trabajo, sobre todo relativo a la relación entre la función sancionatoria y el procedimiento contencioso de libre competencia, se puede desprender de la ley chilena de competencia que existen fines propios del procedimiento de libre competencia distinguibles de los fines del procedimiento civil y diferenciables de los fines de una medida cautelar.

Según una interpretación del artículo 3 y 5 del DL 211, existe una finalidad propia del procedimiento de libre competencia que consisten en el resguardo de la competencia encomendada al TDLC, a la FNE y a la Corte Suprema. Así lo han reconocido autores como GRUNBERG y MONTT, que señalan que “existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la protección de la competencia y no de los competidores”¹⁵⁸. Dado que los objetivos del derecho de la competencia se orientan hacia la corrección de los efectos que generan las conductas anticompetitivas en el mercado¹⁵⁹, esa finalidad inspira diversas instituciones de nuestra legislación antimonopolios, como ocurre con reglas procesales contenidas en el DL 211 – como las facultades oficiosas del TDLC o un sistema de valoración racional de la prueba – y el caso de este trabajo, la regulación de la prueba confidencialidad, y, aunque parezca contradictorio, también inspira las normas sustantivas del DL, como el artículo 3° en sus distintos numerales, atribuciones particulares de órganos como la FNE (como las medidas intrusivas)¹⁶⁰, y especialmente las reglas que determinan las sanciones que impone el TDLC como medidas disuasivas a que vuelvan a suceder conductas anticompetitivas en el futuro¹⁶¹.

¹⁵⁸ GRUNBERG y MONTT, 2017, p. 307 y 308.

¹⁵⁹ GÁRATE, 2022, p. 97.

¹⁶⁰ La paradoja en este caso supone una distribución de garantías, pues por un lado existe una finalidad sancionatoria, y por otro, garantías mínimas del debido proceso que deben ser respetadas. MONTERO, GÓMEZ y BARONA, 1998, p. 355.

¹⁶¹ GÁRATE, 2022, p. 97.

En el caso de la confidencialidad, es claro que el resguardo a la competencia funciona como contrapeso al principio de publicidad. En el AA N°16/2017 el TDLC es bastante claro: los instrumentos ofrecidos por las partes “serán agregados en carácter de públicos al expediente respectivo según el orden de su presentación o realización, por lo que podrán ser consultados por cualquier persona¹⁶²”, siendo la prueba confidencial una excepción al principio de publicidad¹⁶³.

De manera similar, las medidas cautelares se oponen al tiempo necesario para la dictación de una sentencia conforme a derecho, por la existencia de un peligro en la demora de su dictación, lo que suele manifestarse en la ley a través de requisitos adicionales para la imposición de la medida¹⁶⁴. Así, por motivos de peligro en la demora y humo de buen derecho, el juez puede decretar medidas que protejan la pretensión incoada en un procedimiento, cumpliendo ciertos requisitos establecidos en la legislación¹⁶⁵. Por lo anterior, existe una similitud entre las medidas cautelares y el secreto en el procedimiento de libre competencia: son accesorios a una finalidad del procedimiento, las que deben ser ponderadas al momento de evaluar una vulneración de garantías del debido proceso, como el derecho a la prueba¹⁶⁶.

Otro elemento de las medidas cautelares que comparte con la prueba confidencial es la provisionalidad, en los términos establecidos en el CPC. El artículo 301 de dicho cuerpo normativo señala que “todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”. Dicho en otras palabras, la provisionalidad se entiende como “la posibilidad de modificación o extinción de una medida cautelar, cualquiera sea el motivo invocado para ello¹⁶⁷”.

¹⁶² Acuerdo primero AA N°16/2017.

¹⁶³ Acuerdo segundo AA N°16/2017.

¹⁶⁴ Por ejemplo, motivos “graves y calificados”. (CORTEZ, 2017, p. 243).

¹⁶⁵ CORTEZ, 2017, p. 240.

¹⁶⁶ ORTELLS, 2000, p. 37-39.

¹⁶⁷ BORDALÍ, CORTEZ, y PALOMO, 2014, p. 453.

En el caso del procedimiento de libre competencia, existe una regla especial al respecto: “Si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes¹⁶⁸”, de forma tal que, variando las razones que motiven la resolución que decreta la confidencialidad o reserva, el TDLC puede alzar dicha medida por resolución fundada. Ello refuerza el carácter provisional de la confidencialidad o reserva, ya que puede modificarse en determinadas circunstancias, independientemente del estado de la resolución que decretó dicho secreto (si está o no firme).

Finalmente, estimamos que la resolución que resuelve la confidencialidad tiene la misma naturaleza que una resolución que resuelve una medida cautelar, y que dicha naturaleza es la de una interlocutoria de primer grado¹⁶⁹. Se trata de una materia, en todo caso, discutida, existiendo fallos de los tribunales superiores de justicia en ambos sentidos¹⁷⁰. Sin embargo, existen motivos por los cuales dicha naturaleza se ajusta con la finalidad de la prueba confidencial.

Primero, la confidencialidad de la medida se sostiene hasta que se acompañe al proceso un nuevo antecedente que modifique las razones que sirvieron para decretar la medida. Aplicado al caso de la prueba confidencial, la confidencialidad se sostiene hasta que los motivos que sirvieron para fundar una solicitud de confidencialidad ya no permitan estimar que la divulgación de la información afecte significativamente el desenvolvimiento competitivo del titular. Ello ocurre en términos similares a los nuevos antecedentes que permiten alzar una medida cautelar¹⁷¹.

El segundo dice relación con el efecto que produce una resolución firme o ejecutoriada para el caso de la prueba confidencial o reservada, que no puede ser otro que el de cosa juzgada

¹⁶⁸ Artículo 22 inciso décimo del DL 211.

¹⁶⁹ De conformidad al inciso segundo del artículo 158 del CPC, se define como interlocutoria de primer grado a “la [resolución] que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes”.

¹⁷⁰ BORDALÍ, CORTEZ, y PALOMO, 2014, p. 480-483.

¹⁷¹ BORDALÍ, CORTEZ, y PALOMO, 2014, p. 481.

provisional¹⁷². Esto se relaciona con las vías de impugnación de la resolución que decreta esta medida, pues una vez firme, sólo pueden modificarse con la aportación de nuevos antecedentes¹⁷³. Asimismo, existen fuertes razones para estimar que el efecto de cosa juzgada de estas resoluciones tiene consecuencias en otros procesos. Esto se relaciona con el efecto de cosa juzgada positiva, dado que la confidencialidad puede producir efectos en procedimientos distintos a los conocidos por el TDLC, e incluso incidir en procedimientos civiles¹⁷⁴.

