

EL DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO DE LIBRE COMPETENCIA

SEBASTIÁN ALEJANDRO VALDIVIA OJEDA

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la defensa jurídica, consagrado constitucionalmente en Chile a través del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, constituye una incorporación a la legislación nacional de un derecho que ha sido reconocido en múltiples Tratados Internacionales, algunos suscritos por nuestro país a lo largo de su historia.

El primero de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“ICCPR”, por su sigla en inglés), que tiene su origen en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966. Este consagra en su artículo 14 N° 1 el derecho a la igualdad ante la ley, lo que constituye un principio base del debido proceso, y, a su vez, del derecho a la defensa jurídica. En particular, el mencionado artículo señala que: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”¹. Posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos – también conocida como Pacto de San José de Costa Rica – suscrito por Chile en 1969, establece en sus artículos 8 y 24 una serie de garantías judiciales semejantes al artículo 14 del ICCPR ya referido.

De esta forma, la doctrina es unánime al plantear que el derecho a la defensa jurídica es una derivación de las garantías judiciales reconocidas en la Carta Fundamental chilena, y, a su vez, en los diversos instrumentos y Tratados Internacionales suscritos por nuestro país y que se encuentran vigentes. Es por ello que, a partir del principio de supremacía constitucional, este derecho y las demás garantías del debido proceso son reconocidos a cabalidad dentro del ordenamiento jurídico nacional. Así, múltiples textos legales como el Código Procesal Penal – especialmente tras su reforma del año 2000, con una tendencia más garantista – contienen una serie de disposiciones que son reflejo del derecho a la defensa. De esta manera, no solo los diversos procedimientos de las distintas sedes jurisdiccionales deben contar con los estándares mínimos de respeto al debido proceso y, por consiguiente, a este derecho fundamental, sino que también debe aplicarse incluso en sede administrativa. Precisamente, GARCÍA y CONTRERAS, expresan que “la extensión no se limita propiamente al control de actos jurisdiccionales, sino que abarca a los actos administrativos”².

Uno de dichos procedimientos especiales corresponde al de libre competencia, el cual se encuentra regulado – principalmente – en el Decreto Ley N° 211 de 1973. Dicho texto legal, establece dos órganos en materia de protección de aquel bien jurídico protegido. Por una parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”) corresponde,

¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)

² GARCÍA y CONTRERAS (2013) pp. 229-282

principalmente, a un “órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, que tiene a su cargo el juzgar, resolver y sancionar.”³. Por la otra, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”), constituye una “institución que – en función del interés general –, tiene a su cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la ley; fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la institucionalidad sancionatoria en esta materia; promotor de la defensa de la competencia y del funcionamiento competitivo de los mercados, y, servir de informante técnico en estas materias.”⁴. En ese sentido, la legislación chilena contempla un sistema en que existe una dualidad de órganos que ejercen, por separado, la función investigadora y persecutora – la FNE –, de aquel que ejerce la función jurisdiccional o juzgadora propiamente tal – el TDLC –, lo que constituye un aspecto distintivo de otros procedimientos.

En esta línea, y considerando el mandato legal establecido en el artículo 1º del Decreto Ley referido a “promover y defender la libre competencia en los mercados.”⁵, es que el TDLC contempla dos procedimientos: uno contencioso y otro no contencioso, que en su conjunto derivan de las diversas funciones que ejerce aquel tribunal especial.

Sumado a ello, y atendiendo a lo sensible del bien jurídico protegido de la libre competencia, es que además se le otorga ciertas particularidades. Dicha sensibilidad de aquel bien jurídico radica, esencialmente, en el impacto que podría generar en los consumidores una infracción al mismo, repercutiendo en la sociedad en general.

Tomando en consideración las características existentes entre los dos tipos de procedimiento, dentro de los cuales destacan la existencia de un procedimiento contradictorio y la intención de perseguir – con miras a sancionar – infracciones a la libre competencia, es que el derecho a la defensa jurídica juega un rol más relevante dentro del contencioso, relacionado con la función jurisdiccional. Es por ello que el análisis de dichas normas para identificar el debido cumplimiento de los derechos procesales – con énfasis en la defensa jurídica – serán el objeto de esta investigación.

Esto se hará observando las dificultades que conlleva especialmente para la parte requerida, y que, por el contrario, beneficia de sobremanera a la parte requirente. Así, se realizará una crítica al procedimiento, específicamente en materia de carga de la prueba, el estándar probatorio y los principios de confidencialidad y reserva, que pueden conllevar a la transgresión del derecho a la defensa jurídica.

En un primer apartado se explicará las funciones que ejerce el TDLC, profundizando en su función jurisdiccional. A continuación, se analizarán diferentes instituciones jurídicas procesales y el rol que emplea el derecho a la defensa jurídica en ellas, realizando un análisis crítico sobre su aplicación. De esta manera, se identificará las afectaciones a este derecho fundamental según la doctrina y jurisprudencia, y que se relacionan con las temáticas expuestas en el párrafo precedente. Por último, se observará las soluciones propuestas por el derecho comparado y por destacados académicos.

³ IRARRAZÁBAL, Felipe (2010).

⁴ IRARRAZÁBAL, Felipe (2010).

⁵ DECRETO LEY N° 211 (1973).

II. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE EL TDLC

1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CONTENCIOSO: EL IMPULSO DE OFICIO

El Decreto Ley N° 211 establece una serie de procedimientos concordantes con las diversas funciones que ejerce el TDLC, según lo establece el artículo 18 de la ley en comento. En concreto, dentro de dichas funciones se encuentran las siguientes: “1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 2) 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 (...)”⁶. En dichos dos numerales, quedan plasmadas dos de las principales funciones que ejerce el TDLC, estas son, la función jurisdiccional y la consultiva.

Por una parte, la función consultiva tiene como principal objeto determinar si un determinado hecho, acto o contrato – sea de un particular o inclusive de un órgano público – se ajusta o no a la normativa de libre competencia. Así, se ha dicho que ésta “(...) permite establecer condiciones que deben ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos, actuales o futuros, sin constituir sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211.”⁷. Para el ejercicio de dicha función, el artículo 31 del DL N° 211 contempla un procedimiento no contencioso, que se replica para otras atribuciones, como la regulatoria y la propositiva – Art. 18 N° 3 y N° 4, respectivamente –.

Por la otra, la función jurisdiccional busca “(...) reprimir y sancionar actuaciones contrarias a la competencia, a través de un procedimiento contradictorio”⁸. Dichas actuaciones contrarias a la libre competencia se encuentran comprendidas en el artículo 3° del DL N° 211, que sanciona “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (...)”⁹ tales como la colusión o las prácticas concertadas, los abusos de posición dominante y el *interlocking*.

Considerando estas particularidades y lo anunciado en el apartado precedente, solo tomaremos en consideración para esta investigación la función jurisdiccional, asociada al procedimiento contencioso, en relación con las afectaciones al derecho a la defensa jurídica.

Precisamente, dicho procedimiento se regula a partir del artículo 19 del DL N° 211, y el artículo 20 comienza por establecer ciertos aspectos fundamentales. Primero, señala que el procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular. Así, será llamado “requerimiento” si es presentado por el Fiscal Nacional Económico (quien además se llamará “requirente”, y consecuentemente la contraparte “requerido”), mientras que se le denominará “demanda” si el actor es un particular (denominado “demandante”, y su contraparte “demandado”). Asimismo, enfatiza en la obligatoriedad de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código

⁶ DECRETO LEY N° 211 (1973).

⁷ AGÜERO VARGAS (2017) p. 57.

⁸ AGÜERO VARGAS (2017) p. 57.

⁹ DECRETO LEY N° 211 (1973).

de Procedimiento Civil¹⁰, otorgando un plazo perentorio de 3 días para subsanar los vicios que dicha demanda o requerimiento pudiera tener, so pena de no darle tramitación. De esta forma, el TDLC posee una potestad de resguardar las formalidades procesales desde la propia presentación de la demanda o requerimiento.

Segundo, reconoce los principios esenciales que lo rigen, a saber: “El procedimiento será escrito, salvo la vista de la causa, público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. Las partes deberán comparecer representadas en la forma prevista en el artículo 1° de la ley N°18.120, sobre comparecencia en juicio.”¹¹. Así, quedan zanjadas ciertas características propias del procedimiento contencioso de libre competencia, dentro de las cuales destaca, para objeto de esta investigación, el impulso de oficio – también conocido como “principio de oficialidad”, en contraposición del “principio dispositivo” –.

La aplicación de este principio tiene una serie de efectos relacionados, por ejemplo, con la tramitación del procedimiento. Es la propia jurisprudencia del TDLC la que ha reconocido dichos efectos, al señalar que el impulso de oficio se manifiesta: “(...) por ejemplo, en su habilidad para actuar ‘de oficio’ para impulsar la tramitación hasta la resolución definitiva (art. 20), ordenar la elaboración de versiones públicas de los instrumentos (art. 22), poner término a la confidencialidad o reserva de los documentos (art. 22), decretar medidas cautelares (art. 25), apremiar al deudor al pago de la multa (art. 28) y rechazar una conciliación que atenta en contra de la libre competencia (art. 22), entre otras”¹². De ello se desprende que la disposición del artículo 20 no es baladí. Primero, observaremos cómo dicho principio genera efectos concretos en el ámbito probatorio, y en particular, en la carga probatoria (también conocida como *onus probandi*). Segundo, veremos cómo tiene implicancias incluso para efectos de la substanciación del proceso, incluso en la notificación de ciertas resoluciones.

