



# EL AUXILIAR DE CONFIDENCIALIDAD: UNA PROPUESTA DE REFORMA AL DECRETO LEY N°211 DE 1973

Benjamín Mordoj H

# El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973

Junio 2022



**Benjamín Mordojo H\***

Abogado y socio de FerradaNehme.

*Listen  
Do you want to know a secret?  
Do you promise not to tell?  
- The Beatles (1963)*

## I. EL PROBLEMA: CONFIDENCIALIDAD, CONSUMO EXCESIVO DE RECURSOS PÚBLICOS Y DEMORAS EN LA DICTACIÓN DE DECISIONES DE FONDO

En su última cuenta pública, el expresidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”) señaló que el Auto Acordado N°16/2017, sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos (“AA 16”), dictado para dar aplicación al artículo 22 del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”) <sup>1</sup>, permitiría una tramitación “*más expedita y eficaz*” a las correspondientes solicitudes de confidencialidad y reserva de documentos <sup>2</sup>.

Si bien, en términos comparativos con el régimen anterior <sup>3</sup>, el AA 16 puede haber agilizado el proceso de solicitudes de confidencialidad por los intervinientes de un procedimiento, la evidencia anecdótica –basta ver un conjunto de estados diarios cualesquiera que publica el Tribunal diariamente– sugiere que actualmente buena parte de la carga procedimental del TDLC se explica por la resolución de cuestiones de confidencialidad –más que de reserva– <sup>4</sup> de la información aportada, tanto en procedimientos contenciosos como no contenciosos.

---

\* Agradezco la invaluable colaboración de Sebastián Nuñez, así como los precisos comentarios de Nicole Nehme y Diego Hernández. Naturalmente, los errores y omisiones siguen siendo míos.

1 Señala esa disposición: “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 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”.

2 TDLC. Anuario 2022; p.19.

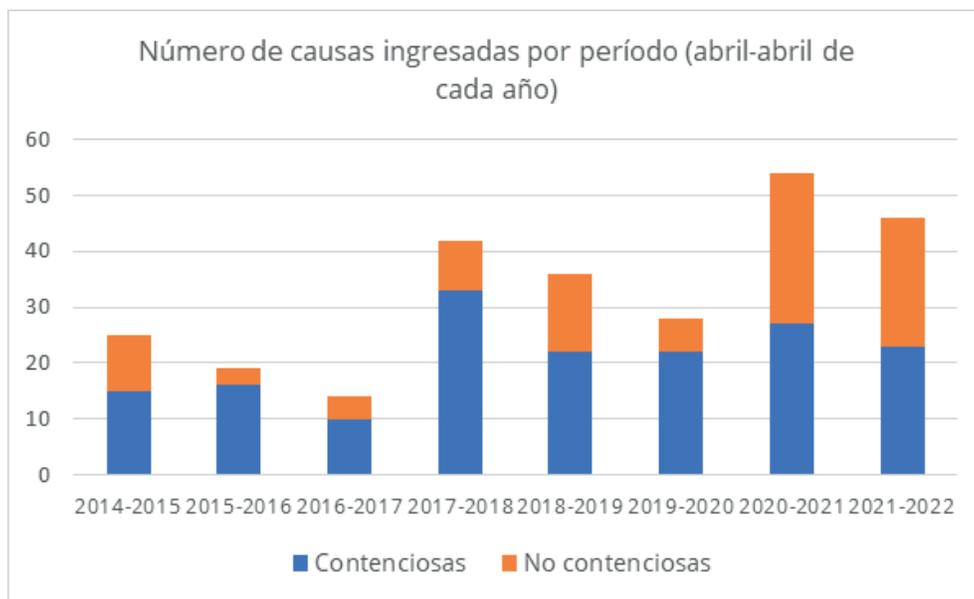
3 El antiguo régimen de resolución de cuestiones de confidencialidad y reserva se regía por el Auto Acordado N°11/2008 y el Auto Acordado N°15/2012.

4 Para la distinción entre confidencialidad y reserva, véanse los literales a) y b) del resuelto octavo del AA 16: “a) Cuando se decrete la reserva de un instrumento, éste sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por quienes en ese momento sean parte en el respectivo proceso y por la Fiscalía Nacional Económica. Excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá ordenar expresamente que terceros puedan acceder a él. Quienes se hicieren parte en el proceso después de decretada la reserva antedicha, sólo tendrán acceso a los documentos cuando el Tribunal así lo ordene, de oficio o a petición del interesado, previo traslado al aportante de la información y al titular de la misma en caso que sea distinto del aportante. b) Cuando se decrete la confidencialidad de un instrumento, éste sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por la parte que lo acompañó y por la Fiscalía Nacional Económica. De modo excepcional y cuando existan razones fundadas para ello, el Tribunal podrá dar acceso a dicho instrumento a otras partes del proceso, total o parcialmente. Esta resolución podrá ser pronunciada de oficio o a petición del interesado y previo traslado al aportante de la información y al titular de la misma en caso que sea distinto del aportante. Con todo, el Tribunal podrá imponer las obligaciones que en cada caso se

Las cifras sobre duración de los procedimientos ante el TDLC –que han sido incluso motivo de preocupación de un expresidente de la República<sup>5</sup> y han sido objeto de reflexión en dos sentencias de la Corte Suprema, una de ellas reciente<sup>6</sup>– pueden explicarse en parte por el tiempo que el Tribunal debe dedicar a estas cuestiones, que aun cuando son muy relevantes, lo alejan del conocimiento del fondo de los asuntos que le son planteados. En efecto, desde la dictación del AA 16, los plazos de dictación de decisiones de fondo se han ido alargando (actualmente 1130 días promedio para sentencias y 501 para resoluciones)<sup>7</sup>, lo que se espera que siga ocurriendo a medida que siga aumentando el número de casos que ingresan al Tribunal.