Por último, si se tratase de un auto que resuelve incidentes que no establece derechos permanentes para las partes – de conformidad a la definición contenida en el artículo 158 del CPC – la resolución del TDLC carecería de la autoridad de cosa juzgada, pudiendo acompañarse en carácter público información decretada como confidencial en un proceso diverso. Ello sería evidentemente contrario a la finalidad de resguardo que inspira al procedimiento contencioso, pues para soslayar la orden del TDLC de cautelar la información bastaría con incorporar el antecedente en otro procedimiento.

Establecido el paralelismo entre ambas instituciones, mi objetivo no es sostener que la resolución que resuelve la confidencialidad de un documento es de naturaleza cautelar. Por el contrario, estimo que se trata de una institución *sui generis*, cuya comparación con las medidas cautelares permite reconocer en la institución la aplicación de normas supletorias que faciliten su aplicación práctica en la tramitación de los procedimientos contenciosos de libre competencia.

Por tanto, el análisis permite sostener que la resolución que resuelve la confidencialidad o reserva comparte con las medidas cautelares: (i) su carácter instrumental a los fines del procedimiento de libre competencia; (ii) su carácter provisional, dado la posibilidad de alzar la medida por la ausencia de los requisitos contenidos en el AA N°16/2017; y (iii) la naturaleza jurídica de la resolución que la resuelve, pudiendo identificarse como una interlocutoria de

¹⁷² BORDALÍ, CORTEZ, y PALOMO, 2014, p. 453-455.

¹⁷³ BORDALÍ, CORTEZ, y PALOMO, 2014, p. 453-455.

¹⁷⁴ Sobre la cosa juzgada positiva, EZURMENDIA, 2021, p. 549-550.

primer grado que produce autoridad de cosa juzgada, lo que resulta armonioso con la finalidad de resguardo del procedimiento de libre competencia.

IV. La Prueba Secreta Y La Exclusión De Prueba

Aclaradas varias dudas respecto a la regulación de la prueba confidencial o reservada en el procedimiento contencioso de libre competencia, el propósito del último capítulo consiste en concluir si estas reglas son un caso de exclusión de prueba, si afectan o no el derecho a la prueba, y si pueden concebirse como reglas contra epistémicas. Como conclusión a la exposición de este trabajo, creemos que es posible sostener que las reglas de confidencialidad o reserva son en efecto un caso de exclusión probatoria, diferente a los típicamente estudiados en la etapa de conformación de los procedimientos reformados, según las cuales, aplicadas al caso particular de la prueba documental en el procedimiento de libre competencia, se limitaría la posibilidad del juez de valorar la prueba cuya confidencialidad fue decretada, así como el conocimiento de las partes a dicha información, pero que con una atenuación legal consistente en la posibilidad de alzar dicha calificación, tales reglas no afectan el derecho a la prueba, ni serían de carácter contra epistémicas.

Para llegar a tal resultado, retomaremos dos razones esbozadas en el capítulo II sección C, que permitan analizar la cuestión debatida: (i) definiremos si la confidencialidad limita el conocimiento de las partes y del TDLC de cierta información; (ii) y evaluaremos si su regulación basada en reglas de rango infra legal sería inconstitucional.

A. La tramitación de las versiones públicas y su imposibilidad de valoración

La primera de las razones en estudio dice relación con la limitación de la información decretada confidencial tanto para las partes como para el Tribunal, y, por tanto, si su imposibilidad de valoración podría vulnerar el derecho a la prueba. El DL 211 señala que, para preservar el derecho de las partes de objetar u observar instrumentos cuya información haya sido decretada como confidencial, el TDLC “podrá ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para mejor resolver, que prepare una versión pública del instrumento”, y más adelante señala que “[s]i la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución

fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenará ponerlo en conocimiento de las de las demás partes”¹⁷⁵.

La ley no señala en qué consiste una versión pública, pero el AA N° 16/2017 del TDLC y la regulación de la tramitación de la confidencialidad nos da luces suficientes para esbozar un concepto. En primer lugar, el acuerdo quinto del AA N°16/2017 señala que “En el caso que el Tribunal acoja la solicitud de reserva o confidencialidad de uno o más instrumentos (...) el Tribunal declarará expresamente qué tipo de información reviste el carácter de reservada o confidencial; podrá ordenar al solicitante la preparación de una versión pública; y adoptará los resguardos detallados en el acuerdo octavo”. De esta forma, la elaboración de la versión pública – en principio – está reservada para aquellos casos en que se haya decretado la confidencialidad o reserva de algún instrumento y el TDLC facultativamente ordene la elaboración de una versión o alternativa al instrumento no secreta, sino que pública.

La elaboración de esta versión pública se ordena desde el plazo que fije el Tribunal desde que la resolución que accede a la reserva o confidencialidad y ordena su elaboración se encuentre firme o ejecutoriada¹⁷⁶. Por tanto, la versión pública cuenta con una tramitación independiente a la determinación sobre qué tipo de información es confidencial o reservada, excluyendo de sus eventuales discusiones argumentos sustantivos sobre el carácter o no confidencial de dicha información. La única forma de hacer revivir esa discusión es a través de mecanismos de alzamiento de la medida, de conformidad a lo señalado en el inciso décimo del artículo 22 del DL 211.

Por ello, la primera versión pública del documento respecto del cual se ordenó su elaboración se denomina “versión pública preliminar” (“VPP”), pues su aprobación definitiva depende del transcurso de un plazo fijado por el TDLC sin que exista observaciones de las demás partes del proceso con relación a si su contenido es el mismo que aquel que ordena la resolución que decreta la medida, o, habiendo sido observados, tales razones sean rechazadas.

¹⁷⁵ Artículo 22 incisos noveno y décimo del DL 211.

¹⁷⁶ Acuerdo sexto inciso primero AA N°16/2017.

Luego, el inciso segundo del acuerdo sexto del AA N°16/2017 señala que “[l]a parte elaborará la versión pública preliminar a partir de una copia del instrumento original, en la cual se procederá a tachar la información declarada reservada o confidencial, cumpliendo con lo dispuesto en la resolución dictada por el Tribunal”, agregando en el inciso tercero que “[l]a versión pública siempre deberá permitir la identificación de la naturaleza y fuente de la información suprimida, a fin de resguardar el derecho de defensa de las demás partes”. De la disposición fluye que una versión pública es una copia del instrumento original con cierta información tachada o censurada, que permite conocer la información pública contenida en el instrumento, a fin de resguardar el derecho a la defensa de la contraparte.