En primer lugar, en lo que refiere al ámbito probatorio, existen importantes efectos de dicho principio especialmente en su relación con la carga probatoria. Aquella es definida por ROSENBERG como “la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.”¹³. Por su parte, GOLDSCHMIDT entiende que la carga de la prueba corresponde a una facultad de las partes, que tiene como único efecto de su inobservancia el obtener resultados desfavorables para esa parte en el litigio¹⁴.

El artículo 22 en su inciso 2° establece respecto a este punto que “El Tribunal podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes.”¹⁵. Por otra parte, el inciso 4° de la misma disposición

¹⁰ “Art. 254 (251). La demanda debe contener: 1°. La designación del tribunal ante quien se entabla; 2°. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación, además de un medio de notificación electrónico del abogado patrocinante y del mandatario judicial si no lo hubieren designado; 3°. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado; 4°. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y 5°. La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.”

¹¹ DECRETO LEY N° 211 (1973).

¹² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 02/08/2017.

¹³ GUZMÁN (2018) p. 9.

¹⁴ CORREA SELAMÉ (2020) p. 75.

¹⁵ DECRETO LEY N° 211 (1973).

faculta al miembro del TDLC que conozca de ciertas diligencias probatorias, como la absolución de posiciones o la recepción de prueba testimonial, de, por ejemplo, efectuar preguntas e incluso impedir declaraciones irrelevantes. De esta forma, no solo se consagra la inmediación de los jueces en el conocimiento de la causa y sus medios de prueba, sino que además se le reconoce la facultad de incidir directamente en su formulación. Esto sumado a la potestad de decretar diligencias para el esclarecimiento de ciertos hechos oscuros o dudosos.

En segundo lugar, el artículo 21 de DL N° 211 contempla otro importante efecto relacionado a la oficialidad del procedimiento. Éste regula la notificación del requerimiento o demanda, siguiendo la regla general del procedimiento civil ordinario, esto es, la notificación personal. Sin embargo, se establecen ciertas particularidades. Por ejemplo, en lo que dice relación a la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba, se señala que ésta deberá realizarse por cédula – al igual que en sede civil – pero establece un plazo máximo de 30 días hábiles contados desde la dictación de la resolución para llevarla a cabo, tras el cual el TDLC podrá notificar por Estado Diario. Se ha considerado que dicha potestad de notificar por el estado diario también constituye una manifestación del principio de impulso de oficio tratado en el artículo 20.

2. LA CONFIDENCIALIDAD Y LA RESERVA DE MEDIOS DE PRUEBA

El artículo 22 ya citado finaliza aludiendo a la potestad del TDLC de decretar reserva o confidencialidad, a solicitud de parte, de los instrumentos que contengan “fórmulas, estrategias, secretos comerciales, o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”¹⁶. Esto sumado a la obligatoriedad de mantener con dicho carácter los instrumentos presentados por la FNE, según dispone la letra a) del artículo 39. De ello se desprende la especial preocupación del legislador de no afectar la competencia en los mercados, aún cuando exista un procedimiento en contra de un actor de aquel.

En este punto, recalamos la importancia del bien jurídico de la libre competencia y el rol que aquel juega dentro de la sociedad en general. Esto en contraposición de la publicidad que rige a la generalidad de los procedimientos litigiosos en nuestro país, como sucede en sede civil. Incluso, sin perjuicio de que el artículo 20 haya reconocido la publicidad como principio del contencioso, se puede observar en esta disposición una excepción a dicha regla general.

Sin embargo, surge como interrogante si es que la parte que está en desconocimiento de dicha información puede contradecirla y ejercer su defensa jurídica de manera eficiente. Ante dicha problemática, surge la facultad del TDLC de solicitar una versión pública del instrumento a la parte beneficiada con dicha reserva o confidencialidad. No obstante, ello no puede asegurar del todo un justo y debido proceso.

A raíz de lo anterior, es que se le reconoce al TDLC la potestad de decretar de oficio, aunque justificadamente, el término de la reserva o confidencialidad en caso de que estime que la versión pública es insuficiente para fallar la causa.

¹⁶ DECRETO LEY N° 211 (1973).

De esta forma, pareciera que el artículo 22 le otorga al Tribunal una amplia discrecionalidad en lo que refiere a decretar reserva y confidencialidad de ciertos medios probatorios – y a solicitar versiones públicas de aquellos –, pero, a su vez, decretar su término.

3. LA PONDERACIÓN DE LA PRUEBA Y EL ESTÁNDAR PROBATORIO

En lo que refiere a la ponderación de la prueba y el estándar probatorio, el DL N° 211 establece una escasa e inclusive nula regulación.

Por una parte, el sistema de valoración de la prueba consiste, a juicio de MATURANA, en “(...) determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además, se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas,”¹⁷. En lo que a éste respecta, el inciso final del artículo 22 se limita a señalar que el TDLC apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, omitiendo una definición o una delimitación de dicho concepto. Precisamente, en Chile es posible encontrar en algunos textos legales como el Código Procesal Penal una descripción del concepto de sana crítica, consistente en la libertad para ponderar los medios de prueba, pero limitado por “los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”¹⁸. En un sentido semejante, la doctrina ha definido la sana crítica como “aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio.”¹⁹

Por otra parte, el estándar probatorio tampoco encuentra definición dentro de la legislación de libre competencia. Éste es entendido por la doctrina como “aquel umbral de suficiencia para valorar si las pruebas disponibles son suficientes para decidir si está o no probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos”²⁰. En ese sentido, el estándar de prueba consiste en un mínimo de suficiencia para dar por probado un hecho discutido en un litigio. A su respecto, el DL N° 211 omite cualquier alusión al estándar probatorio aplicable en dicha sede jurisdiccional.

Ante la falta de consagración legal ha sido la propia jurisprudencia del TDLC la que ha debido llenar ese vacío, haciendo aplicable el estándar probatorio de “prueba clara y concluyente”, propio de la sede contencioso-administrativa, y de origen norteamericano (*clear and convincing evidence*, o en su traducción literal al español, “evidencia clara y convincente”)²¹. Sin perjuicio de ello, el Tribunal no lo ha definido en plenitud, ni lo ha desarrollado latamente en sus sentencias o resoluciones judiciales. Lo anterior ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, dado que el TDLC y la Corte Suprema se han limitado únicamente a señalar que dicho estándar de prueba “exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’”²². Aún más, algunos autores como GÁRATE plantean que dicho estándar es solo aplicable al ilícito de la colusión²³.

¹⁷ HAMILTON (2018) p. 32.

¹⁸ CHILE, Ley N° 19.696 del 2000.

¹⁹ DONOSO (2016) p. 7.

²⁰ JARA y VIGENAU (2017) p.5.

²¹ ARANCIBIA (2023).

²² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 08/05/2014.

²³ GÁRATE (2022), p. 150.

III. CRÍTICAS Y PROBLEMÁTICAS DEL PROCEDIMIENTO: LAS DIFICULTADES HACIA LA PARTE REQUERIDA

1. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO DEL TDLC: LA CARGA PROBATORIA Y LA PÉRDIDA DE IMPARCIALIDAD

Después de haber dado a conocer los principios generales del procedimiento contencioso que el propio artículo 20 señala, dentro de los cuales encontramos el impulso de oficio – o principio de oficialidad –, cabe preguntarnos cuál es su finalidad, y si aún considerando aquella, se podría afectar el derecho a la defensa jurídica.

Precisamente, es el propio TDLC quien reconoce las diferencias existentes entre el principio dispositivo y el de oficialidad, enfatizando en lo sensible del bien jurídico protegido por este procedimiento especial. Así, señala que “a diferencia del principio dispositivo que rige los procesos de tutela de derechos subjetivos, el principio de oficialidad exige al juez un rol más activo en la satisfacción eficaz y eficiente del interés público encomendado a su prevención, corrección o castigo, de modo tal que el estándar de control de los actos procesales del actor es mayor que en aquellos casos donde sólo se ven afectados intereses particulares disponibles por las partes;”²⁴.

De lo anterior no puede sino desprenderse que el principal fundamento para reconocer la aplicación del impulso de oficio y no del dispositivo – como en el procedimiento civil –, corresponde al interés público que posee la libre competencia como bien jurídico protegido. Así, el legislador determinó que no puede dejarse entregada a la suerte de las partes la correcta substanciación y el cumplimiento de las formalidades del procedimiento, sino que el propio Tribunal, en virtud del mandato legal establecido por el artículo 1º del DL N° 211, debe velar por el correcto resguardo de la competencia en los mercados.

Atendiendo a la protección de este bien jurídico, el TDLC goza de amplias facultades para decretar ciertas diligencias probatorias con miras a alcanzar una convicción que le permita acreditar la existencia de infracciones a la ley, o, al contrario, la inexistencia de aquellas. Esto en virtud del inciso 2º del artículo 22 del Decreto Ley N° 211, previamente citado. Así, se reconoce una gran implicancia de dicho principio en lo que se relaciona a la carga probatoria.

De la lectura de las disposiciones del artículo 22, es que podemos observar una afectación del derecho a la defensa jurídica. Esto ya que, si es el propio Tribunal quien posee la potestad para decretar diligencias probatorias – y no solo las partes – se puede cuestionar la verdadera imparcialidad y objetividad con la que los jueces – o ministros, en este caso – deben conocer una causa en un debido y justo proceso.