Los siguientes gráficos muestran el número de ingresos de causas por período anual del TDLC (abril a abril de cada año) y el presupuesto otorgado al TDLC considerando el quinquenio 2017-2022<sup>8</sup>.

Gráfico N°1



Fuente: elaboración propia en base a TDLC, Anuarios de años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.

determinen para proteger la confidencialidad de la información”.

- 5 Piñera, Sebastián. Día de la Competencia, 2018: “No como hoy día que tenemos un ‘taco’ -como también tenemos un ‘taco’ en el Tribunal de la Libre Competencia- que hay que levantar el ‘taco’ para poder agilizar los procesos, eso lo conversamos con el presidente del Tribunal y estoy seguro que él está más preocupado, más comprometido y más ocupado con esto que todos nosotros”. Disponible en: <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=86184>>. [Fecha última visita: 30 de mayo de 2022].
- 6 Véase, Diario Financiero. “Suprema presiona al TDLC para acelerar su gestión y pide que ‘se respeten los términos establecidos para las causas’, 25 de mayo de 2022. Disponible en: <<https://www.df.cl/suprema-presiona-al-tdlc-para-acelerar-su-gestion-e-insiste-que-se->>. [Fecha última visita: 30 de mayo de 2022]. A la fecha de redacción de este artículo, la sentencia de la Corte Suprema, recaída en una queja disciplinaria, no se encontraba disponible. Este artículo no se pronuncia sobre el mérito de esa queja, aunque provee luces sobre la justificada mayor demora del TDLC en dictar sus decisiones de fondo.  
Previamente, véase voto de prevención, sentencia Rol N°58.909-2016, de 8 de enero de 2018: “Se previene que los Ministros Sr. Muñoz y Sr. Aránguiz fueron de parecer de llamar la atención a los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia atendido el excesivo tiempo empleado en la tramitación de estos autos y la consiguiente demora que ello ha provocado”.
- 7 La fuente es el Anuario del TDLC correspondiente al año 2022 (período abril 2021-abril 2022). Nótese que los procesos contenciosos experimentaron un aumento en sus plazos de tramitación producto de la suspensión de los términos probatorios por la Ley N°21.226.
- 8 Este segundo dato es importante, dado que con ocasión de la Ley N°21.226 se suspendieron los términos probatorios de los procedimientos contenciosos, lo que hace a los no contenciosos –consultas y solicitudes de informe– un mejor *proxy* en esta materia.

Gráfico N°2



Fuente: Elaboración propia, en base a leyes de presupuesto del sector público.

Estas cifras dan cuenta de que el Tribunal se encuentra enfrentando la tramitación de un creciente número de casos, con un presupuesto que no ha aumentado proporcionalmente –basta comparar el presupuesto del año 2019 con el del 2022 en relación con el número de causas ingresadas–, a la vez que debe seguir dictando sus decisiones sobre aquellas causas más antiguas.

Luego, aunque no es posible atribuir una causalidad exclusiva del retraso en la tramitación de los procedimientos a las discusiones sobre confidencialidad, el resolver esta materia podría contribuir decididamente a mejorar el objetivo deseado transversalmente de tener una mayor celeridad de aquellos (y garantizar la mantención del mérito técnico de las decisiones). La opción que tradicionalmente ha sido recomendada, y que el propio expresidente del TDLC sugirió en su última cuenta pública, es la de crear una segunda sala<sup>9</sup> –incluso una dedicada exclusivamente a estas cuestiones de confidencialidad<sup>10</sup>–. Sin embargo, esto por definición demanda mayores recursos públicos, algo que no es evidente que esté dentro de las prioridades fiscales actuales.

Este artículo propone entonces una reforma sustancial al proceso de tramitación de las cuestiones de confidencialidad ante el TDLC en los procedimientos contenciosos y no contenciosos, para todo lo relacionado con documentos distintos a los contenidos en expedientes de investigación de la Fiscalía acional Económica<sup>11</sup> y aquellos sometidos al privilegio del secreto profesional<sup>12</sup>.

9 TDLC. Anuario 2022; p.28.

10 Diario Financiero. Presidente del TDLC reconoce demora en tramitación de causas y adelanta ajustes al sistema. 17 de junio de 2021: "(...) 'Para solucionar se puede pensar al largo plazo, con reformas al Tribunal, o como pensamos también en incorporar este par de salas, donde una sea tramitadora y otra se dedique a la confidencialidad. Justamente éste último tema quita una cantidad de tiempo impresionante', agregó". Disponible en: <<https://www.df.cl/empresas/industria/presidente-del-tdlc-reconoce-demora-en-tramitacion-de-causas-y-adelanta>> [Fecha última visita: 30 de mayo de 2022].