Como se señaló, una versión pública puede encontrarse en dos estados: (i) como VPP, mientras existan plazos pendientes para observar u objetar su conformidad con la resolución que ordena la confidencialidad o reserva de la información; y como versión pública definitiva (“VPD”), una vez que precluyan los medios de impugnación del instrumento, la cual se incorpora al expediente previa orden del TDLC. A menos que exista un alzamiento de la confidencialidad de dicho documento, de conformidad al inciso décimo del artículo 22 del DL 211, la VPD será el instrumento que se incorpora al proceso, conformando el material probatorio que sirve de base para las etapas de valoración y estándar.

Dado que es la VPD el instrumento que conforma el material probatorio, surge la duda de qué ocurre con el instrumento original. La práctica del TDLC nos muestra que en estos casos ordena a las partes acompañar dos dispositivos de almacenamiento electrónico o pendrive a las dependencias del Tribunal: uno que contenga la versión original del documento, y otro con versiones públicas¹⁷⁷. Con el transcurso del tiempo, a petición de parte o de oficio, el TDLC dictará una auto orden de incorporar la VPD al procedimiento, ordenando que el dispositivo de almacenamiento electrónico permanezca en custodia del Secretario Abogado del Tribunal¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Por ejemplo, en resolución del TDLC de 2 de julio de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 456.

¹⁷⁸ Por ejemplo, resolución del TDLC de 10 de octubre de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 290.

Sin embargo, la versión original del documento siempre queda en las dependencias del TDLC, de modo que el Tribunal siempre “conoce” el instrumento.

El destino de este instrumento, que no se encuentra censurado y que no se incorpora al expediente, es fundamental para la conclusión de este trabajo. Para efectos de responder a si la prueba confidencial constituye o no un caso de exclusión probatoria existen dos interpretaciones posibles, las que llamaré “interpretación de exclusión” e “interpretación del litigante experimentado”.

La interpretación de exclusión estima que el instrumento original resulta útil para obtener la convicción del sentenciador de que el antecedente probatorio permite verificar la veracidad de los hechos que sirven de base para condenar un ilícito anticompetitivo, al menos en aquella posición que estima que mientras más prueba valora el juez más cerca se encuentra de la verdad¹⁷⁹. En ese sentido, dado que la versión original del instrumento no se incorpora al expediente, sería posible estimar que la prueba confidencial trae como consecuencia la exclusión del material de conformación que sirve de base para valorar y fallar casos de libre competencia, cumpliendo con todas las características propias de una regla contra epistémica, al excluir prueba por razones distintas al de la búsqueda de la verdad¹⁸⁰.

Lo anterior es interesante, pues atribuye un efecto a la prueba confidencial que no necesariamente se condice con su finalidad. El propósito de la prueba confidencial es resguardar información por razones de competencia, lo que es deseable si se estima que la labor del TDLC no sólo es resolver el caso concreto, sino que prever las consecuencias de su decisión para el desenvolvimiento de las empresas en un mercado determinado¹⁸¹. Sin embargo, también limitaría la posibilidad de que el juez cuente con elementos útiles para formar su convicción sobre hipótesis de condena por atentados a la competencia, lo cual es justamente la función del procedimiento contencioso de libre competencia: sancionar para resguardar¹⁸².

¹⁷⁹ MATURANA, Javier, 2021, p. 331.

¹⁸⁰ DAMASKA, 2015, p. 31.

¹⁸¹ PEREIRA, 2024, p. 56.

¹⁸² GÁRATE, 2022, p. 97.

Una interpretación de exclusión como la propuesta nos lleva a una conclusión interesante respecto de las reglas de exclusión de prueba que tiene alcances más allá del procedimiento contencioso de libre competencia: existen reglas contra epistémicas cuya finalidad no es exclusivamente limitar el conocimiento del juez de cierta información, pero que de todas formas lo hacen, teniendo el mismo efecto a aquellas que buscan esa finalidad. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con otros ejemplos distintos al de la prueba confidencial que también llevan a consecuencias de exclusión. Tal podría ser el caso de la tacha de testigos en materia procesal civil, que, buscando resguardar la integridad del testimonio incorporado al proceso, puede traer como consecuencia que un testimonio que sirva para acercarse a la verdad sea excluido de la valoración del juez, en la medida que una tacha sea acogida. Este es el alcance que en este trabajo le hemos dado a las reglas de exclusión extrínsecas, que excluyen material probatorio para cautelar finalidades distintas a la búsqueda de la verdad¹⁸³.

Esta característica es propia de la conformación del material probatorio en los procedimientos civiles – lo que es aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia al no contar con un trámite concentrado para la depuración de la prueba – donde cada medio de prueba cuenta con un control de admisibilidad que determina su idoneidad para acreditar un hecho¹⁸⁴. Ello refuerza la idea de que las reglas de prueba confidencial son reglas particulares de un medio de prueba en específico – la prueba documental – que regula, por razones distintas a un control de pertinencia¹⁸⁵, la prueba que resulta apta para acreditar un hecho.

Siguiendo dicho criterio, la prueba confidencial puede definirse como una regla contra epistémica que, buscando resguardar el secreto de cierta información cuya divulgación puede afectar significativamente la competencia en los mercados, restringe el universo de información que permite al juez obtener una decisión cercana a la verdad¹⁸⁶.

¹⁸³ DAMASKA, 2015, p. 31.

¹⁸⁴ COUTURE, 2010, p. 195.

¹⁸⁵ Por prueba pertinente entendemos aquella prueba que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba (COUTURE, 2010, p. 195).

¹⁸⁶ Al respecto, nos remitimos a lo señalado en el Capítulo II.C. del presente trabajo.

Por otro lado, lo que llamamos interpretación del litigante experto, que es probablemente la idea preconcebida entre los operadores del sistema de defensa de la competencia, estima que la prueba confidencial no cumple los presupuestos de exclusión de prueba, pues (i) el TDLC siempre tiene acceso a la información decretada confidencial, lo que explica que la versión original del documento quede en resguardo en las dependencias del TDLC; (ii) más bien, la prueba confidencial es sólo una limitación a las partes de no divulgar la información confidencial, bajo apercibimiento legal¹⁸⁷; (iii) el TDLC no podría excluir prueba que fue aportada de conformidad a las reglas subsidiarias del CPC que regulan la prueba instrumental, en aplicación al artículo 29 del DL 211 y el artículo 3° del CPC, pues ello vulneraría el derecho a la prueba¹⁸⁸; y, (iv) en todo caso, la custodia de la versión original es la única forma de que el Tribunal pueda controlar la solicitud de confidencialidad, sancionar la publicidad de su contenido y, eventualmente, alzar la medida cuando sea necesario para resolver el caso.