PÉREZ LASSERRE y FUENTEALBA reconocen la tensión que genera el principio de oficialidad con respecto a la aplicación del debido proceso y de sus garantías relacionadas, precisamente, con el derecho a la defensa. En esta línea, plantean que es menester encontrar una solución que tienda armonizar el impulso de oficio con principios como la bilateralidad de la audiencia, de manera de evitar arbitrariedades, y en definitiva, garantizar que “todas las

²⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 02/08/2017.

partes del proceso tengan los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo de evitar prerrogativas a favor de una o de las otras”²⁵.

A modo de comparación, LIZANA realiza una crítica desde la perspectiva de la etapa de la investigación por parte de la FNE.²⁶ Esto al considerar que el DL N° 211 no reconoce de manera expresa los principios que rigen el procedimiento, ni menos alude a los derechos procesales que tienen las partes en aquel, salvo los mencionados en el artículo 20.

Es así como la supremacía constitucional cobra especial relevancia, haciendo extensivo a este procedimiento especial la disposición del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, que reconoce, precisamente, el derecho al debido proceso, y, consecuentemente, a la defensa jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de algunos autores como NÚÑEZ OJEDA, no existiría un verdadero conflicto entre el derecho a la defensa jurídica y el principio de impulso de oficio, “toda vez que no importa afectación alguna a la garantía constitucional del derecho a un juez imparcial.”²⁷ El académico, del análisis comparado de diversos ordenamientos jurídicos europeos, deduce que “(...) es infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su propia iniciativa”²⁸. Empero, reconoce que efectivamente podría llegarse a afectar el debido proceso a través de la incorporación de hechos individualizadores de la pretensión, por cuanto, a través del impulso de oficio se “(...) estaría produciendo la injerencia judicial en la tarea de las partes de configurar el objeto del proceso.”²⁹. Así, el impulso de oficio podría afectar el procedimiento si es que a través del uso de sus facultades el TDLC pretendiera fijar el objeto del litigio.

2. LA RESERVA Y LA CONFIDENCIALIDAD

Como fue expuesto anteriormente, el artículo 20 del DL N° 211 consagra la publicidad como uno de los principios esenciales del procedimiento contencioso de libre competencia. De esta forma, replica lo que constituye la regla general de los procedimientos contenciosos en Chile.

LETURIA enfatiza en que el principio de la publicidad procesal debe ser entendido como una garantía individual. Reconoce, a su vez, la existencia de dos vertientes. Por un lado, la institucional, que tiene como objeto “garantizar a todas las personas que las actuaciones y resoluciones judiciales que pueden afectarles estarán sujetas a múltiples mecanismos de control, que incluso superan los de tipo institucional”³⁰. Esta publicidad abarca, por tanto, los diferentes actos y resoluciones que emanen del Tribunal, lo que se confirma por el Auto Acordado N° 16 del año 2017, al disponer “Los escritos e instrumentos de cualquier especie

²⁵ ROMERO SEGUEL (2015) p. 29.

²⁶ El abogado señala que la legislación de libre competencia en la etapa investigativa “(...), aunque virtuosa en ciertas materias, es a nuestro juicio, defectuosa en otras. En efecto, no existe en ella un estatuto de debido proceso que ampare al sujeto investigado.”. Esto a contrario sensu de la fuerte regulación en materia de procedimientos existente en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado o la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos. Ambos cuerpos normativos, reconocen una serie de principios, tales como el de celeridad, economía procedimental, contradictoriedad, la imparcialidad, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, entre otros.

²⁷ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 275.

²⁸ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 275.

²⁹ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 277.

³⁰ LETURIA (2018) pp.647-673.

que sean presentados por las partes o por terceros en este Tribunal, así como las actas que den cuenta de actuaciones celebradas en los procedimientos seguidos ante el mismo, 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 persona.”³¹

Por otro lado, reconoce la publicidad relativa entre las partes, y en lo que a ella respecta, “(...) no corresponde propiamente a una exigencia de publicidad del proceso, sino más bien a un requisito de un derecho mucho más elemental: el derecho de defensa o a la bilateralidad de la audiencia”³². En este sentido, resulta fundamental para las partes de un litigio tener conocimiento de las acusaciones que se le imputan y de las pruebas que las fundan. Como corolario de ello se otorga, por regla general, acceso a los antecedentes y al expediente de la causa. Así, el académico previene en que “(...) es difícil imaginar situaciones en que se restrinja la publicidad frente a las partes de un juicio.”³³.

En otros términos, LETURIA confirma la existencia de una estrecha relación entre la publicidad relativa entre las partes y el derecho a la defensa jurídica, y, a su vez, reconoce que, como regla general, dicha publicidad no debiese ser restringida sino en casos meramente excepcionales.

Precisamente, una de las situaciones en que se restringe la publicidad entre las partes corresponde al procedimiento de libre competencia. Esto por cuanto, tanto el TDLC como la FNE poseen dentro de sus facultades la de decretar la reserva y la confidencialidad respecto de ciertos documentos y de otros medios de prueba – artículos 22 y 39 letra a) del DL N° 211 –. En particular, es la segunda de ellas – la FNE – quien posee un mayor campo de discrecionalidad, considerando las causales por las cuales podrá decretar reserva o confidencialidad de ciertos instrumentos del expediente, inclusive sin autorización del TDLC. Dichas causales consisten en: 1) proteger la identidad de los delatores bajo el sistema de delación compensada; 2) si se trata de fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, y; 3) para efectos de resguardar la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía³⁴. Mientras que, según ya fue explicado, el TDLC posee una potestad semejante en lo referido a decretar la reserva o confidencialidad respecto de ciertos documentos o instrumentos, pero estrictamente relacionados con la penúltima de las causales, es decir, la N° 2.

Por otra parte, en lo que respecta a la legitimación para solicitarla, observamos que en virtud del artículo 22, solo las partes pueden solicitar al TDLC que se declare la reserva o confidencialidad de los documentos, mientras que el artículo 39 letra a) otorga esa facultad a la discrecionalidad del Fiscal Nacional Económico, debiendo el TDLC respetar la decisión de dicha autoridad.

En este punto cabe preguntarse qué motiva dicha excepción a la publicidad, declarada tanto por el TDLC como por la FNE, amparado bajo las citadas causales. Y, en definitiva, es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) la que da ciertas luces al respecto.

³¹ AUTO ACORDADO N° 16 del 2017.

³² LETURIA (2018) pp.647-673.

³³ LETURIA (2018) pp.647-673.

³⁴ GREBE (2022) p. 3.

Dicha organización plantea que decretando la confidencialidad de cierta información, no solo se busca evitar el acceso del público general y de otros competidores a cierta información comercial del agente económico bajo investigación – como fórmulas o *know how*, estrategias comerciales, entre otros – lo que podía derivar en intercambios de información y subsecuentemente en una práctica coordinada o colusoria. Sino que, adicionalmente busca resguardar la propia reputación de las instituciones³⁵. En ese sentido, es la propia naturaleza del bien jurídico protegido de la libre competencia la que influye en la decisión del legislador al permitir decretar reserva y confidencialidad. Esto por cuanto la publicidad total de los antecedentes de la causa y el expediente podrían generar un daño aún mayor.

Ahora bien, a pesar de que la disposición tiene como objeto resguardar los mercados y el bienestar social, dicha protección estaría transgrediendo los derechos del agente requerido, y en concreto, su derecho a la defensa jurídica. Sin embargo, antes de referirse a ello, cabe realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, cabe precisar las diferencias existentes entre la reserva y la confidencialidad. Para GREBE, si bien no existe en la legislación una distinción entre ambos conceptos, “(...) por analogía si se toma el artículo 22° inciso 10° de la ley se entiende que la “reserva” es aquél secreto sólo respecto de terceros ajenos al proceso y que la “confidencialidad” es aquel secreto de cualquiera, incluso de las partes del proceso, en este caso de la investigación, que es la aplicación práctica que se ha dado ante el TDLC”³⁶. En ese sentido, del análisis del autor, se desprende una mayor restricción en términos del acceso a la información en caso de que el TDLC decreta la confidencialidad, por cuanto inclusive las propias partes del proceso se ven limitadas en el acceso a ella.

Ante dicha situación, en que las partes de un procedimiento contencioso de libre competencia se ven afectadas por la confidencialidad o reserva de la prueba, es que el legislador estableció dentro del mismo artículo 22 una potestad al TDLC de ordenar la elaboración de versiones públicas de dichos medios de prueba para efectos de ser objetados u observados. Para dicho fin, y ante la ausencia de mayor regulación legal, el propio Tribunal elaboró un Auto Acordado – N° 16 del año 2017 – en el cual se establecen ciertos parámetros y requisitos para la solicitud de reserva y confidencialidad de la prueba, y para que aquella sea acogida.

Este Auto Acordado establece en su artículo 2° una reiteración de las disposiciones legales que autorizan la declaración de reserva y confidencialidad, aludiendo a los artículos 22 y 39 letra a) del DL N° 211, con especial énfasis en proteger la información “cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”³⁷. Asimismo, en su artículo 4° determina qué tipo de información es considerada como secreta o confidencial, en virtud de una presunción legal. A modo ejemplar, se contempla: “(...) aquella información que tenga menos de cinco años de antigüedad, relativa a: a) Fórmulas y secretos comerciales; b) Costos de producción, márgenes, rentabilidad y estrategia 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; e) La identificación de los proveedores”³⁸.