11 La razón es que estas materias poseen una regulación particular en el DL 211. Consistentemente, en el derecho comparado son tratados de manera separada a la litigación propiamente privada de libre competencia. Véase, a modo de ejemplo, el artículo 6 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Como sea, las cuestiones relativas a la confidencialidad en el acceso al expediente de investigación son una materia relevante que justifica un estudio separado, pues existen también problemas en ese ámbito (por de pronto, en cuanto a los criterios de tarjado utilizados por la Fiscalía Nacional Económica y la oportunidad de acceso a dichos antecedentes cuando las causas ya han ingresado al TDLC).

12 Por su naturaleza, las discusiones sobre secreto profesional debieran seguir radicadas en el TDLC. En todo caso, ellas no son especial-

En esencia, se trata de dotar al régimen de libre competencia de un nuevo diseño institucional que cumpla con las siguientes condiciones: **(i)** ser procedimental y sustantivamente mejor que el sistema actual; y, **(ii)** ser viable en un proceso de reforma legal, al no irrogar mayores gastos presupuestarios.

Esto permitirá al TDLC dedicar los recursos a su función principal, que es la de resolver los casos sometidos a su conocimiento, garantizando que sus decisiones mantengan la calidad técnica por la cual dicho organismo ha sido reconocido<sup>13</sup>.

## II. NO TIENE POR QUÉ SER ASÍ: UNA BREVE MIRADA AL DERECHO COMPARADO

Es indudable que existe un conflicto entre el derecho al acceso oportuno e íntegro a la evidencia probatoria de un litigante (entendido éste en sentido amplio) y el derecho al resguardo de la información confidencial de los agentes económicos. Una regulación eficiente debe ser capaz de equilibrar ambos derechos adecuadamente –es decir, resolver el problema sustantivo–, pero al mismo tiempo hacerlo al mínimo costo público posible –esto es, solucionar el problema procedimental–<sup>14</sup>.

El derecho comparado ofrece algunas pistas sobre esta materia.

### II. 1. Unión Europea

El año 2014, se dictó la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (“Directiva de Daños”). En esencia, la Directiva de Daños vino a tratar de resolver la entonces existente heterogeneidad en los regímenes de compensación de daños por conductas anticompetitivas entre los Estados miembros de la Unión<sup>15</sup>.

En lo relevante aquí, el considerando décimo octavo de la Directiva de Daños fija los principios generales en materia de acceso a información confidencial por las partes –tanto demandante como demandado– de un procedimiento de daños, dejando a los párrafos 3 letra c) y 4 del artículo 5 su concreción.

---

mente comunes.

13 En efecto, muchas veces se olvida que la presión por una mayor celeridad puede ser a costa de reducirse la calidad de las decisiones del Tribunal. Dada la manera en que opera nuestro régimen de libre competencia, basado fundamentalmente en precedentes jurisdiccionales que fijan los estándares de comportamiento de los agentes económicos, ello puede tener costos sistémicos más altos que, por ejemplo, en materias civiles.

14 Posner, Richard. El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; pp.850 y 879.

15 Directiva de Daños, considerando 7.

Señala el referido considerando décimo octavo:

“Aunque 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 [censurar] los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir 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”.

Finalmente, la Directiva de Daños se refiere al régimen de sanciones por incumplimiento de las medidas de confidencialidad decretadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. Concretamente, en el párrafo 1 letra c) del artículo 8 de la Directiva de Daños, se establece que los Estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan imponer efectivamente sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales en caso de incumplimiento o negativa a cumplir las obligaciones destinadas a proteger información confidencial.

Un punto interesante es que el año 2020 la Comisión Europea dictó 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 (“Comunicación CE”), que buscó complementar la Directiva de Daños<sup>16</sup>.

La Comunicación CE es relevante tanto a nivel de principios como de regulación. En cuanto a lo primero, se reconoce que el acceso a las pruebas es importante para ejercer adecuadamente los derechos que otorga la normativa comunitaria de libre competencia<sup>17</sup>, debiendo los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar la eficacia de las demandas o las defensas a través de ese acceso, pero exigiéndose al mismo tiempo proteger los intereses de la parte o el tercero cuya información confidencial está sujeta a exhibición<sup>18</sup>.

Posteriormente, 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*<sup>19</sup> y encargar a expertos la elaboración de resúmenes con información agregada–<sup>20</sup>.

---

16 Para un resumen de la Comunicación CE, véase Strouvali, Konstantina y Pantopoulou, Efstathia. Balancing Disclosure and the Protection of Confidential Information in Private Enforcement Proceedings: The Commission’s Communication to National Courts. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, N°5; pp.393-398.

17 Comunicación CE, párrafo 3.

18 Comunicación CE, párrafo 4.

19 Comunicación CE, párrafo 50: “Un círculo de confidencialidad es una medida de exhibición en virtud de la cual la parte exhibidora pone a disposición únicamente de determinadas categorías de personas determinadas categorías de información, incluso confidencial”.