Existe escasa literatura en esta especialidad, pero queremos rescatar una opinión contenida en un informe en derecho encargado por la FNE en una causa de colusión, en donde se concluyó que en materia de competencia existen escasas normas que limiten la admisibilidad de un medio de prueba, siendo una de ellas “aquella [regla] que obliga a presentar versiones públicas de la prueba que contenga información que pudiese afectar el desenvolvimiento competitivo de un agente económico, pues por esa vía se limita la posibilidad de presentar como prueba elementos que contengan información confidencial¹⁸⁹”. Sin embargo, es interesante la opinión que señala el informante en la nota al pie N° 66 de su trabajo, donde sostiene que sería discutible estimar la prueba confidencial como “una verdadera exclusión”, refiriéndose a la posibilidad que otorga la regla del inciso décimo del artículo 22 del DL 211 de alzar la confidencialidad o reserva a solicitud de parte o de oficio por parte del TDLC¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Tales apercibimientos corresponden a las medidas de apremio dispuestas en el art. 238 del CPC (multas de 1 UTM o incluso arresto).

¹⁸⁸ En el sentido propuesto por PICÓ, 1996.

¹⁸⁹ FUCHS, 2019, p. 299.

¹⁹⁰ FUCHS, 2019, p. 299.

La forma en que se expuso la interpretación de exclusión y del litigante experto —al parecer contradictorias— tiene un propósito, y es demostrar que son compatibles, en la medida que concibamos a la prueba confidencial como una especie de exclusión probatoria atenuada.

En efecto la interpretación de exclusión es concebida desde la teoría racional de la prueba, y busca mostrar cómo desde su definición, la prueba que no puede ser valorada por el juez no puede ser considerada sino una regla contra epistémica. No es necesario acudir a términos tan absolutos como sería hablar de casos de “verdadera exclusión”¹⁹¹, puesto que la posibilidad de alzar la medida es hipotética, y en todo caso, supone una labor de valoración *in itinere* para que el tribunal pueda estimar si un determinado antecedente debe ser incorporado al material de conformación por la falta de material para corroborar una determinada hipótesis¹⁹². De esta forma, existe una aplicación dinámica por parte del TDLC de los momentos probatorios, lo que refuerza el carácter atenuado de la presente regla de exclusión. Por lo demás, ello no es contradictorio con la naturaleza de la resolución que resuelve una solicitud de confidencialidad – interlocutoria de primer grado – ni con el efecto de cosa juzgada provisoria, que permite alzar la medida de confidencialidad siempre que existan nuevos antecedentes que lo justifiquen.

Se puede advertir que una parte de la jurisprudencia del TDLC comparte este entendimiento. Recientemente, el Tribunal ha fallado al resolver una solicitud de confidencialidad que, pese a que la solicitud se funda en las presunciones del acuerdo cuarto del AA N°16/2017, la necesidad de la información para fallar el caso de autos no justifica la concesión de la medida de confidencialidad¹⁹³. De la misma forma, el TDLC ha ordenado incluso la desagregación de una

¹⁹¹ FUCHS, 2019, p. 299.

¹⁹² FERRER, 2007, p. 91.

¹⁹³ Resolución del TDLC de 23 de mayo de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 382, donde resolvió que “en cuanto a la solicitud de confidencialidad formulada en la presentación, no ha lugar, por cuanto si bien corresponde a información que por su naturaleza y antigüedad se presume confidencial según lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017, esta tiene directa relación con los perjuicios que se reclaman en autos, por lo que, una eventual versión pública de dicha información, que tarje los guarismos contenidos en los documentos acompañados, resultaría insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, motivo por el cual su confidencialidad igualmente requeriría ser alzada con posterioridad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 10° del artículo 22 del D.L. N° 211”, p. 1.

cláusula de un contrato, ordenando la elaboración de una versión pública con acceso a las partes del proceso, para que la parte demandante pueda ejercer su derecho a defensa¹⁹⁴.

La clave del asunto se encuentra en el deber del TDLC de valorar la prueba que ha sido incorporada al proceso¹⁹⁵, justamente por tratarse de una regla que se pondera con el derecho a la defensa (especialmente en aquella versión que incluye al derecho a la prueba). En caso contrario, el Tribunal podría resolver estas materias con más información que las partes, lo que no parece ser deseable ni por el legislador ni por la concepción que nuestro ordenamiento jurídico tiene del derecho de defensa y el derecho a la prueba.

Cabe reiterar que existe una limitación al Tribunal y a las partes de referirse a información que reviste el carácter de confidencial o reservada, pese a que pueda tratarse de información sustancial, pertinente y controvertida en el caso de autos. Si queremos ser precisos, esa imposibilidad es propiamente exclusión de prueba, la imposibilidad de valorar dicha información. Si bien existe una causal legal para alzar el secreto –cuando la versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa – en la práctica son pocos los casos en que se alza dicha información. Cuando ello no ocurre, la prueba confidencial opera como una genuina regla de exclusión de prueba.

Por último, cabe señalar que el inciso final del artículo 22 del DL 211 establece un cierre coherente a la regulación de la prueba en el procedimiento de libre competencia, estableciendo que “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Como señala DAMASKA, “a pesar de que las reglas de exclusión probatoria son muchísimas, solo se limitan a reducir la información disponible por los juzgadores de los hechos; no es función de estas normas establecer cómo debe examinarse la información que ha superado la barrera de la

¹⁹⁴ Resolución del TDLC de 8 de enero de 2024, causa rol C N°445-22, folio 590.

¹⁹⁵ Siguiendo lo señalado por FUCHS, no existiendo razones que excluyan la admisibilidad de la prueba, “la conclusión es que los mismos deberán formar parte del material probatorio del juicio y deberán, por tanto, ser valorados conjuntamente con la demás prueba admisible”. FUCHS, 2019, p. 299. En ese sentido, señala Ferrer que “los elementos de juicio que deberán ser tenidos en cuenta para la adopción de la decisión sobre los hechos probados son sólo aquellos que han sido presentados y admitidos en el proceso. De este modo, la decisión del juez o tribunal estará basada en un conjunto de elementos o pruebas que es, a su vez, un subconjunto del conjunto de todos los elementos de juicio disponibles”. FERRER, 2007, p. 40.

admisibilidad¹⁹⁶". Por tanto, la única forma de hacer variar lo resuelto de conformidad al material probatorio disponible para el TDLC es incorporando, mediante resolución fundada, información a dicho material.

La vinculación de la valoración de la prueba con las reglas de secreto es estrecha. No solo porque las reglas de confidencialidad dibujan el límite de la prueba valorada por el TDLC, sino porque, tras iniciar el examen de valoración de la prueba, el Tribunal puede decretar el alzamiento de la confidencialidad o reserva de un documento, y como medida para resolver la práctica de cualquier medio de prueba legalmente admitido en el procedimiento de libre competencia, fruto de su valoración *in itinere*.