³⁵ OECD (2019).

³⁶ GREBE (2022) p. 3.

³⁷ AUTO ACORDADO N° 16 del 2017.

³⁸ AUTO ACORDADO N° 16 del 2017.

Adicionalmente, el Auto Acordado, a partir de su artículo 6º regula el procedimiento en virtud del cual las partes realizarán sus versiones públicas. En dicho artículo, destaca en su inciso 3º la especial preocupación del TDLC con respecto a no infringir el derecho a la defensa jurídica, al señalar: “La 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”³⁹. En ese sentido, es el propio órgano jurisdiccional el que reconoce una posible afectación de dicho derecho fundamental a partir de la facultad que el propio legislador le otorga.

Sin embargo, resulta cuestionable la falta de consagración legal de aquel instrumento y de su finalidad, particularmente considerando que el Auto Acordado posee una jerarquía inferior a la ley. Lo anterior puede verse agravado en los casos en que la FNE actúa como requirente, considerando que no existe en la ley ninguna obligación hacia dicha institución de dar a acceso a la parte requerida, de manera expedita, al expediente de la investigación.

En la práctica, a juicio de GREBE – en relación con el acceso al expediente investigativo – “la parte investigada accede a un expediente de la investigación limitado”⁴⁰. Precisamente, dicha limitación radica, dentro de muchos factores, en la reserva o confidencialidad decretada por el propio Fiscal Nacional Económico o por el TDLC. El autor señala que, especialmente en caso de requerimientos interpuestos por la FNE “la parte acusada se enfrenta normalmente a un requerimiento que no contiene un detalle extenso de las conductas acusadas, tanto relativo a los hechos puntuales acusados, como a la investigación y a los factores que consideró la FNE al momento de solicitar las sanciones y multas”⁴¹. En esa línea, la parte afectada sólo tendrá conocimiento del contenido del expediente una vez que la FNE decida acompañar, o en caso de que se resuelva una solicitud de exhibición de documentos.

De esta forma, a pesar de los esfuerzos del TDLC de establecer por vía del Auto Acordado un mecanismo que pudiera conciliar el desenvolvimiento competitivo de los actores de mercado afectados por la investigación con el respeto al derecho a la defensa jurídica y con las demás garantías del debido proceso, dicho conflicto aún se mantiene en la práctica, y así lo ha hecho notar GREBE.

Inclusive el propio legislador reconoce las posibles deficiencias en la confección de las versiones públicas, a tal punto que reconoce en la parte final del artículo 22 la potestad del TDLC de decretar el término de la reserva o la confidencialidad, cuando aquella sea “insuficiente como antecedente válido para fallar la causa”⁴²

3. EL ESTÁNDAR PROBATORIO: LA PRUEBA “CLARA Y CONCLUYENTE”

Una tercera institución procesal no exenta de críticas en el procedimiento de libre competencia, dice relación con el estándar probatorio aplicado en dicha sede jurisdiccional.

La principal de las críticas se refiere a la ausencia de consagración legal, considerando que otros textos normativos como el Código Procesal Penal, sí incluyen una definición de este. Dicha falta de reconocimiento legal en la legislación de libre competencia, en opinión de HAMILTON, genera mayor incertidumbre para las partes del proceso.

³⁹ AUTO ACORDADO N° 16 del 2017.

⁴⁰ GREBE (2022) p. 6.

⁴¹ GREBE (2022) p. 6.

⁴² DECRETO LEY N° 211 de 1973.

A juicio de la autora, sin perjuicio de la remisión del artículo 29 a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, no es posible deducir una solución a dicho vacío legal, precisamente, porque este Código no contempla un estándar probatorio de forma explícita. Empero, aún en caso de tenerlo, no sería pacífica su aplicación. Esto en particular por la naturaleza del procedimiento, cuyo fin difiere del civil, por cuanto existe un bien jurídico protegido que busca resguardar el bienestar de la sociedad en su conjunto y no únicamente el de un particular⁴³.

Precisamente, en opinión de ROMERO, el procedimiento de libre competencia tiene como objeto la imposición de una sanción, lo que constituye un “(...) reflejo de la acción punitiva del Estado”⁴⁴. De esta manera, un estándar probatorio alto, de “prueba clara y concluyente” como fue anteriormente explicado, se entiende justificado, lo que ha sido reflejado por la jurisprudencia mayoritaria del TDLC.

Así lo refrenda GÁRATE, quien realiza un extenso análisis respecto de los objetivos de la legislación de libre competencia y el carácter del contencioso. En ese sentido, considerando que dicho procedimiento tiene por objeto la imposición de sanciones, no resulta baladí el estándar probatorio a aplicar. Sin embargo, precisa que las sanciones difieren entre una conducta infraccional y las demás. En concreto, reconoce que la colusión – a diferencia de las demás infracciones del Art. 3 del DL – es objeto de un mayor reproche social, por lo que el agente económico no solo sería sancionado con las medidas establecidas en el artículo 26 del DL, sino que también sería objeto de una sanción social. Esto, en definitiva, justifica la existencia de un estándar probatorio mayor en sede de libre competencia, y en particular respecto a la colusión, que corresponde a un intermedio entre el civil – balance de probabilidades – y el penal – más allá de toda duda razonable –.

A pesar de lo anterior, no existe un completo consenso dentro de la doctrina y de la propia jurisprudencia respecto al estándar probatorio que rige el procedimiento.

Esto ha quedado demostrado, por un lado, por la inexistencia de un estándar probatorio único aplicable a los demás ilícitos anticompetitivos distintos de la colusión. En este punto, GÁRATE realiza un extenso análisis jurisprudencial, en el que observa una “volatibilidad de los criterios que han sustentado la condena de dichas conductas”⁴⁵. No obstante, reconoce que dicha dispersión de criterios no se da únicamente en el contexto nacional, sino que la compara con la situación europea, citando a LIANOS y GENAKOS. A su vez, atribuye esta deficiencia a las particularidades epistémicas de las prácticas anticompetitivas, “las cuales depende de las configuraciones económicas que resultan ineludibles a su determinación”⁴⁶. Esto por la necesidad de comprobar ciertos elementos, como el poder de mercado, necesarios para la configuración de ciertos ilícitos, como el abuso de posición dominante. A su juicio, “exige una formulación estadística que se orienta poderosamente a una estimación probabilística”⁴⁷, lo que podría asimilarse al estándar civil del “balance de probabilidades”.

Por otro lado, existe disenso respecto a la aplicación del estándar de prueba clara y concluyente en el ilícito de la colusión, lo que ha quedado de manifiesto en el voto disidente

⁴³ HAMILTON (2018), p. 50.

⁴⁴ ROMERO (2007), p. 35.

⁴⁵ GÁRATE (2022), p. 144.

⁴⁶ GÁRATE (2022), p. 144.

⁴⁷ GÁRATE (2022), p. 144.

de la sentencia N° 160 del año 2017 sobre el “Caso papel tissue”. En la sentencia en comento, dos ministros del TDLC – Arancibia y Tapia – manifestaron su disconformidad con la aplicación de dicho estándar probatorio y se mostraron adherentes en la aplicación del estándar del “balance de probabilidades” basándose, principalmente, en la naturaleza de la responsabilidad imputada y su carácter patrimonial. En efecto, GÁRATE destaca que las sanciones impuestas a los casos de colusión “establecerían cargas de dar, hacer o no hacer, a efectos de prevenir daños individuales que pueden ser avaluables económicamente”⁴⁸, lo que infiere que las sentencias del TDLC no buscan realizar un reproche ético, sino que buscan “corregir y evaluar riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza patrimonial”⁴⁹. De hecho, son los propios ministros Arancibia y Tapia quienes señalan en la consideración 15° del voto disidente que este procedimiento contencioso no se trata del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino que “de lo que se trata es de corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o avaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas.”⁵⁰.

La disparidad de criterios producto de la falta de consagración legal resulta más evidente y de mayor gravedad cuando es la Corte Suprema quien toma conocimiento del procedimiento de libre competencia a través de un recurso de reclamación. En dichos casos, resulta probable que el TDLC, por su parte, y la Corte, por la otra, apliquen diferentes estándares probatorios, creando disimilitudes entre ambas sedes jurisdiccionales. Al respecto HAMILTON señala que “a pesar de que en ciertas ocasiones ambos hacen mención al estándar de prueba clara y convincente, la Corte Suprema solamente lo enuncia y jamás entra en una justificación. Además, ésta en la mayoría de los casos, hace remisión a la aplicación de criterios civiles.”⁵¹

De esta forma, la falta de reconocimiento de forma explícita en la ley de un estándar de prueba es una fuente de incertidumbre jurídica para la parte demandada o requerida en un procedimiento contencioso de libre competencia. Primero, debido a la imprevisibilidad que genera en los procedimientos referidos a ilícitos anticompetitivos distintos de la colusión, por cuanto no existe ningún criterio unificador en la jurisprudencia del Tribunal, lo que podría generar arbitrariedades. Segundo, por la disparidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales que, si bien actualmente confluyen de forma mayoritaria a favor de la prueba “clara y concluyente”, nada obsta a que pueda cambiar sustancialmente por otro estándar como el utilizado en sede civil.