20 Comunicación CE, párrafo 30.

Respecto de la censura, la Comunicación CE señala que ésta puede ser una medida eficaz de protección de la información confidencial cuando el volumen de información confidencial sujeta a exhibición es reducido. Si debe censurarse un número muy elevado de documentos, se agrega, pueden considerarse más apropiadas otras medidas de protección de la información confidencial (v.gr. un círculo de confidencialidad), dependiendo de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el tiempo, el costo y los recursos necesarios para preparar versiones no confidenciales<sup>21</sup>.

En lo que se refiere a los llamados círculos de confidencialidad –en definitiva, el perímetro de personas autorizadas para acceder a la información confidencial de la contraparte o del tercero–, la Comunicación CE los considera un mecanismo eficaz para proteger la confidencialidad de la información, especialmente aquella cuantitativa (v.gr. ingresos, precios, márgenes), la información comercial muy estratégica que es difícil de resumir, o respecto de la cual se corre el riesgo de ser censurada en exceso y por tanto perder su valor probatorio<sup>22</sup>.

Para la Comunicación CE, los asesores externos (v.gr. asesores legales y economistas), son por definición quienes al menos debieran integrar el círculo de confidencialidad, pudiendo restringirse el acceso a la información únicamente a éstos<sup>23</sup>. Los miembros del círculo de confidencialidad normalmente suscriben compromisos por escrito que fijan sus obligaciones y en particular el tratamiento de la información (v.gr. deber de no exhibir la información ante personas no autorizadas, obligación de usar la información sólo para el procedimiento específico de libre competencia en el que se exhibió, deber de no copiar, imprimir, descargar o reproducir de otra manera, ni transmitir o comunicar, los documentos a los cuales se ha accedido).

Finalmente, de entre las medidas más relevantes en materia de confidencialidad de la información, la Comunicación CE considera el nombramiento de expertos. Señala la Comunicación CE:

“En algunas jurisdicciones, 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. La función de este experto nombrado por el órgano jurisdiccional puede ser distinta de la de los expertos nombrados por las partes, utilizados frecuentemente en algunas jurisdicciones para apoyar la reclamación o defensa de la parte.

Si las normas procesales nacionales lo permiten, la tarea del experto puede consistir, por ejemplo, en elaborar un resumen no confidencial elocuente de la información, que se pondrá a disposición de la parte que solicita la exhibición. Alternativamente, y en función de las normas procesales nacionales aplicables, puede pedirse al experto que elabore un informe confidencial que puede ponerse a disposición únicamente del asesor jurídico externo u otros asesores externos de la parte que solicita la exhibición, y también puede ponerse a disposición de la propia parte solicitante una versión no confidencial del informe”<sup>24</sup>.

21 Comunicación CE, párrafo 42.

22 Comunicación CE, párrafo 52.

23 Comunicación CE, párrafos 62 y 63. La Comunicación CE acepta que se establezcan distintos círculos de confidencialidad con niveles de autorización diferenciados. Véanse párrafos 70 y siguientes.

24 Comunicación CE, párrafos 86 y 87.

Para la Comunicación CE, esta herramienta es particularmente eficaz cuando la información que ha de exhibirse es comercialmente muy sensible y de naturaleza cuantitativa o técnica (v.gr. información comercial o contable, datos de clientes, procesos de fabricación)<sup>25</sup>. Asimismo, si se trata de información de terceros, y su volumen es extenso, puede ser más útil que sea este tercero quien acceda a la información y determine si ella es o no confidencial, antes que entrar en discusiones sobre los alcances de la censura o que organizar un círculo de confidencialidad<sup>26</sup>.

## II. 2. Estados Unidos

En ese país, la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil se refieren en su sección (c) a las llamadas órdenes de protección (*protective orders*) en los siguientes términos:

“(1) En general. Una parte o cualquier persona a la que se le solicite la exhibición de pruebas puede solicitar una orden de protección en el tribunal en el que esté pendiente la acción –o como alternativa en asuntos relacionados con una declaración, en el tribunal del distrito en el que se tomará la declaración–. La moción debe incluir una certificación de que el solicitante ha deliberado o intentado deliberar de buena fe con otras partes afectadas en un esfuerzo por resolver la disputa sin la intervención judicial. El tribunal puede, por causa justificada, emitir una orden para proteger a una parte o persona de molestias, bochorno, opresión, o carga o gasto indebido, incluyendo una o más de las siguientes:

(A) prohibir la divulgación o la exhibición;

(B) especificar los términos, incluyendo el tiempo y el lugar o la asignación de gastos, para la revelación o la exhibición;

(C) prescribir un método de exhibición distinto al seleccionado por la parte que solicita la exhibición;

(D) prohibir la investigación de ciertos asuntos, o limitar el alcance de la revelación o exhibición a ciertos asuntos;

(E) designar a las personas que pueden estar presentes mientras se lleva a cabo la exhibición;

(F) requerir que una declaración sea sellada y abierta sólo por orden judicial;

(G) exigir que no se revele un secreto comercial u otra información confidencial de investigación, desarrollo o comercial, o que sólo se revele de una manera determinada; y

(H) exigir que las partes presenten simultáneamente determinados documentos o información en sobres sellados, que se abrirán cuando el tribunal lo ordene (...)”<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Comunicación CE, párrafo 88.