Puesto que la única forma de saber a ciencia cierta si existe una ausencia probatoria que requiera de un alzamiento del secreto es con un grado de conocimiento mayor al de ignorancia o duda y, en particular, valorando si la prueba pública de los autos es suficiente para verificar una hipótesis determinada¹⁹⁷, el argumento del alzamiento de la medida sólo se explica al concebir a la prueba confidencial como una regla de exclusión de prueba atenuada.

En conclusión, existe evidencia relevante que da cuenta de la imposibilidad para el TDLC de valorar la prueba secreta, y, por tanto, concebirla como un caso de exclusión de prueba, aunque atenuada, lo que es coherente con las instituciones estudiadas hasta el momento. Aunque las versiones públicas buscan compensar el derecho a la defensa con la necesidad de resguardar la competencia mediante la protección de la información de sus titulares, ello no impide que su formulación permita concebir a la prueba secreta, en la mayoría de los casos, ocurridos en la práctica, como una regla contra epistémica.

¹⁹⁶ DAMASKA, 2015, p. 34.

¹⁹⁷ FERRER, 2007, p. 138.

B. Las consecuencias de una interpretación de exclusión atenuada y su fundamento epistemológico

Ya para finalizar este trabajo, para estimar a la prueba confidencial del procedimiento contencioso de libre competencia como un caso de exclusión probatoria – aunque en una versión atenuada – es importante cerrar una interrogante mencionada a propósito de la consecuencia de la exclusión de prueba, que dice relación con la afectación del derecho a la defensa de las partes con ocasión de la prueba que no puede ser valorada por el TDLC.

Como se señaló al exponer la problemática de la exclusión en la prueba secreta, sería posible identificar la naturaleza de las reglas de exclusión probatoria en el caso de los procedimientos de libre competencia, siguiendo la clasificación de DAMASKA, como reglas de exclusión de carácter extrínsecas¹⁹⁸. A diferencia de las reglas de exclusión intrínsecas, en que su exclusión se justifica en mejorar la precisión en la determinación de los hechos, excluyendo prueba impertinente; las reglas de exclusión extrínsecas dicen relación con razones del legislador para excluir un determinado material probatorio descansando en derechos fundamentales o razones legales, sin que su exclusión se justifique en mejorar la precisión de la determinación de los hechos¹⁹⁹. Es decir, es el legislador quien decide en último término cuál es el fundamento tras la exclusión probatoria, por razones distintas a la búsqueda de la verdad²⁰⁰.

En este apartado, sin embargo, es necesario hacer una precisión. A diferencia de la clasificación propuesta por el autor citado, creemos que las reglas de exclusión de prueba que obedecen a finalidades distintas a la búsqueda de la verdad – como es el caso de la prueba confidencial en el procedimiento de libre competencia – no son necesariamente contra epistémicas, sino que se

¹⁹⁸DAMASKA, 2015, p. 31.

¹⁹⁹ DAMASKA, 2015, p. 31.

²⁰⁰ De allí que, como señalamos previamente, aunque el fundamento de las reglas de confidencialidad en el procedimiento de libre competencia sea el resguardo a la competencia, su efecto termina siendo de todos modos contra epistémico, lo que depende del legislador al ponderar los bienes jurídicos protegidos en juego.

trata de una regla de exclusión cuyo fundamento es epistemológico. Para facilitar la explicación, utilizaremos una analogía de FERRER que resulta pertinente al tema de este trabajo.

El autor señala que ciertas reglas del derecho anglosajón, como en los *privileges* de los periodistas de no revelar sus fuentes como información a ser utilizada en juicios civiles o penales, son reglas adoptadas dentro de países democráticos para la prosecución de fines distintos a los de la búsqueda de la verdad – por ejemplo, la libertad de prensa – pero que, de todas formas, permiten alcanzarla en el futuro. Esto se explicaría porque, si miramos las reglas de la epistemología de manera dinámica – teniendo en cuenta los posibles efectos sobre posibles hechos futuros – el empobrecimiento del conjunto de elementos para el juez en un caso del presente no afecta al principio de búsqueda de la verdad en el proceso, en la medida de que podría incentivar que en el futuro otros ciudadanos confíen en la información que publica el periodista, facilitando la revelación de delitos que, de otro modo, permanecerían ocultos²⁰¹. De este modo, una regla que, en estático, podría parecer contra epistémica – y por tanto, afecte al derecho a la prueba – puede ser concebida como una que favorezca la búsqueda de la verdad si la miramos desde un punto de vista dinámico²⁰².

Aplicando el punto de vista dinámico a la exclusión de prueba que se produce con ocasión de la prueba confidencial en el procedimiento contencioso de libre competencia, tiene todo el sentido estimar que es una regla racional desde el punto de vista de la búsqueda de la verdad. Ello porque, si bien reduce el conjunto de la información necesaria para resolver un caso de libre competencia, de todos modos, privilegia el resguardo de información para que no se afecten los procesos competitivos. Si aquello favorece la eficiencia en los mercados, no sólo se resguardan los objetivos del derecho de la competencia, sino que – desde un punto de vista dinámico – se promueve una cultura de resguardo de la competencia. Ello implica que será más probable que se reduzca la cantidad de carteles, y en caso de que existan, se facilite su detección²⁰³.

²⁰¹ FERRER, 2007, p. 72 y 73.

²⁰² FERRER, 2007, p. 73.

²⁰³ Ello suponiendo que un mercado más eficiente y con agentes económicos independientes que conozcan la normativa de libre competencia, es menos probable que los acuerdos entre competidores se sostengan en el tiempo, dado que cualquier miembro del cartel podría delatar su existencia ante la FNE, de conformidad al mecanismo de delación compensada contemplado en el artículo 39 bis del DL 211.

Por lo tanto, la prueba confidencial en el procedimiento contencioso de libre competencia, cuya naturaleza corresponde a reglas jurídicas de exclusión de prueba, cumple de todas formas con una finalidad epistemológica, pues mediante la protección de información sensible favorece la búsqueda de la verdad en futuros casos de libre competencia.

Esto, por lo demás, termina resolviendo las dudas respecto a la constitucionalidad de la norma y su compatibilidad del derecho a la prueba. Dado que el derecho a la prueba no es absoluto, sino que acepta como límite estimaciones del legislador por considerar que ciertos aspectos no cuentan con la aptitud de conformar la prueba en juicio por ser contrarias al ordenamiento jurídico, el DL 211 establece en su artículo 22 una limitación a la prueba por las razones que entrega el artículo: “instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”.