En este punto, HAMILTON enfatiza que la necesidad de determinar y uniformar el estándar en los procedimientos sancionatorios de libre competencia radica en que “es extremadamente relevante para la averiguación de la verdad, la protección de las garantías fundamentales, y para la racionalidad de la decisión al actuar como complemento de la valoración de la prueba, entre otros motivos”⁵². A su juicio, la disparidad de criterios es grave, por cuanto “atenta contra la seguridad jurídica, contra la protección de los derechos fundamentales de las personas, y además, deja sin validez real la vocación de regulador de comercio o de “*policy*

⁴⁸ GÁRATE (2022), p. 150.

⁴⁹ GÁRATE (2022), p. 151.

⁵⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 08/05/2014.

⁵¹ HAMILTON (2018), p. 70.

⁵² HAMILTON (2018), pp. 70-71.

maker” del TDLC.”⁵³. Precisamente, uno de los derechos fundamentales a los que alude la autora corresponde al derecho a la defensa jurídica.

IV. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

Después de haber dado a conocer algunas de las instituciones procesales objeto de críticas dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional, se plantearán las posibles soluciones para poder resguardar los derechos fundamentales de la parte requerida en el procedimiento sancionatorio de libre competencia, en especial su derecho a la defensa jurídica.

1. EL IMPULSO DE OFICIO: SU APLICACIÓN DE MANERA RESTRINGIDA

Tal como fue expuesto anteriormente, la consagración del impulso de oficio en el artículo 20 tiene serias implicancias en materia probatoria, lo que queda en evidencia con las disposiciones del artículo 22 relacionadas con la carga de la prueba. Así, se pone en riesgo la prevalencia del derecho al debido proceso, y, en concreto, el derecho a la defensa jurídica.

A juicio de PÉREZ LASARRE y FUENTEALBA CORTÉS, se ha reconocido que, si bien son las partes las que tienen la carga de hacer avanzar el proceso por medio de la aportación de prueba – lo que coincide con la propia definición de carga probatoria – se identifica una incrementada injerencia del TDLC en lo que se refiere a su facultad de decretar diligencias probatorias o dirigir ciertos medios de prueba. Los autores señalan sobre este punto que, en el último tiempo “(...) se observa una marcada posición del TDLC de restringir algunos elementos propios del principio dispositivo en lo relativo al desarrollo de las audiencias de absolución de posiciones, valiéndose de las herramientas de las que está investido por el ya señalado principio de oficialidad.”⁵⁴.

Sin embargo, a pesar de las críticas que pudiera ocasionar la aplicación de dicho principio, se deben tomar en consideración ciertos aspectos del procedimiento contencioso de libre competencia que lo diferencian de los demás.

Primero, y como fue anteriormente expuesto, existe una particular preocupación del legislador con respecto a la protección del bien jurídico de la libre competencia. Así lo respalda NÚÑEZ OJEDA, quien reconoce que “el proceso es un instrumento sofisticado para la resolución de las controversias entre los particulares, pero al mismo tiempo es un instrumento para la implementación de políticas públicas.”⁵⁵. Es decir, el autor plantea que este procedimiento y su regulación tienen un fin mayor que la mera resolución de controversias, aún cuando se pueda tratar de un procedimiento entre dos particulares. Dichas políticas públicas a las que refiere no pueden sino estar relacionadas con el objeto de la libre competencia en los mercados y el rol social que ésta cumple.

En concreto, ha sido la propia jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha establecido la finalidad de la libre competencia como bien jurídico protegido, citando la resolución N° 368 de la Comisión Resolutiva – antecesora del TDLC –, que señala que “(...), el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten

⁵³ HAMILTON (2018), p. 72.

⁵⁴ PÉREZ y FUENTEALBA (2023), p. 10.

⁵⁵ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 257.

más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”⁵⁶.

Dicho así, el procedimiento de libre competencia juega un rol fundamental en la estabilidad socio-económica del país, por lo que resulta menester que las instituciones del Estado – como la FNE y el TDLC – cumplan, a su vez, con los objetivos que el legislador les encomendó. De esta manera, la consagración del impulso de oficio resulta de gran utilidad para conseguir los fines que la ley y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema han establecido.

En segundo lugar, NÚÑEZ OJEDA recalca en la importancia del impulso de oficio en la etapa probatoria como una herramienta para poder alcanzar la verdad de los elementos fácticos de la causa. En ese sentido, el autor indica que “la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso”⁵⁷. Por tanto, no se trata de un mero capricho del legislador el establecer la facultad del artículo 22 de decretar diligencias probatorias, ya que se busca que el juez pueda decidir, cuando sea necesario, “(...) qué medios de probatorios son los más adecuados, ya que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad como correspondencia”⁵⁸.

Así las cosas, si bien valoramos la finalidad que cumple la consagración de este principio según lo postulado por GÁRATE – como búsqueda de la verdad o la implementación de políticas públicas –, no podemos descartar una afectación del derecho a la defensa jurídica. Precisamente, esta tesis ya ha sido discutida en la jurisprudencia, la que ha hecho matices.

A modo de ejemplo, analizamos el recurso de reclamación interpuesto por Farmacias Cruz Verde en la causa rol N° C-184-8 del TDLC, en la que se imputaba a dicha empresa, a Salcobrand y a Farmacias Ahumada de realizar conductas colusorias, en el denominado popularmente como “Caso Farmacias”.

Cruz Verde esgrimió en su escrito de reclamación que la facultad del artículo 22 se trata de una norma de aplicación restrictiva, y, por tanto, el Tribunal no está autorizado a generar prueba de forma amplia, ni complementar la labor que debiera ejercer la FNE. En esta línea, a juicio de la recurrente, la disposición del artículo 22 no constituiría *a priori* una infracción a las garantías del debido proceso. En efecto, reconoce que aún existiendo el impulso de oficio, no se ve restringida la aportación de parte en la etapa probatoria, y en definitiva, plantea que dicho principio y las facultades del TDLC que de él emanan solo serán atentatorias contra los derechos fundamentales cuando se interprete de manera laxa el citado artículo, al establecer hechos a partir de medios de prueba producidos por el mismo Tribunal. Dicho en otras palabras, se afectaría el derecho a la defensa jurídica si es que el TDLC tomara la iniciativa probatoria que le correspondería ejercer a la parte requirente – es decir, la FNE – dejando en situación desventajosa a la requerida.

Así lo ratificó la Corte Suprema en la sentencia que resolvió el recurso de reclamación antes referido. En ella determinó que “Lo relevante en esta materia es que el órgano jurisdiccional no anule la actividad probatoria de las partes, situación que no se vislumbra haya ocurrido”⁵⁹. De esta manera, la Corte reconoce la finalidad y los límites del principio de impulso de oficio, esclareciendo que solo sería atentatorio contra el debido proceso y los derechos correlativos

⁵⁶ Corte Suprema, 29/10/2015.

⁵⁷ NÚÑEZ OJEDA (2017), p. 256.

⁵⁸ NÚÑEZ OJEDA (2017), p. 256.

⁵⁹ Corte Suprema, 07/09/2012.

a él – como la defensa jurídica – cuando se impida a las partes ejercer la iniciativa probatoria. En el caso en cuestión, no reconoció que se haya anulado la actividad probatoria de Cruz Verde, por lo que la reclamación fue rechazada, confirmando la sentencia del TDLC.

Compartimos en este punto el diagnóstico de la Corte y del académico NÚÑEZ OJEDA, y planteamos que la solución para este conflicto viene ligada con la propia práctica jurisprudencial. Es decir, no existirá un conflicto entre el derecho a la defensa jurídica y el impulso de oficio – o el principio de oficialidad – si es que el TDLC no inhibe la aportación de parte en el periodo probatorio. En efecto, de pensar que el impulso de oficio constituye por sí solo un atentado contra el debido proceso implicaría suponer que “todos los legisladores procesales europeos (cada uno a su modo) han atravesado un momento de máxima ingenuidad que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio por el propio juez.”⁶⁰.

En este punto, podemos destacar que a nivel comparado múltiples legislaciones contemplan, en mayor o menor medida, facultades de los jueces para decretar diligencias probatorias. Por ejemplo, el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil francés contempla la facultad de decretar todos los medios de prueba legalmente admisibles⁶¹. Asimismo, diversas disposiciones del Código Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung*) establecen que el propio tribunal puede decretar de oficio ciertas diligencias de prueba. Una de ellas, es el artículo 142 del citado Código, el cual señala que “El tribunal puede ordenar que una parte o un tercero presente documentos u otros objetos que se encuentren en su poder, a los cuales una parte hizo remisión. El tribunal puede imponer un plazo y ordenar que la documentación permanezca por un determinado tiempo en la secretaría del tribunal.”⁶². PRÜTTING y DE FALCO analizaron la reciente reforma a dicho texto legal que introdujo aquellas normas de oficialidad, y deducen que con estas “no solo se adjudica al juez un papel central en la dirección del proceso y se lo dota de los instrumentos necesarios (como, por ejemplo, la posibilidad de ordenar la presentación de documentos de oficio (5§ 142 y 144 ZPO), sino que además se lo inviste de deberes y facultades en la instrucción del proceso, haciendo primar su protagonismo como juez activo”⁶³.

Por tanto, concluimos que el impulso de oficio no implica por sí solo una vulneración al derecho a la defensa jurídica ni al debido proceso en general. Esto considerando que, debido a la función social que cumple el procedimiento de libre competencia y a la intención de encontrar la verdad material, se justifica su implementación. No obstante, en ningún caso dicho impulso de oficio puede restringir la aportación probatoria de las partes. De ser así, sí existiría una transgresión a los derechos fundamentales.