<sup>26</sup> Comunicación CE, párrafo 90.

<sup>27</sup> Traducción libre del original:

“(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending—or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance,

En términos generales, los documentos se presumen públicos, salvo que el titular de la información muestre una *buena causa* para invocar su confidencialidad<sup>28,29</sup>.

En la práctica, en los procesos de libre competencia las órdenes de protección son negociadas entre las partes desde el comienzo del proceso y son posteriormente revisadas por el tribunal<sup>30</sup>.

Al igual que la regulación de la Unión Europea, en Estados Unidos se han aceptado los círculos de confidencialidad, por la vía de fijar distintos niveles de derechos de acceso a la información<sup>31</sup>. En tal caso, se permite el acceso por quienes no están involucrados en la toma de decisiones competitivas de la empresa<sup>32</sup>,

---

embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

- (A) forbidding the disclosure or discovery;
- (B) specifying terms, including time and place or the allocation of expenses, for the disclosure or discovery;
- (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery;
- (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters;
- (E) designating the persons who may be present while the discovery is conducted;
- (F) requiring that a deposition be sealed and opened only on court order;
- (G) requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way; and
- (H) requiring that the parties simultaneously file specified documents or information in sealed envelopes, to be opened as the court directs (...).

28 Committee on Rules of Practice and Procedure, Caselaw Study of Discovery Protective Orders. Julio, 2010; p.8.

29 Un tema relacionado –pero no estrictamente pertinente a este artículo– tiene que ver con los criterios de censura de la información contenida en escritos judiciales de casos de libre competencia, también basada en estándares de buena causa. Los interesados pueden consultar las pp.9-12 de una reciente sentencia, de 24 de mayo de 2022, de la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito. *OJ Commerce, LLC, et al. v. KidKraft, Inc., et al.*, No. 21-11521 (11th Cir. 2022).

30 American Bar Association. Comments of the American Bar Association Antitrust Law Section on European Commission's Draft Communication on the Protection of Confidential Information for the Private Enforcement of EU Competition Law by National Courts. 18 de octubre de 2019; p.1. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/aba\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/aba_en.pdf)> [Fecha última visita: 30 de mayo de 2022].

31 Protective Order, *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (Nos. 98-1232, 98-1233). Citado en *Ibid.*; p.1.

32 *F.T.C. v. Sysco, Inc.*, 83 F.Supp.3d 3 (D.D.C. 2015): "As to Mr. Libby, there is a dispute. It must be said at the outset that the contest about Mr. Libby is not about his integrity or his ethics. Mr. Libby is an accomplished lawyer and a member in good standing of the Georgia bar. The court harbors no doubts about Mr. Libby's integrity, ethics or willingness to comply with the Protective Order. But those considerations alone do not control the inquiry here. The question under *Whole Foods* is whether a designated in-house lawyer is "positioned to advise the client as to business decisions that the client would make regarding [competitive decision-making]." 2007 WL 2059741, at \*2 (citation omitted) (internal quotation marks omitted). "Competitive decision-making" includes "business decisions that the client would make regarding, for example, pricing, marketing, or design issues when that party granted access has seen how a competitor has made those decisions." *Id.* (citation omitted) (internal quotation marks omitted); see also *U.S. Steel Corp. v. United States*, 730 F.2d 1465, 1468 n. 3 (Fed.Cir.1984) (stating "competitive decision[-]making" is "shorthand for a counsel's activities, association, and relationship with a client that are such as to involve counsel's advice and participation in any or all of the client's decisions (pricing, product design, etc.) made in light of similar or corresponding information about a competitor"). The primary concern underlying the "competitive decision-making" test is not that lawyers involved in such activities will intentionally misuse confidential information; rather, it is the risk that such information will be used or disclosed inadvertently because of the lawyer's role in the client's business decisions. See *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465, 1470 (9th Cir.1992); *Carpenter Tech. Corp. v. Armco, Inc.*, 132 F.R.D. 24, 27 (E.D.Pa.1990)". Traducción libre: "En cuanto al Sr. Libby, hay una disputa. Hay que decir desde el principio que la disputa sobre el Sr. Libby no es sobre su integridad o su ética. El Sr. Libby es un abogado consumado y miembro de pleno derecho del colegio de abogados de Georgia. El tribunal no alberga dudas sobre la integridad, la ética o la voluntad del Sr. Libby de cumplir la Orden de Protección. Pero esas consideraciones por sí solas no controlan la investigación aquí. La cuestión en el marco de *Whole Foods* es si un abogado interno designado está "en condiciones de asesorar al cliente en cuanto a las decisiones empresariales que éste tomaría en relación con [la toma de decisiones competitivas]". 2007 WL 2059741, en \*2 (cita omitida) (se omiten las comillas internas). "La toma de decisiones competitivas" incluye "las decisiones empresariales que el cliente tomaría en relación, por ejemplo, con los precios, el marketing o las cuestiones de diseño cuando la parte a la que se ha concedido acceso ha visto cómo un competidor ha tomado esas decisiones". *Id.* (cita omitida) (comillas internas omitidas); ver también *U.S. Steel Corp. v. United States*, 730 F.2d 1465, 1468 n. 3 (Fed.Cir.1984) (declarando que la "toma de decisiones competitivas" es "un resumen para decir que las actividades, asociación y relación de un abogado con un cliente son tales que implican el asesoramiento y la participación del abogado en cualquiera o todas las decisiones del cliente (precios, diseño de productos, etc.) tomadas a la luz de información similar o correspondiente sobre un competidor"). La principal preocupación que subyace a la prueba de la "toma de decisiones competitivas" no es que los abogados que participan en dichas actividades hagan un mal uso intencionado de la información confidencial; más bien, es el riesgo de que dicha información sea utilizada o revelada inadvertidamente debido al papel del abogado en las decisiones comerciales del cliente. Véase *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465, 1470 (9th Cir.1992); *Carpenter Tech. Corp. v. Armco, Inc.*, 132 F.R.D. 24, 27 (E.D.Pa.1990)".