La definición de lo que se entiende por afectación al desenvolvimiento competitivo de forma significativa es un gran tema por sí mismo, y cuyo contenido ha sido precisado por el TDLC a través del AA N°16/2017, a través de las ya citadas presunciones del acuerdo cuarto. El problema de esa precisión es que se encuentra contenida en una norma de rango infra legal. Aquí existe un choque en las facultades económicas del TDLC de dictar auto acordados que faciliten la resolución de los asuntos radicados en su conocimiento – artículo 18 N°6) del TDLC – con una garantía consagrada a nivel constitucional, consistente en que el derecho a la prueba sólo pueda ser limitado de forma legal²⁰⁴. Si bien el TC ha aceptado la limitación al derecho a la prueba a nivel legal (dado que el derecho a la prueba actuaría como principio y no como garantía constitucional directamente expresada), cabe resolver si es procedente que el AA N°16/2017 establezca presunciones simplemente legales en favor de los agentes económicos para llenar de contenido el concepto de afectación significativa al desenvolvimiento competitivo, tratándose de una norma de rango infra legal.

²⁰⁴ En el sentido recogido en la STC Rol N° 3262, c. 23°; y en lo señalado por Picó, 1996, p. 42.

De la lectura de la norma, podemos asumir que mandato legal del DL 211 que faculta al TDLC a dictar auto acordados para favorecer una adecuada administración de la justicia le permite al Tribunal, mediante la dictación de este tipo de normas, precisar qué se entiende por afectación sustancial al desenvolvimiento competitivo del titular de la información. En este punto, debemos notar que las funciones del TDLC se inspiran en el resguardo a la competencia como principio fundamental, de modo tal que dictar un auto acordado es una manera eficiente de resolver un problema que, de otro modo, supondría trasladar el resguardo de la competencia a los particulares que acuden a la sede, quienes tendrían que fundar sus solicitudes de confidencialidad en argumentos diversos a los que recoge las presunciones del AA N°16/2017.

Por ello, estimamos que no existe vulneración alguna al derecho a la prueba con ocasión de la fuente que permite fundar las solicitudes de confidencialidad, que son las presunciones del AA N°16/2017, toda vez que los efectos de exclusión están otorgados por el legislador, es la misma ley la que encomienda al TDLC resguardar la competencia a través de dictación de autos acordados, e incluso, desde un punto de vista dinámico, es posible concebir tal exclusión de prueba como una que satisface los requisitos de la valoración racional de la prueba como una regla epistémica.

De este modo, debemos concluir que la prueba confidencial en el procedimiento contencioso de libre competencia es una institución cuya calificación jurídica es asimilable a una regla de exclusión de prueba, que en la mayoría de los casos limita el conocimiento del TDLC respecto de los instrumentos originales que cuenten con la protección de la institución, pero que de todas formas cuenta con la posibilidad de alzar dicha información en ciertos casos. En atención a los aspectos que hemos analizado sobre la exclusión y la búsqueda de la verdad en el procedimiento, a la frase “exclusión de prueba” le agregamos la palabra “atenuada”, explicando de mejor forma cómo la prueba confidencial se concibe como un caso en que la cautela de otros fines no resulta incompatible con la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso.

Conclusión

La identificación de la naturaleza de la institución de la prueba confidencialidad en el procedimiento de libre competencia es una labor que resalta la complejidad y los desafíos inherentes a su implementación en el sistema de defensa de la competencia chilena. A lo largo del análisis, se ha evidenciado que la regulación de la confidencialidad, aunque necesaria para proteger la información sensible de las empresas y fomentar un entorno competitivo, plantea serias preocupaciones sobre el derecho a la defensa y el acceso a la justicia.

Uno de los puntos más críticos es la tensión entre la necesidad de resguardar la información confidencial y el derecho de las partes a presentar pruebas que sean relevantes para sus casos. La normativa vigente, especialmente el artículo 22 del DL 211, establece un marco que permite la solicitud de confidencialidad, pero también introduce limitaciones que pueden afectar la capacidad del TDLC para valorar adecuadamente la evidencia presentada. Esta situación puede llevar a un escenario en el que la falta de información accesible impida al tribunal tomar decisiones informadas, lo que a su vez puede comprometer la equidad del proceso.

Sin embargo, la conciliación de las posturas de exclusión y aquellas que la niegan propuestas en el presente trabajo buscan apaciguar las preocupaciones y ser un aporte en la literatura sobre la materia. El estudio de la prueba confidencial muestra que existen instituciones que, incluso con funciones diversas a la depuración de la prueba pertinente al objeto del juicio, producen un efecto de exclusión que debe ser compensado.

Por ello, una de las conclusiones más relevantes del trabajo es la atenuación del efecto de exclusión de prueba de la institución de la confidencialidad. Esta perspectiva sugiere que, si bien la confidencialidad puede ser justificada cumpliendo ciertos requisitos, su aplicación debe ser cuidadosamente equilibrada con el derecho a la prueba, en una vertiente que reconoce el derecho de las partes de que la prueba relevante para resolver un caso sea valorada por el sentenciador. En ese sentido, la capacidad del TDLC para alzar la confidencialidad en situaciones específicas es un aspecto que ofrecer una solución a la afectación al derecho a la prueba y a la búsqueda de la verdad en el proceso, aunque su aplicación es, en la práctica, excepcionalísima.

El desafío se centra en ampliar la discusión en esta materia, de modo que los operadores del sistema tengan claridad sobre el alcance del efecto de la prueba confidencial en el procedimiento de libre competencia, así como en la aplicación del secreto en los demás procedimientos de libre competencia. Si bien los operadores cuentan con un deber legal de resguardar la competencia, resulta fundamental avanzar hacia un sistema que no sólo proteja la competencia, sino que también garantice la finalidad de los procedimientos en los que se radica su defensa, como lo son la búsqueda de la verdad, el derecho a la prueba y el debido proceso.

En resumen, la gestión de la prueba confidencial en el ámbito de la libre competencia es un tema que requiere atención y reflexión. La búsqueda de un marco normativo que contemple tanto la protección de la competencia como el derecho a la prueba es esencial para fortalecer la confianza en el sistema de defensa de la libre competencia y asegurar que se cumplan los principios de justicia y equidad en todos los procesos.

Bibliografía

I. Autores

AGÜERO, Francisco, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Como un Contencioso-Administrativo* (Santiago: Der Ediciones, 2022).