2. LA CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA: EL AUXILIAR DE CONFIDENCIALIDAD

Uno de las mayores problemáticas que posee el procedimiento contencioso de libre competencia en perjuicio de la parte requerida corresponde a la dificultad de ejercer adecuadamente la defensa jurídica al verse enfrentada a un expediente desconocido y a

⁶⁰ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 251.

⁶¹ NÚÑEZ OJEDA (2017) p. 251.

⁶² PÉREZ y ORTIZ (2006), p. 196.

⁶³ PÉREZ y ORTIZ (2006), p. 112.

medios probatorios – principalmente documentales – censurados producto de la facultad del TDLC y de la FNE de decretar la reserva o la confidencialidad de los mismos.

Sin embargo, aquel conflicto no es propio de la legislación nacional, sino que se replica en diversos ordenamientos, como el europeo o el estadounidense. A raíz de aquel, son diversas las soluciones que dichos ordenamientos legales poseen, para la correcta administración de justicia y la salvaguarda del debido proceso y los demás derechos fundamentales.

Por una parte, analizaremos el caso europeo, a raíz de las directrices implementadas por la Comisión Europea, cuya data es del 2004. Precisamente, el artículo 15 N° 2 del Reglamento de la Comisión (N°773/2004) relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, contempla una estricta regulación respecto a la entrega del expediente investigativo y la utilización de documentos. La citada norma, en un sentido similar al artículo 22 de nuestro DL N° 211 versa: “El derecho de acceso al expediente no se extenderá a los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Tampoco se extenderá a la correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre dichas autoridades cuando tal correspondencia figure en el expediente de la Comisión.”⁶⁴.

A continuación, el artículo 16 del mismo texto agrega: “1. La Comisión no comunicará ni dará acceso a la información, incluidos los documentos, si contiene secretos comerciales u otro tipo de información confidencial sobre cualquier persona.”⁶⁵. Así, desprendemos que la confidencialidad o reserva acerca de secretos o estrategias comerciales no es una creación del derecho chileno, sino que tiene una fuerte raigambre en el derecho europeo. Asimismo, se establece un procedimiento por el cual la parte afectada puede solicitar la declaración de confidencialidad, e incluso señala la obligación de facilitar una versión “no confidencial” de los documentos, de manera similar a lo que dispone el artículo 22 del Decreto Ley.

En este sentido, para resguardar el derecho a la defensa jurídica que podría verse vulnerado por el desconocimiento de aquellos elementos declarados confidenciales, es que en 2020 la Comisión Europea dicta la Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE. MORDOJ se refiere a aquellas herramientas que entrega la comunicación para el resguardo de la confidencialidad, pero a su vez, garantizando el acceso a la información para la adecuada defensa. A modo de resumen, “la Comunicación CE se refiere a las distintas alternativas que la Directiva de Daños contempla para permitir el acceso a información confidencial de contrapartes o terceros –censura, audiencias a puerta cerrada, círculos de confidencialidad o *confidentiality rings* y encargar a expertos la elaboración de resúmenes con información agregada”⁶⁶.

En efecto, uno de los mecanismos de mayor utilidad para ejercer correctamente la defensa jurídica y, a su vez, resguardar la confidencialidad de la información sensible que, en caso de hacerse pública, podría afectar el desenvolvimiento competitivo del agente, corresponde a la creación de “círculos de confidencialidad” y particularmente, encargar a un “asesor externo” la redacción de un informe o resumen en base a esa información. En particular, la

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, Reglamento 773/2004.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, Reglamento 773/2004.

⁶⁶ MORDOJ (2022), p.6.

Comunicación dictamina que “los órganos jurisdiccionales nacionales también pueden decidir nombrar a una tercera persona con experiencia en un campo concreto (por ejemplo, contabilidad, finanzas, Derecho de la competencia, auditorías, etc.) para que acceda a determinada información confidencial afectada por la solicitud de exhibición.”⁶⁷.

Complementando lo anterior, TURNER y HERNÁNDEZ se refieren a rol del “*hearing officer*”, quien cumpliría en ciertos casos un rol similar del “auxiliar de confidencialidad”, pero relacionado a la etapa investigativa. Esta figura, también propia del derecho europeo y consagrado por la Decisión 2011/695, tiene como principal función la de garantizar “el ejercicio efectivo de los derechos procesales durante los procedimientos de competencia desarrollados en la Comisión”⁶⁸. En lo relacionado al acceso a la información y en materia de confidencialidad, dicha institución procesal goza de gran importancia, por cuanto se encuentra facultado para “dar pie atrás” a la decisión de la Comisión de levantar la confidencialidad de cierta información, además de dar acceso limitado a ciertas piezas del expediente⁶⁹.

Así, a juicio de TURNER y HERNÁNDEZ “hay quienes consideran que la figura ha sido un acierto en salvaguardar el derecho de defensa de los investigados, así como en favorecer la publicidad y transparencia de los procedimientos administrativos, elementos claves del derecho a una buena administración.”⁷⁰.

Por su parte, la regulación norteamericana resulta bastante semejante en la materia. Al respecto, MORDOJ cita la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, que establece las “órdenes de protección” para invocar la confidencialidad de ciertos elementos probatorios. Para balancear los distintos derechos del afectado por la investigación, se establecen mecanismos similares a los planteados en Europa. Así, “en Estados Unidos se han aceptado los círculos de confidencialidad, por la vía de fijar distintos niveles de derechos de acceso a la información”⁷¹. Sin embargo, se destaca una principal diferencia con la regulación europea, por cuanto se otorga a las partes una mayor libertad para negociar las órdenes de protección, bajo una posterior revisión del tribunal.

A partir de lo anterior, observamos que tanto en Europa como en Estados Unidos se observa la figura de un tercero imparcial que puede tomar conocimiento de la información confidencial para efectos del resguardo de la misma, pero buscando asegurar la prevalencia del derecho a la defensa jurídica. En cambio, la legislación chilena no contempla más herramientas que la confección de una versión pública de los documentos en los términos del artículo 22 del DL N° 211, con su regulación complementaria del Auto Acordado N° 16.

Por tanto, para la eficiente substanciación del procedimiento contencioso de libre competencia, MORDOJ realiza una propuesta normativa, la que consiste en “la creación de un auxiliar de confidencialidad, de carácter privado, a cargo de resolver, bajo supervisión disciplinaria del TDLC, todas las cuestiones de confidencialidad o reserva que se susciten durante un procedimiento contencioso o no contencioso.”⁷². Será dicho auxiliar de

⁶⁷ MORDOJ (2022), p.7.

⁶⁸ TURNER y HERNÁNDEZ (2023), p. 4.

⁶⁹ TURNER y HERNÁNDEZ (2023), p. 7.

⁷⁰ TURNER y HERNÁNDEZ (2023), p. 7.

⁷¹ MORDOJ (2022), p.9.

⁷² MORDOJ (2022), p.11.

confidencialidad quien tendrá una interacción directa con las partes, y quien determinará la calidad de la información – es decir, si efectivamente es confidencial o reservada –. Asimismo, podrá crear círculos de confidencialidad supervisados por el mismo, además de procesar la información confidencial y producir una “versión pública” suficiente y útil para terceros y para las propias partes.

Para su nombramiento, el académico plantea el establecimiento de un mecanismo similar al utilizado para nombrar peritos judiciales. Así, el TDLC tendría una nómina de auxiliares de confidencialidad habilitados, de profesión abogados o economistas. MORDOJ agrega que “Éstos tendrían, además de la condición de ministros de fe, el carácter de auxiliares de la administración de justicia en los mismos términos que el Título XI del Código Orgánico de Tribunales. La supervisión disciplinaria de dichos auxiliares estará a cargo del TDLC, sin perjuicio de las eventuales sanciones penales.”⁷³

En definitiva, la propuesta del autor consiste en una mezcla entre el sistema europeo – especialmente en lo que dice relación al nombramiento de expertos – y el sistema norteamericano – respecto a la negociación sobre la confidencialidad de los documentos – pero todas ellas mediadas por un tercero imparcial, distinto del tribunal. Enfatiza que se trata “(...) de una propuesta de alcances algo más amplios, en el sentido de introducir un apoyo al órgano jurisdiccional en las decisiones relacionadas con la confidencialidad de la información por parte de un potencial auxiliar de la administración de justicia de carácter privado.”⁷⁴

Por otro lado, TURNER y HERNÁNDEZ analizan la figura del *hearing officer* y el rol que podría ejercer – en caso de su implementación en nuestro país – como auxiliar de la labor de la FNE y su facultad de resguardar la información comercial sensible, en los términos del artículo 39 letra a). Dentro de las ventajas de implementar un sistema similar, sería las de permitir un mejor resguardo a los derechos de los investigados “dado que quien estaría tomando las decisiones sobre la materia sería una persona que no estaría directamente involucrada en la investigación que se está llevando adelante”⁷⁵. Asimismo, existiría una mayor celeridad con la tramitación de confidencialidad y de secreto profesional, alivianando la carga del TDLC en su determinación.

En conclusión, observamos una propuesta normativa contundente, con fuerte inspiración en legislaciones experimentadas en materia de libre competencia, con la que no solo se resguardaría adecuadamente los derechos fundamentales de las partes – especialmente la investigada – sino que además proporcionaría más eficiencia en un procedimiento que actualmente impone una alta carga de funciones y deberes al TDLC.