y en determinados casos se permite el acceso por empleados con conocimientos específicos, en la medida en que la necesidad de analizar la información por tales empleados supere los riesgos de una divulgación inapropiada. Se consideran también sanciones por infracciones a estos deberes de confidencialidad asumidos por quienes tienen derecho a acceder a la información confidencial<sup>33</sup>.

Como sea, los tribunales de Estados Unidos en general han enfatizado la necesidad de tener una aproximación flexible a las materias relacionadas con la protección de la confidencialidad de los documentos<sup>34</sup>.

### III. UNA PROPUESTA DE REFORMA

La tramitación expedita de los procedimientos ante el TDLC beneficia a toda la comunidad y no sólo a las partes que intervienen en éstos. Después de todo, el Tribunal tiene a su cargo una dimensión vital para el funcionamiento de la economía, como es la determinación de infracciones anticompetitivas –y la eventual indemnización para sus afectados–, la resolución de consultas con alcances cada vez más amplios, la fijación de criterios generales a seguir en determinados mercados vía instrucciones de carácter general, la formulación de recomendaciones normativas y la emisión de informes encargados por el legislador en sectores económicos de especial relevancia.

Existiendo entonces externalidades positivas asociadas a los menores plazos de resolución de las causas, se requiere una solución cooperativa de todos los involucrados para resolver un problema común con los mínimos recursos posibles<sup>35</sup>.

Una revisión del AA 16 da cuenta de que, en lo que a confidencialidad se refiere, el diseño institucional chileno descansa exclusivamente en la censura de la información –desconfiándose de otras herramientas

33 *United States v. AB Electrolux*, 139 F. Supp. 3d 390, 393 (D.D.C. 2015). Citado en American Bar Association, Op. Cit: p.1.

34 *Pansy v. Borough of Stroudsburg*, 23 F.3d 772, 786 (3d Cir. 1994): “In the context of discovery, it is well-established that a party wishing to obtain an order of protection over discovery material must demonstrate that “good cause” exists for the order of protection. Fed.R.Civ.P. 26(c); *Smith v. Bic Corp.*, 869 F.2d 194, 199 (3d Cir. 1989). In this case, the Order of Confidentiality was not entered over discovery materials, but rather over a settlement agreement. Protective orders over discovery materials and orders of confidentiality over matters relating to other stages of litigation have comparable features and raise similar public policy concerns. All such orders are intended to offer litigants a measure of privacy, while balancing against this privacy interest the public’s right to obtain information concerning judicial proceedings. Also, protective orders over discovery and confidentiality orders over matters concerning other stages of litigation are often used by courts as a means to aid the progression of litigation and facilitate settlements. Protective orders and orders of confidentiality are functionally similar, and require similar balancing between public and private concerns. We therefore exercise our inherent supervisory power to conclude that whether an order of confidentiality is granted at the discovery stage or any other stage of litigation, including settlement, good cause must be demonstrated to justify the order. Cf. *City of Hartford v. Chase*, 942 F.2d 130, 136 (2d Cir. 1991) (“We do not . . . give parties *carte blanche* either to seal documents related to a settlement agreement or to withhold documents they deem so ‘related.’ Rather, the trial court — not the parties themselves — should scrutinize every such agreement involving the sealing of court papers and [determine] what, if any, of them are to be sealed, and it is only after very careful, particularized review by the court that a Confidentiality Order may be executed.”). Traducción libre: “En el contexto de la exhibición de documentos, está bien establecido que una parte que desee obtener una orden de protección sobre el material objeto de la exhibición debe demostrar que existe una “buena causa” para la orden de protección. Fed.R.Civ.P. 26(c); *Smith v. Bic Corp.*, 869 F.2d 194, 199 (3d Cir. 1989). En este caso, la orden de confidencialidad no se dictó sobre documentos a exhibir, sino sobre un acuerdo de conciliación. Las órdenes de protección sobre documentos a exhibir y las órdenes de confidencialidad sobre asuntos relacionados con otras etapas del litigio tienen características comparables y plantean preocupaciones similares de política pública. Todas estas órdenes pretenden ofrecer a los litigantes una medida de privacidad, al tiempo que equilibran con este interés de privacidad el derecho del público a obtener información sobre los procedimientos judiciales. Además, las órdenes de protección sobre la presentación de pruebas y las órdenes de confidencialidad sobre asuntos relativos a otras fases del litigio son utilizadas a menudo por los tribunales como medio para ayudar a la progresión del litigio y facilitar los acuerdos. Las órdenes de protección y las órdenes de confidencialidad son funcionalmente similares, y requieren un equilibrio similar entre los intereses públicos y privados. Por lo tanto, ejercemos nuestro poder de supervisión inherente para concluir que si una orden de confidencialidad se concede en la etapa de descubrimiento o en cualquier otra etapa del litigio, incluyendo el acuerdo, se debe demostrar una buena causa para justificar la orden. Cf. *City of Hartford v. Chase*, 942 F.2d 130, 136 (2d Cir. 1991) (“No damos *carta blanca* a las partes para que sellen los documentos relacionados con un acuerdo de conciliación o para que retengan los documentos que consideren “relacionados”. Más bien, el tribunal de primera instancia -y no las partes mismas- debe examinar cada uno de los acuerdos que impliquen el sellado de documentos judiciales y [determinar] cuáles, si es que hay alguno, deben ser sellados, y es sólo después de una revisión muy cuidadosa y particularizada por parte del tribunal que se puede ejecutar una Orden de Confidencialidad”).”.