ARANCIBIA, Jaime, "Potestades del Fiscal Nacional Económico para Desestimar Previamente o Archivar una Investigación Respecto de Posibles Infracciones al D.L. 211 de 1973 y para Celebrar Acuerdos Extrajudiciales en Materia de Fusiones y Adquisiciones", en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), pp. 207-222.

ARANCIBIA, Jorsua, *El Principio de Publicidad en el Proceso de Libre Competencia: Análisis Críticos de los Problemas Procesales Asociados a la Declaración de Confidencialidad y Reserva de la Prueba Instrumental en el Proceso Antimonopólico*, profesor guía Montero López, Raúl, (Santiago: tesis de pregrado Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018), disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/147356> [consulta: agosto 2024].

BERNEDO, Patricio, *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010* (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013).

BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, y PALOMO, Diego, *Proceso Civil: El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Procedimiento Sumario y Tutela Cautelar*. (Chile: Thomson Reuters, 2014).

CARBONELL, Flavia, y VALENZUELA, Jonatan, "La Prueba de la Inocencia y las Defensas Probatorias: El Caso de la Revisión", en *Revista Chilena de Derecho* 48, no. 1 (2021), pp. 55-80. ISSN 0718-3437. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000100055 [consulta: agosto de 2024].

CARBONELL, Flavia, y LETELIER, Raúl, "Debido Proceso y Garantías Jurisdiccionales.", en *Curso de derechos fundamentales*, Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), pp. 345-378.

CARRASCO, Nicolás, y NÚÑEZ, Raúl, "Valor Probatorio de la Investigación Administrativa de la FNE ante el TDLC, ¿un Problema?", en *La Prueba en los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, editado por Santibáñez Torres, María Elena (Santiago: Thomson Reuters, 2019). ISBN: 978-956-400-075-6. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2019/42699742/v1/document/577A7B9D-C1AF-7577-F526-1A71A8CF7734/anchor/577A7B9D-C1AF-7577-F526-1A71A8CF7734> [consulta: agosto de 2024].

CARRASCO, Nicolás, y NÚÑEZ, Raúl, *Derecho, Proceso y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho Procesal Civil* (Madrid: Marcial Pons, 2022).

CARRASCO, Nicolás, "Estándar de Preponderancia de Prueba en Libre Competencia: ¿Cómo Entender las Razones de Eficiencia que lo Fundamentan?", en *La Prueba en los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, editado por Santibáñez Torres, María Elena (Santiago: Thomson Reuters, 2019). ISBN: 978-956-400-075-6. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2019/42699742/v1/document/577A7B9D-C1AF-7577-F526-1A71A8CF7734/anchor/577A7B9D-C1AF-7577-F526-1A71A8CF7734> [consulta: agosto de 2024].

CONTRERAS, Pablo, y SALGADO, Constanza, *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020).

CORDERO, Eduardo, "Sobre las Facultades de la FNE para Poner Término a una Investigación sobre la Base de Compromisos y/o Cambios de Conducta por Parte de los Sujetos Investigados", en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), pp. 181-204.

CORDERO, Luis, "El Derecho Administrativo Sancionador y los Sectores de Referencia en el Sistema Institucional Chileno", en *Revista Ius et Praxis* vol. 26, no. 1, Talca (2020), pp. 240-265.

CORTEZ, Gonzalo. "Contribución al Estudio de las Medidas Cautelares Previas a la Demanda en el Proceso Civil Chileno." *Revista de Derecho* vol. 30, no. 1 Valdivia, (2017), 235-261.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. (Buenos Aires: Editorial Metropolitana, 2010).

DAMASKA, Mirjan, *El Derecho Probatorio a la Deriva*. Traducido por Picó, Joan. (Madrid: Marcial Pons, 2015).

DE PAULA, Vitor, "Déjame Atravesar el Viento con Documentos: Propuestas para Replantear la Prueba Documental del Siglo XXI", en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* N°3, Madrid (2022), pp. 131-157.

EZURMENDIA, Jesús, "Problemas Relativos a la Prueba en Cada Etapa de la Actividad Probatoria en el Procedimiento de Familia", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 47, no. 1, Santiago (2020), pp. 101-118. ISSN 0718-3437. Disponible en: [PROBLEMAS RELATIVOS A LA PRUEBA EN CADA ETAPA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA \(scielo.cl\)](https://doi.org/10.4067/S0718-34372020000100009) [consulta: agosto de 2024].

EZURMENDIA, Jesús, "Definitividad y Cosa Juzgada como Reglas Contra-Epistémicas en el Proceso Civil", en *Proceso, Prueba y Epistemología: Ensayos sobre Derecho Probatorio*, editado por Ezurmendia, Jesús (España: Tirant Lo Blanch, 2021), pp. 539-577.

FERRER, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, 1ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2007).

FUCHS, Andrés, "Relevancia y Admisibilidad de la Prueba en Libre Competencia", en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), pp. 285-304.

GÁRATE, Óscar, *Estándar Probatorio en Libre Competencia*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020).

GLOVER, Richard, *Murphy on Evidence*, (Oxford: Oxford University Press, 2017).

GORAB, Daniela, y GREENE, Elisa, "Colusión: Interacción entre la Economía y el Derecho", en *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica*, editado por Facuse, Vanessa y Montoya, Ana María, (Santiago: Thomson Reuters, 2019), pp. 213-252.

GRUNBERG, Jorge, y MONTT, Santiago, "La Prueba de la Colusión", en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)* (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), pp. 305-383.

GRUNBERG, Jorge, "Los Acuerdos Extrajudiciales como Atribución de la Fiscalía Nacional Económica para Poner Término a sus Investigaciones Acerca de Eventuales Infracciones a la Libre Competencia" en *Revista de Derecho Público* no. 92, Santiago (2020), pp. 71-100. Disponible en: [Vista de Los acuerdos extrajudiciales como atribución de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a sus investigaciones acerca de eventuales infracciones a la libre competencia \(uchile.cl\)](https://www.uchile.cl/publicaciones/revista-de-derecho-publico/92/los-acuerdos-extrajudiciales-como-atribucion-de-la-fiscalia-nacional-economica-para-poner-termino-a-sus-investigaciones-acerca-de-eventuales-infracciones-a-la-libre-competencia) [consulta: agosto de 2024].

GUERRERO, Beatriz, "Protección de Datos Personales en el Poder Judicial: Una Nueva Mirada al Principio de Publicidad de las Actuaciones Judiciales," en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 9, no. 2, Santiago (2020), pp. 33-56. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/54372/64361> [consulta: agosto 2024].

MAÑALICH, Juan Pablo, "Normas Permisivas y Deberes de Tolerancia", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 41, no. 2, Santiago (2014), pp. 473-522. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art05.pdf> [consulta: agosto 2024].