3. EL ESTÁNDAR PROBATORIO: LA CONSAGRACIÓN LEGAL

Acerca de esta tercera problemática relacionada a la falta de determinación de un estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia, pareciera que la consagración legal de aquel resulta ser la solución más práctica, la que sin embargo no se encuentra exenta de dificultades.

⁷³ MORDOJ (2022), p.12.

⁷⁴ MORDOJ (2022), p.12.

⁷⁵ TURNER y HERNÁNDEZ (2023), p. 11.

HAMILTON concuerda en este punto, y manifiesta que “debe establecerse un estándar probatorio de manera expresa y definida, que sea adoptado tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Corte Suprema.”⁷⁶. Es decir, la autora reconoce que la consagración legal de un estándar podría poner fin a la disparidad de criterios utilizados por ambas sedes jurisdiccionales – el TDLC y la Corte Suprema – con lo que colaboraría a la creación de mayor certidumbre jurídica para la parte requerida en un procedimiento sancionatorio.

Ahora bien, no resulta sencilla la determinación de cuál estándar probatorio resulta más adecuado para este procedimiento especial. Primero, por la falta de consenso respecto a la naturaleza del procedimiento contencioso de libre competencia, especialmente en el caso de la colusión. Segundo, y considerando los postulados de GÁRATE, resulta compleja la aplicación de un estándar único para la persecución y sanción de ilícitos distintos de la colusión – tales como el abuso de posición dominante –.

Respecto a la primera dificultad, cabe recordar que han sido los propios ministros Arancibia y Tapia del TDLC los que han manifestado un disenso respecto a la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal, y han postulado que la naturaleza del procedimiento sancionatorio no resulta una demostración del *ius puniendi* del Estado, sino que corresponde a uno de carácter indemnizatorio.

En este punto, nos mostramos de acuerdo con lo postulado por DOMINGO VALDÉS, en el sentido de calificar al procedimiento contencioso de libre competencia como uno de carácter cercano al administrativo sancionador. En particular, el académico señala que nos encontramos “ante verdaderos ilícitos administrativos que exhiben una diferencia de grado con el ámbito penal que motiva que se hallen regidos por un Derecho administrativo sancionatorio”⁷⁷. VALENZUELA y RENCORET comparten el diagnóstico de VALDÉS e identifican el procedimiento como uno de carácter sancionador “(...) en atención a la función que desempeñan las sanciones, las cuales se sitúan en una tensión entre una función retributiva propia del reproche que representan y una función preventivo-disuasiva.”⁷⁸.

De esta forma, descartamos la aplicación de un estándar probatorio de carácter civil – de prueba preponderante o balance de probabilidades – considerando que el procedimiento dista de ser uno meramente compensatorio

Ahora bien, considerando que a juicio de VALDÉS y de ROMERO el procedimiento sancionatorio de libre competencia corresponde a una manifestación del *ius puniendi* estatal, es que cabe preguntarse si resulta más adecuado aplicar un estándar similar al penal de “más allá de toda duda razonable” o uno de carácter intermedio. Compartimos la postura de MONTT, quien se inclina por la última opción, esto es, un estándar intermedio, debido a que “(...) uno de los más grandes contrastes entre la protección de la competencia y el derecho penal es que, en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un *policymaker*⁷⁹ y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecencialmente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad

⁷⁶ HAMILTON (2018), p. 72.

⁷⁷ HAMILTON (2018), p. 103.

⁷⁸ VALENZUELA y RENCORET (2018), p. 112.

⁷⁹ Es decir, un creador de una política o regulación comercial.

económica.”⁸⁰. Sumado a lo anterior, HAMILTON plantea que un “estándar tan exigente impediría configurar los delitos, y se estaría privando al TDLC tanto de la función como garante de la eficiencia del mercado, como de la disuasión de la comisión de tales conductas”⁸¹.

De esta manera, el establecimiento del estándar probatorio de “prueba clara y concluyente” resulta ser la mejor solución al compatibilizarse con las exigencias de un procedimiento sancionatorio – especialmente en casos de colusión –, siguiendo los planteamientos de VALDÉS y MONTT. En efecto, la aplicación de aquel estándar guarda estrecha relación con la protección del debido proceso y los derechos fundamentales que conlleva. Esto por cuanto la exigibilidad de un estándar probatorio alto tendrá fuertes implicancias en las resoluciones del Tribunal, las que deberán estar debidamente justificadas, respetando así el principio de inocencia. Esto en el sentido de evitar errores en que se termine condenando al inocente.

En el derecho comparado, la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) contempla, precisamente, un estándar probatorio de prueba clara y concluyente que es más exigente al utilizado en materia civil, invocando precisamente la naturaleza del procedimiento en cuestión. Así, dicha institución señala que “Dada la naturaleza (...) La ACCC debe probar estar materias conforme a un estándar que es más alto que la carga civil común del ‘balance de probabilidades’”⁸²

En relación a la segunda problemática, referida a la determinación de un estándar probatorio único, aplicable a las demás infracciones del DL N° 211 distintas de la colusión, resulta de una mayor dificultad. Esto considerando las diferentes particularidades de cada tipo infraccional, y en concreto en lo que se refiere a la sanción aplicable. A juicio de GÁRATE, debiera distinguirse según la consecuencia jurídica que pudiera provocarse producto de la infracción. Primero, en caso de que la sanción fuere meramente patrimonial, “pareciera ser razonable que la regla más propicia a efectos de analizar dichas sanciones sea aquella que describe Probabilidad Prevaliente”⁸³. Por su parte, la implementación de sanciones que pudieran generar cambios en la estructura de los mercados – como la eliminación de actos o contratos o la supresión de una persona jurídica – requieren de un mayor grado de convicción por parte del tribunal, lo que justificaría la implementación de un estándar de prueba clara y concluyente. De esta forma, el académico concluye que el estándar probatorio “debe ser examinado atendiendo las particularidades del caso y considerando los efectos y la confirmación de las sanciones a las que se exponen los agentes económicos involucrados considerando integralmente cada una de sus dimensiones.”⁸⁴. Es decir, debiera ser analizado caso a caso, pero con la obligatoriedad de ser explicitado por el Tribunal – sea el TDLC o la Corte Suprema – en su respectiva sentencia “debiendo justificar su confirmación atendidas las razones sociales que estime a efectos de incrementar o rebajar su exigencia.”⁸⁵.

Compartimos lo postulado por GÁRATE en lo referido a que no resulta plausible aplicar un estándar probatorio exigente – como el de prueba clara y concluyente – a todo ilícito anticompetitivo, sino que únicamente a aquellos que poseen sanciones más altas y que son

⁸⁰ HAMILTON (2018), p. 104.

⁸¹ HAMILTON (2018), p. 105.

⁸² HAMILTON (2018), p. 74.

⁸³ GÁRATE (2022), p. 170.

⁸⁴ GÁRATE (2022), p. 166.

⁸⁵ GÁRATE (2022), p. 166.

objeto de un mayor de reproche social – como la colusión o las prácticas concertadas, sancionadas por la letra a) del artículo 3 inc. 2º del DL N° 211–. Empero, no nos parece adecuado dejar la facultad de determinar el estándar probatorio al arbitrio del Tribunal en cada caso, debido a los problemas de incertidumbre jurídica que genera.

De lo anterior concluimos que establecer legalmente estándares probatorios distintos para los diferentes ilícitos anticompetitivos podría ser una solución que compatibilice ambas necesidades, resguardando así los derechos fundamentales de la parte requerida, especialmente aquellos referidos con el debido proceso y la defensa jurídica. Además, al considerar las consecuencias jurídicas y económicas que puede ocasionar la colusión como ilícito anticompetitivo, dentro de los mercados y en la sociedad en general, es que resulta del todo lógico el establecimiento de un estándar probatorio más alto.

En resumen, la consagración legal del estándar probatorio considerando todos estos aspectos podría resolver las problemáticas expuestas.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la defensa jurídica, aunque no esté consagrado explícitamente en nuestra Constitución, sí se encuentra de manera implícita como una garantía del debido proceso y, por tanto, amparada por el N° 3 del artículo 19. De la misma forma, es reconocido por distintos tratados internacionales – como el Pacto de San José de Costa Rica – e incorporado a la legislación nacional a través del inciso 2º del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

De esta forma, y considerando el principio de supremacía constitucional, el respeto a esta garantía debe permear todo el ordenamiento jurídico nacional, lo que abarca los distintos procedimientos jurisdiccionales y administrativos incluyendo al de libre competencia, el cual contempla algunos de carácter contencioso y no contencioso. Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a la finalidad que cumple el primero de ellos, principalmente referida a la constatación de un ilícito anticompetitivo y la correlativa imposición de sanciones, es que nos enfocamos en el estudio del procedimiento contencioso. Esto por cuanto la necesidad de la defensa jurídica cumple un rol mayormente preponderante en aquel.

Del análisis de las normas que regulan dicho procedimiento, las que se encuentran principalmente en el Decreto Ley N° 211, observamos una serie de instituciones procesales que podrían afectar y transgredir el mencionado derecho fundamental de la defensa jurídica, especialmente en aquellos casos en que se trate de un agente requerido, esto es, aquel que es perseguido y acusado por la Fiscalía Nacional Económica.