35 Ostrom, Elinor. Collective Action and the Evolution of Social Norms. *Journal of Economic Perspectives*, 2000. Vol. 14, N°3; pp.137-158.

de usual utilización en el derecho comparado, como los círculos de confidencialidad– y en un tribunal, el mismo a cargo de resolver las materias de fondo, que revisa en detalle –línea por línea– esa censura. Si se le contrasta con la experiencia comparada, puede constatarse que a nivel nacional se utiliza tal vez la forma más rudimentaria y onerosa posible para resolver las cuestiones de confidencialidad que se suscitan en los procedimientos de libre competencia.

El creciente ingreso de nuevas –y en ocasiones más complejas– causas al Tribunal, con números muchas veces amplios de intervinientes, y la previsible mayor presión por hacer más expeditos los plazos de decisión de los procesos, arriesga con disminuir la calidad de la jurisprudencia del Tribunal, algo por lo cual éste se ha prestigiado históricamente y que es el pilar fundamental para la adecuada interpretación de normas de textura abierta como las contenidas en el DL 211. Urge entonces reducir la carga procesal-administrativa del TDLC para liberar los recursos públicos y permitirle dedicar mayores recursos al trabajo sustantivo.

Para lo anterior, se propone tomar lo mejor de la experiencia comparada. Al mismo tiempo, esta propuesta busca cumplir con el principio de reducir la carga de trabajo del Tribunal en la resolución de cuestiones vinculadas a la confidencialidad o reserva de documentos.

En concreto, se propone 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. Las características funcionales y su diseño orgánico se describen a continuación.

*Primero*, será este auxiliar quien interactuará con las partes y terceros del procedimiento en todas las materias vinculadas con la protección y entrega de información confidencial –incluyendo su calificación como tal<sup>36</sup>–, así como en el cumplimiento de los criterios de censura de documentos. Así por ejemplo, podrá participar en las negociaciones entre las partes para determinar qué información debe ser censurada.

*Segundo*, este auxiliar de confidencialidad podrá determinar la creación de círculos de confidencialidad en los que participen sólo determinadas personas (v.gr. asesores legales y expertos económicos de las partes). Estos asesores y expertos deberán interactuar con el auxiliar de confidencialidad en todos los aspectos relacionados con la entrega de datos y el resguardo de éstos.

*Tercero*, adicionalmente, este auxiliar de confidencialidad tendrá a su cargo, cuando determine que aquella es la mejor forma de proteger la confidencialidad de la información, procesar la información confidencial entregada por un interviniente o tercero y producir una versión con datos suficientemente agregados, pero al mismo tiempo probatoriamente útiles, para que los asesores externos y expertos de los otros intervinientes, si los hubiera, puedan desarrollar su labor.

*Cuarto*, quienes vulneren las reglas de confidencialidad, incluyendo el auxiliar, podrían estar sujetos a la sanción del artículo 247 del Código Penal<sup>37</sup> –al cual hoy ya se remite el artículo 42 del DL 211– sin perjuicio de las indemnizaciones civiles que correspondan<sup>38</sup> (y las eventuales implicancias de libre competencia por el

---

36 En ese sentido, el estándar del artículo 22 del DL 211 sería la guía general para el auxiliar, sin perjuicio de la negociación para el caso concreto entre las partes.

37 Señala la disposición: “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”.

38 Cfr. Comunicación CE, párrafo 52.

acceso a información comercialmente sensible de un competidor).