MARTÍNEZ-FREIRE, Pascual, "La Teoría de la Verdad de Alfred Tarski", en *Revista Interdisciplinaria de Filosofía* vol. V, Universidad de Málaga (2000), pp. 97-109. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/190431.pdf> [consulta: agosto 2024].

MATURANA, Cristián, *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, 6ª ed. (Santiago: Librotecnia, 2018).

MATURANA, Javier, "Estándares de Prueba en Libre Competencia y una Propuesta de Delimitación del Estándar de Prueba Clara y Convincente", en *Proceso, Prueba y Epistemología: Ensayos sobre Derecho Probatorio*, editado por Ezurmendia, Jesús, (España: Tirant Lo Blanch, 2021), pp. 305-371.

MONTERO, Juan, GÓMEZ, Juan, y BARONA, Silvia, *Derecho Jurisdiccional*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998).

MORDOJ, Benjamín, *El Auxiliar de Confidencialidad: Una Propuesta de Reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973*, (Santiago: Investigaciones Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2022). Disponible en: [El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973 | CeCo \(centrocompetencia.com\)](#) [consulta: agosto de 2024].

NÚÑEZ, René, y CORTÉS, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia* (Santiago: Legal Publishing, 2012).

OREZZOLI, Lucas, "El Valor Probatorio de la Declaración Extrajudicial Proveniente de la Delación Compensada y la Protección de Identidad", en *Revista de Estudios de la Justicia* no. 35, Santiago (2021), pp. 73-104. Disponible en: [Vista de El valor probatorio de la declaración](#)

[extrajudicial proveniente de la delación compensada y la protección de identidad \(uchile.cl\)](#)

[consulta: agosto 2024].

ORTELLS, Manuel, *Las Medidas Cautelares* (Madrid: La Ley, 2000).

PALOMO, Diego, "Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es Indispensable Darse Toda Esta Vuelta?", en *Revista Ius et Praxis* año 19, no. 2, Talca (2013) pp. 447-464.

PALOMO, Diego, "Tercera Parte: La Fase de Prueba", en *Proceso Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, editado por BORDALÍ, Andrés. CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (Santiago: Thomson Reuters, 2013).

PEREIRA, Gabriela, *Análisis del Procedimiento Contencioso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Tribunal Consecuencialista*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2024 [profesor guía: CARRASCO, Nicolás].

PÉREZ, Tomás, y FUENTEALBA, Sergio, *¿A qué Atenerse en el Proceso Contencioso en Materia de Libre Competencia? Principio Dispositivo versus Principio de Oficialidad* (Santiago: Investigaciones Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2023). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/proceso-contencioso-principio-dispositivo-oficialidad/> [consulta: agosto 2024].

PICÓ, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. 1ª ed. (Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1996).

PICÓ, Joan, "El Derecho a la Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Problemas Actuales de la Prueba Civil*, editado por ABEL, Xabier y PICÓ, Joan (Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 2004). Disponible en: [El derecho a la prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil - Problemas actuales de la prueba civil - Libros y Revistas - VLEX 232268](#).

ROMERO, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo 3, Capítulo III. (Santiago: Thomson Reuters, 2015).

ROMERO, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Tomo I, Capítulo VII. (Santiago: Thomson Reuters, 2017).

TARUFFO, Michele, *La Prueba*. (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2008).

VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. 1ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

II. Leyes

Auto Acordado N°16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Decreto Ley N°211 Que Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia.

Ley N°20.285 Sobre Acceso a la Información Pública.

Ley N°19.622 Sobre Protección de la Vida Privada.

Ley N° 19.968 Que Crea Los Tribunales De Familia.

III. Jurisprudencia

Causa rol C N°292-2015, caratulada “Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras”.

Excma. Corte Suprema, sentencia de 27 de abril de 2011, rol N° 7020-2001.

Excma. Corte Suprema, sentencia de 29 de octubre de 2015, causa rol N°27.181-2014.

Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 2 de junio de 2010 en causa rol N° 277-2010.

Presentación de la FNE de 30 de octubre de 2017 en los autos Rol C N°292-2015, folio 4919.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A., Potasios de Chile S.A. e Inversiones Global Mining (Chile) Limitada, respecto de la letra ñ) del artículo 39 del DL 211, a propósito del Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Tianqui Lithium Corporation, Rol TDLC N° AE 16-2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°14713-23.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°2029.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°2546.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°3262.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol INA N°478.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Roles INA N°596; 699, 806 y 2546.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Roles INA N° 699, 2628, 2546, 2748 y 2757.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Caso Buses Curacaví, Sentencia N° 134.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 10 de octubre de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 290.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 13 de septiembre de 2022 en la causa Rol C N°445-22, folio 134.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 16 de noviembre de 2022, causa Rol C N°445-22, folio 197.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 2 de julio de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 456.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 23 de mayo de 2024, causa rol CIP N°11-22, folio 382.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de 8 de enero de 2024, causa rol C N°445-22, folio 590.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución del 22 de septiembre y 1 de octubre de 2015, dictadas en autos rol C N°294-2015, fojas 95 y 96.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución del 7 de junio de 2016, dictada en autos rol C N°284-2014.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia de 11 de septiembre de 2012, Rol C N°240-2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia de 16 de agosto de 2023, en la causa Rol C N°456-22.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°112/2011, causa rol C N°194-09.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°147/2015 de 9 de diciembre de 2015, causa rol N° C-279-14.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°163/2018 de 19 de junio de 2018.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°69/2008 de 26 de junio de 2018, causa rol C N° 112-06.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°77/2008 de 4 de noviembre de 2008, causa rol C N°137-07.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°82/2009 de 22 de enero de 2009, causa rol C N°140-07.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°85/2009, causa Rol C N°79-05.

IV. Instituciones

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley n°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* [en línea], p. 53. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4696/> [consulta: agosto de 2024].

Centro de Regulación y Competencia ("Regcom"), *Control Jurisdiccional de la Potestad Normativa del TDLC en Materia de Telecomunicaciones*, acompañado ante la Corte Suprema en causa rol N°2506-2013.

Competition and Markets Authority ("CMA"), *Transparency and Disclosure: Statement of the CMA's Policy and Approach*, 2014. Párrafo 4.14. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7cc94aed915d63cc65cd6e/CMA6_Transparency_Statement.pdf.

OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*, Informe del Secretario de la OCDE, 2014.

OCDE, *Access to the Case File and Protection of Confidential Information – Background Note*, 2019, Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2019\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2019)6/en/pdf) [consulta: Agosto 2024]

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Cuenta Pública 2022*, 2022. Disponible en: <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/10/Cuenta-Publica-2022.pdf> [consulta: agosto de 2024].