Dentro de dichas instituciones procesales se encuentran, en primer lugar, el reconocimiento del impulso de oficio como uno de los principios esenciales del procedimiento contencioso, según reconoce el artículo 18 del DL N° 211. Particularmente, observamos cómo una aplicación amplia de dicho principio, especialmente en lo que refiere a la facultad del TDLC de decretar de oficio diligencias probatorias, podría afectar los derechos fundamentales del actor perseguido. Empero, reconocimos que solo lo sería en aquellos casos en que se vea completamente suprimida la iniciativa probatoria de las partes. Es decir, podría afectarse el derecho a la defensa jurídica cuando el tribunal se adjudica la carga probatoria de manera exclusiva, relegando la labor de las partes – ya sea la FNE o un demandante privado –, y tomando el lugar que les compete ejercer en la aportación de prueba.

En segundo lugar, identificamos la potestad del TDLC de decretar la reserva o confidencialidad de ciertos medios de prueba como una segunda institución procesal que podría poner en riesgo esta garantía fundamental. A esta facultad establecida en el artículo 22 del DL N° 211, se le debe añadir las implicancias del artículo 39 letra a) del mismo texto normativo, en que se reconoce a la FNE una potestad análoga, pero relacionada a la etapa investigativa, en que también se puede limitar el acceso a la información, especialmente en aquellos casos que se trate de información sensible del mercado, tales como estrategias comerciales o industriales. Así, en ambos casos observamos que una de las partes se encuentra en desconocimiento de ciertos antecedentes del caso, mientras que el Tribunal – y en ciertos casos, la propia FNE – sí se encuentra en conocimiento de aquellos.

Al analizar la legislación comparada, pudimos observar las soluciones que tanto el derecho europeo como el norteamericano han brindado para esta problemática en particular. Así, constatamos que en aquellos ordenamientos jurídicos se contemplan ciertas herramientas para el resguardo de los derechos fundamentales – incluyendo la defensa jurídica –, pero asegurando la confidencialidad de la información sensible. Dichas herramientas consisten, principalmente, en la conformación de círculos de confidencialidad o el nombramiento de auxiliares de confidencialidad, los que se encuentran facultados para decidir los conflictos que se susciten entre las partes en torno a dichos tópicos. Inspirado en esa experiencia comparada, MORDOJ propone la implementación de un sistema similar en Chile.

Por último, en lo que se refiere al estándar probatorio, fue posible evidenciar la ausencia de su reconocimiento en la legislación de libre competencia. Por tanto, fue la propia jurisprudencia del TDLC la encargada de adoptar un estándar de convicción, pero únicamente aplicable a los ilícitos colusorios. Dicho estándar, denominado de “prueba clara y concluyente”, corresponde a un intermedio entre el estándar civil – de balance de probabilidades – y el penal – más allá de toda duda razonable –. A juicio de diversos académicos como ROMERO, la aplicación de un estándar de prueba alto tiene estrecha relación con la naturaleza del procedimiento sancionatorio de libre competencia, el cual constituye una demostración del *ius puniendi* del Estado.

Sin perjuicio de que dicho estándar no se encuentra exento de críticas – inclusive dentro de la propia jurisprudencia del TDLC, como demuestra el voto disidente de los ministros Tapia y Arancibia en la sentencia del caso CMPC – vemos que existe un amplio consenso en la naturaleza del procedimiento contencioso como uno de carácter sancionatorio, que justifica el establecimiento del estándar de prueba clara y concluyente, especialmente en los casos de colusión.

Respecto a los demás ilícitos anticompetitivos, GÁRATE señala que aplicar el mismo estándar probatorio podría resultar excesivo, por lo que propone el reconocimiento de uno de menor exigencia, como aquel propio de la sede civil. Esto en relación con la naturaleza de las infracciones, las posibles sanciones a aplicar, y las consecuencias jurídicas y económicas que de ellas se susciten.

Así, concordamos con HAMILTON en que el reconocimiento legal del estándar de convicción – pudiendo ser diferenciado para cada ilícito del artículo 3 del DL N° 211 – podría favorecer en el respeto a la seguridad jurídica, resguardando los derechos fundamentales de la parte requerida, especialmente su derecho a la defensa.

En conclusión, ha sido la propia doctrina la que ha pretendido dar solución a las diferentes problemáticas expuestas a lo largo de esta investigación, basándose en la experiencia comparada de diversos países, que han desarrollado con mayor profundidad esta área del derecho y de los cuales podemos sacar importantes lecciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGÜERO VARGAS, Francisco (2017): “Remedios y Sanciones ante el incumplimiento de Medidas de mitigación en Operaciones de Concentración”, en FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *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) pp. 53-80.
- ARANCIBIA, Jorsúa (2023): *El Estándar Probatorio en el Juicio Ejecutivo desde la Perspectiva de la Teoría Racional de la Prueba*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado de la Universidad de Chile.
- CORREA SELAMÉ, Jorge (2020): *La Prueba en Juicio. Principios y Reglas que la rigen y facultades de Oficio del Juez en el anteproyecto de Código Procesal Civil*. Disponible en: <https://derecho.udla.cl/wp-content/uploads/sites/48/2020/10/6.-La-prueba-en-juicio.-Principios-y-reglas-que-la-rigen-y-facultades-de-oficio-del-juez-en-el-anteproyecto-de-Codigo-Procesal-Civil.-Jorge-Correa-Selame.pdf> Fecha de consulta: 31 de agosto de 2023.
- DONOSO, Francisco (2016): *La Sana Critica en Chile en los últimos quince años*. Tesina presentada para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2017): *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).
- GÁRATE MAUDIER, Óscar (2022): *Estándar probatorio en Libre Competencia*. (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- GARCÍA Gonzalo y CONTRERAS Pablo (2013): El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 13, N° 2, pp: 229-282 [HTTPS://WWW.SCIOLO.CL/SCIOLO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0718-52002013000200007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007) .
- GREBE, Benjamín (2022): *El acceso al expediente en investigaciones de libre competencia*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/09/Benjamin-Grebe-L-2022-Acceso-Expediente-en-Investigaciones-de-LC.pdf> Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2023.

GUZMÁN MONTAÑO, Pedro (2018): *La Carga de la Prueba en el Derecho Tributario Chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

HAMILTON, María (2018): *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre Competencia, y rol de la Corte Suprema*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

IRARRAZÁBAL, Felipe (2010): *El Sistema chileno de Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: [HTTPS://WWW.FNE.GOB.CL/WP-CONTENT/UPLOADS/2011/05/OTRO_0001_2010.PDF](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf) . Fecha de consulta: 19/09/2023.

JARA, Nadia y VIGNEAUX, Cristián (2017): *Estándar de Prueba en el Proceso Civil. Estudio sobre los tipos de estándar de Prueba y su necesidad en el Futuro Proceso Civil Chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

LETURIA, Francisco (2018): “La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española”. *Revista chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3, pp.647-673. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000300647&lng=es&nrm=iso.

LIZANA, Claudio (2022): *Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y Debido Proceso*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/02/Debido-proceso-y-FNE-Claudio-Lizana.pdf> Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2023.

MORDOJ, Benjamín (2022): *El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/06/Mordoj-2022-Auxiliar-de-Confidencialidad-Propuesta-de-Reforma-al-Decreto-Ley-211-de-1973.pdf> Fecha de consulta: 31 de agosto de 2023.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2017): “Libre Competencia y Debido Proceso”, en FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *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) pp. 239-283.

OECD (2019): *Access to the case file and protection of confidential information – Background Note*. 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) Fecha de consulta: 20/11/2023.

PÉREZ, Tomás y FUENTEALBA, Sergio (2023): *¿A qué atenerse en el proceso contencioso en materia de libre competencia? Principio dispositivo versus principio de oficialidad*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/01/Tomas-Perez-Lasserre-y-Sergio-Fuentealba-Cortes-Proceso-contencioso.pdf> Fecha de consulta: 19/09/2023.

PÉREZ, Álvaro y ORTIZ, Juan Carlos (2006): *Código Procesal Civil alemán (ZPO)* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung E.V). Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=31d1e375-1e62-a2f9-eade-a8df906d39bd&groupId=252038 Fecha de consulta: 26/11/2023.

ROMERO GUZMÁN, Juan José (2007), *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-351-411-Colusion-de-empresas-de-oxigeno-Cuanta-evidencia-es-suficiente-JJRomero.pdf> Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2023.

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015): *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

TURNER, María Y HERNÁNDEZ, Diego (2023): *El Hearing Officer de la Comisión Europea: Posibles aplicaciones prácticas para Chile*. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/06/Hearing-Officer-de-la-Comision-Europea-M.-Turner-y-D.-Hernandez-1.pdf> Fecha de consulta: 31/08/2023.

VALENZUELA, Cristóbal y RENCORET, Pablo (2018): *Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno. Un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

NORMATIVA CITADA

CHILE, Auto Acordado N° 16/2017 (20 de mayo de 2017): Sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos.

CHILE, Ley N° 19.696 (12 de octubre del 2000): Establece Código Procesal Penal.

CHILE, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Decreto Ley 211, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973 (07/03/2005).

COMISIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, 07/04/2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Diario Oficial UE, L 123, 27/04/2004.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de diciembre de 1966).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 07/09/2012, Rol N° 2578-2012, Recurso de reclamación.

Corte Suprema, 29/10/2015, Rol N° 27181-2014, Recurso de reclamación.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 08/05/2014, Rol C-136-2014, Requerimiento.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 02/08/2017, Rol C-322-2017, Requerimiento.