*Quinto*, de manera similar a los peritos judiciales –cuyo listado está a cargo de las Cortes de Apelaciones<sup>39</sup>–, el Tribunal tendría un registro de auxiliares de confidencialidad habilitados –por ejemplo sólo compuesto por personas jurídicas que integren abogadas/os y economistas simultáneamente–, quienes podrían ser inscritos previo cumplimiento de determinados requisitos de calificación y seriedad<sup>40</sup>. 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.

*Sexto*, este auxiliar de confidencialidad sería remunerado por el demandante de un procedimiento contencioso –sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las costas procesales– y por el consultante o solicitante en un procedimiento no contencioso. Dichos honorarios serían fijados por el TDLC. Ahora bien, con el objeto de no encarecer el acceso a la jurisdicción de libre competencia a agentes económicos que pueden no estar en condiciones de solventar una carga procesal de esta entidad, se propone que el sistema de auxiliar de confidencialidad sea voluntario para el demandante, solicitante o consultante. Esto permitirá la autoselección de quienes busquen un procedimiento más expedito o que requieran acceder a un mayor volumen de información de otros agentes económicos. Sin perjuicio de lo anterior, la elección de este mecanismo por algunas partes generará una externalidad positiva para todo el sistema en su conjunto, pues reducirá, para ese procedimiento en específico, la carga del TDLC.

Como puede verse, se trata de un sistema similar al de expertos de la Unión Europea, con la posibilidad de introducir elementos de negociación entre las partes sobre la confidencialidad de los documentos y su acceso, como en Estados Unidos, aunque mediadas por un tercero. Se trata, sin embargo, 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.

Al tratarse de una reforma sustancial al procedimiento de libre competencia, que entre otras cosas implica la creación de un auxiliar de la administración de justicia con el carácter de ministro de fe y capacidad de decisión de cuestiones procedimentales, necesariamente se requeriría de una reforma legal al DL 211, por ejemplo por la vía de crear un nuevo Título III del DL 211 (pasando los sucesivos a ser Títulos IV y siguientes). La siguiente tabla resume los principales aspectos que dicha reforma debiera considerar:

---

39 Véase, Acta 208-2013, que Fija el Texto Refundido del Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil.

40 Cfr. Comunicación CE, párrafos 76 y 93.

Tabla  
*Principales aspectos orgánicos y funcionales de un auxiliar de confidencialidad en procedimientos de libre competencia*

Naturaleza jurídica	Auxiliar de la administración de justicia y ministro de fe
Forma de organización	Persona jurídica compuesta por abogadas/os y economistas
Gestión del registro, habilitación y supervisión disciplinaria	A cargo del TDLC
Voluntariedad en uso	Voluntaria para el demandante, consultante o solicitante; forzosa para el demandado o interviniente
Remuneración	Por demandante, consultante o solicitante, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas en el caso de procedimientos contenciosos. Los honorarios serían fijados por el Tribunal
Calificación de documentos como confidenciales	A cargo del auxiliar, bajo estándar del artículo 22 del DL 211 y sin perjuicio de negociación entre las partes
Tipos de medidas de protección	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Círculos de confidencialidad</li> <li>2. Preparación de documentos ad hoc por el propio auxiliar</li> <li>3. Censura de documentos (en caso de que las otras medidas no sean eficaces)</li> </ol>
Régimen de sanciones para auxiliar y partes	Remisión a artículo 247 del Código Penal

## IV. CONCLUSIONES

Durante varias décadas, y con particular intensidad en los años 80' y 90', Chile aplicó un modelo de soluciones privadas a problemas públicos. Si bien este paradigma está hoy en crisis –e independientemente de la posición que se tenga a su respecto– existe buena evidencia para sostener que frente a restricciones presupuestarias y ante otras necesidades preeminentes, una posible manera de resolver un problema público que requiera de recursos es pensar en una solución creativa que incentive la disponibilidad de esos recursos desde el sector privado.

La propuesta de este artículo cumple con minimizar el gasto público asociado a la tramitación de procedimientos ante el TDLC, permitiendo al Tribunal destinarlos a su función primaria: resolver las cuestiones de fondo sometidas a su conocimiento, y hacerlo con la mayor celeridad y calidad técnica deseable.

Desde un punto de vista procedimental, esta propuesta reduce asimismo costos de transacción para todos los intervinientes, pues tiende a desformalizar el proceso de discusión de los aspectos asociados a la entrega y acceso a documentos confidenciales, equiparándolo a lo que ocurre en jurisdicciones de referencia. Del mismo modo, deja a la censura como medida de ultima ratio, al hacer disponibles otros mecanismos de protección de la información confidencial de usual utilización en el derecho comparado.

Más importante que lo anterior, esta propuesta es viable políticamente, pues se trata de una reforma legislativa que no supone un mayor gasto fiscal, en un contexto de particular estrechez presupuestaria del país.

Perseverar en el camino de solicitar más recursos para resolver las demoras que el Tribunal está experimentando en la resolución de los casos es, sencillamente y como dice el *cliché*, seguir haciendo lo mismo y esperar resultados diferentes.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:  
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

**Cómo citar este artículo:**

Benjamín Mordoj H, "El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973", *Investigaciones CeCo* (junio, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a [info@centrocompetencia.com](mailto:info@centrocompetencia.com)  
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile