



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

ENERO, 2023

INTERLOCKING EN CHILE: ANÁLISIS REGLA PER SE

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

ANTITRUST POSITION PAPERS - N°10

INTERLOCKING EN CHILE: ANÁLISIS REGLA PER SE

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. ASPECTOS GENERALES	3
III. ANÁLISIS	11
IV. COMENTARIO FINAL	20
V. REFERENCIAS	22

INTERLOCKING EN CHILE: ANÁLISIS REGLA PER SE

1. INTRODUCCIÓN

El año 2016 mediante la Ley N°20.945 se reformó la normativa de libre competencia contenida en el Decreto Ley N°211 (“DL 211”). Entre los cambios más relevantes que fueron introducidos se encuentran la incorporación de la sanción penal para la colusión, el establecimiento de un procedimiento de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, la facultad expresa de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) para realizar estudios de mercado y, entre otros, la regulación expresa del ilícito de *interlocking*. El presente trabajo se centrará en el análisis de esta última modificación.

Cabe destacar, de forma previa al análisis del actual artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211, que su incorporación no significa que este ilícito no haya podido ser sancionable con anterioridad o que esté no significaba una preocupación para las autoridades de competencia chilenas. En efecto, ya en el año 2013 la FNE publicó el documento denominado “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”. En dicho documento, se concluye de forma expresa que *la normativa chilena de libre competencia no presenta impedimento alguno para controlar la constitución de interlockings y la adquisición de participaciones minoritarias entre empresas competidoras, en la medida en que los riesgos de dichas conductas superen sus posibles eficiencias. El artículo 3(I) del DL 211 no exige que los actos anticompetitivos tengan la forma de un “acuerdo”, provengan de una empresa que detenta una “posición dominante” o generen un “cambio de control”. Sin embargo, a continuación se señalaba que [a] falta de norma que los prohíba expresamente, no obstante, la FNE estará obligada a demostrar que los riesgos generados por este tipo de vínculos son relevantes¹. Es precisamente en este último sentido mencionado por la FNE, como veremos, en el que cobra relevancia la incorporación expresa del ilícito de *interlocking*.*

2. ASPECTOS GENERALES

a.1. ¿En qué consiste el *interlocking*?

En general, la literatura especializada engloba dentro de la denominación de “vínculos estructurales” las participaciones minoritarias en compañías competidoras y los *interlocking* de directores o de administración. El primero de estos casos se trataría de

¹ División de Fusiones y Estudios de la Fiscalía Nacional Económica (2013) “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”. p. 55. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Participaciones-minoritarias.pdf>

un vínculo material, mientras que el segundo corresponde a un vínculo personal². Ambos casos constituyen fuentes de riesgo a la libre competencia por lo que la reforma de 2016 incorporó dos normas distintas para enfrentar estos riesgos, por un lado, respecto de las participaciones minoritarias se estableció el artículo 4° bis y, como ya se señaló, respecto del *interlocking*, la letra d) del inciso segundo del artículo 3°, ambos del DL 211. Sin perjuicio de lo anterior, este trabajo se centrará exclusivamente en el análisis de esta segunda norma.

Como definición general, la doctrina ha señalado que el *interlocking* de directores o de administración consiste en *una forma de vínculo estructural entre empresas, que ocurre cuando estas comparten, directa o indirectamente, un miembro del directorio o un ejecutivo en común*³. O incluso se ha destacado, por ejemplo, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), una definición en términos aún más amplios, y de acuerdo a este organismo más útil, por la cual el *interlocking* consistiría en:

*“la situación en que un director de una empresa, un ejecutivo principal de esa empresa (en particular el Gerente General) o un pariente cercano (por ejemplo, cónyuge o padre) de un director o de un ejecutivo principal de esa empresa cumpla labores de director en otra empresa”*⁴.

En este sentido, como bien recuerda Michael Jacobs, hace ya casi un siglo el ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Louis Brandeis, señaló que:

*“[L]a práctica de los interlockings de directores es la fuente de muchos males. Ofende leyes humanas y divinas. Aplicada a empresas competidoras, tiende a suprimir la competencia y a quebrantar las disposiciones del Sherman Act. Aplicado a empresas que deben lidiar, unas con otras, tiende a la deslealtad y al quebrantamiento de la ley fundamental según la cual ningún hombre puede servir a dos maestros”*⁵.

² *Ibíd.* p. 4.

³ Traducción libre de “Interlocking directorates, or management interlocks, are a form of structural links between companies occurring when firms directly or indirectly share a common board director or officer” en Jacobs, Michael (2014). “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies”. *Fordham International Law Journal* vol. 37, Issue 3, article 5. Pág. 644. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2337&context=ilj>

⁴ Traducción libre de “A broader and more useful definition is the situation in which a member of the board of directors of a company, a top executive of that company (and particularly the Chief Executive Officer) or a close relative (e.g., wife or father) of a member of the board of directors or of a top executive of that company serves as a member of the board of directors of another corporation” en OCDE (2008), “Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates” p. 19. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>

⁵ Traducción libre de “The practice of interlocking directorates is the root of many evils. It offends laws human and divine. Applied to rival corporations, it tends to the suppression of competition and to violation of the Sherman law. Applied to corporations which deal with each other, it tends to disloyalty and to

Sin embargo, como veremos a continuación en este trabajo, esta aseveración debe ser matizada en cuanto existen distintos casos de *interlocking*, algunos de los cuales producen efectos pro-competitivos y, por lo tanto, requieren de un tratamiento diferenciado. Por lo anterior, primero requerimos categorizar distintas las situaciones que la doctrina comprende en esta práctica.

a.2. Clasificación del interlocking

En primer término, los *interlocking* se pueden dividir en aquellos denominados verticales, que sería el caso de la relación entre un productor con su distribuidor, y en aquellos denominados horizontales, que sería el caso de empresas que fueran competidoras. También se han identificado otras categorías dependiendo de la amplitud de la definición de *interlocking* (como la definición señalada precedentemente por la OCDE), como por ejemplo, los casos de directores que son parientes e integran directorios de empresas competidores, o también el caso de *interlocking* entre competidores potenciales⁶. Sin embargo, para efectos del presente trabajo nos centraremos en la categoría de *interlocking* horizontal, esto es, entre competidores.

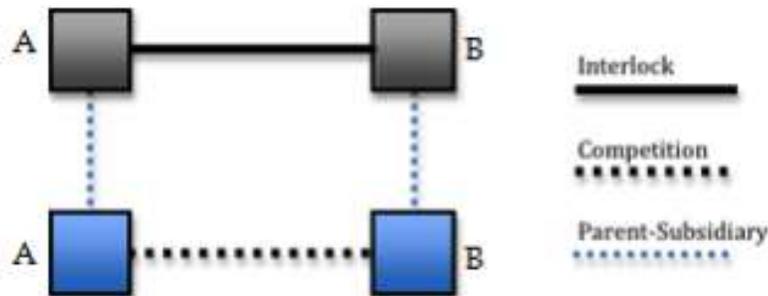
El *interlocking* horizontal puede clasificarse en directo, que corresponde a la situación más evidente, por la cual *un mismo individuo tiene responsabilidades ejecutivas en dos empresas competidoras separadas*⁷, y en indirecto, una categoría que requiere de mayor explicación y distinciones, en cuanto su configuración específica va a tener especial relevancia al momento de la evaluación de sus efectos competitivos. En este sentido, siguiendo la clasificación y los diagramas ocupados por la FNE en su guía sobre “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, podemos encontrar los siguientes casos de *interlocking* horizontal indirecto:

violation of the fundamental law that no man can serve two masters”. Brandeis, Louis D. *Other People’s Money: And How the Bankers Use It*. Washington: National Home Library Foundation, 1914. Citado por Jacobs, Michael (2014) pp. 650 -651.

⁶ División de Fusiones y Estudios de la Fiscalía Nacional Económica, Op. Cit. p.14.

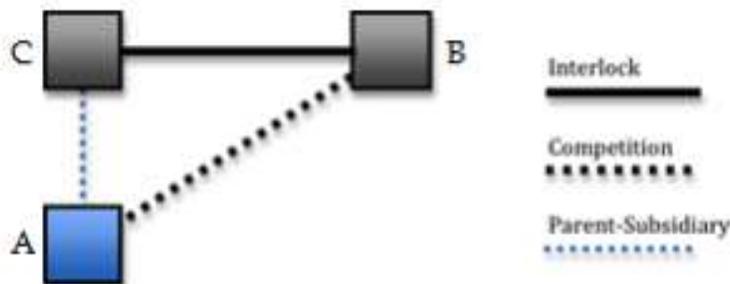
⁷ Traducción libre de “The former is the most straightforward situation, and occurs when the same individual has executive responsibilities in two separate competing firms” en Jacobs, Michael (2014). “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies”. *Fordham International Law Journal* vol. 37, Issue 3, article 5. p. 649.

FIGURA 1: INTERLOCKING INDIRECTO (MATRIZ-SUBSIDIARIA TIPO 1)



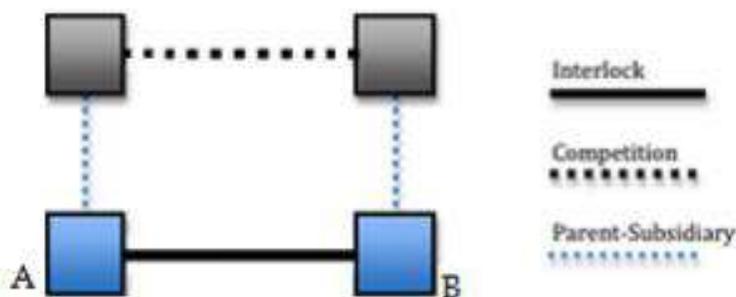
En este primer caso, el *interlocking* no se produce directamente entre los competidores, sino que entre las matrices de los competidores. Si las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información comercial sensible, la situación produce efectos similares al *interlocking* directo.

FIGURA 2: INTERLOCKING INDIRECTO (MATRIZ-SUBSIDIARIA TIPO 2)



En este segundo caso, muy similar al caso anterior, el *interlocking* se produce entre una empresa y la matriz de su competidora. En el mismo sentido ya señalado, se producen efectos análogos al *interlocking* directo.

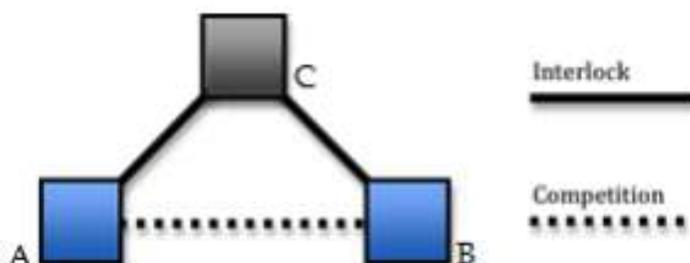
FIGURA 3: INTERLOCKING INDIRECTO (MATRIZ-SUBSIDIARIA TIPO 3)



Como tercer caso, se identifica la situación de la Figura 1 pero invertida, obteniendo un *interlocking* entre las filiales de dos matrices competidoras. En este caso, como bien

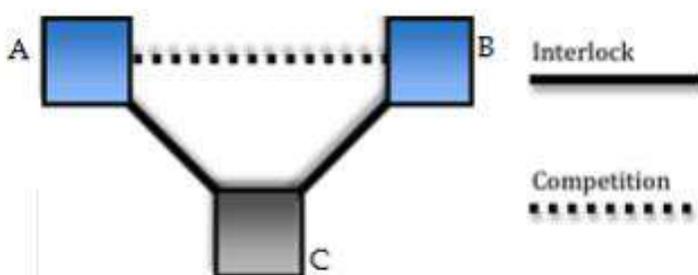
señala la guía de la FNE los riesgos son menores a los casos precedentes en la medida que las filiales no determinen el accionar de sus matrices ni accedan a información sobre ellas.

FIGURA 4: INTERLOCKING INDIRECTO (DEPUTIZATION):



En el cuarto caso, identificado por Jacobs como *deputization*⁸, un mismo inversionista, en este caso la empresa C, tiene participaciones minoritarias y nombra representantes en las empresas competidoras A y B. Si miembros del directorio de las empresas A y B participan en las mismas reuniones, o la empresa C es capaz de dar instrucciones o transmitir información a los directores de ambas empresas, nos encontraremos ante un riesgo de coordinación anticompetitiva. Cabe destacar que este riesgo se produce sólo en caso que los directores en las empresas A y B representen a la empresa C, y no cuando son contingentemente directores de la empresa C, y esta última no los ha designado expresamente en A y B, respectivamente. En este último caso, el riesgo para la competencia es menor, dado que no tendrían razón para discutir sobre las empresas competidoras A y B al reunirse en el directorio de la empresa C.

FIGURA 5: INTERLOCKING INDIRECTO (MATRICES-FILIAL TIPO JOINT VENTURE):



Por último, se identifica el caso en que dos competidores, en este caso A y B, nombran directores en una tercera empresa C. Este caso se asimila a los señalado respecto de la figura 3. En este sentido, el riesgo para la competencia es menor si la empresa C participa en un mercado distinto al mercado en que participan las empresas A y B. No

⁸ Jacobs, Michael (2014). "Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies". Fordham International Law Journal vol. 37, Issue 3, article 5. p. 649.

habría razón para discutir negocios de las empresas A y B en el directorio de la empresa C.

Como fue señalado anteriormente, esta clasificación de los *interlocking* horizontales indirectos permite evaluar de forma diferenciada los efectos anticompetitivos de la conducta. Así, en líneas generales, la FNE concluye lo siguiente: 1) Se considera que los casos de las Figuras 1, 2 y 4 presentan los mismo riesgos y producen efectos casi idénticos a los casos de *interlocking* directo; 2) en el caso de la Figura 3, en la medida en que las filiales no determinen las acciones de las matrices ni accedan a información detallada sobre las mismas, presenta riesgos menores que los de un *interlocking* horizontal común; y 4) en el caso de la Figura 5 no es una característica necesaria que las actividades de ambos competidores sean discutidas en la tercera empresa por lo que los riesgos también son menores al del *interlocking* directo, por lo que sus riesgos pueden ser analizados de forma similar a como se analiza un joint venture.

El hilo conductor de esta argumentación es que los riesgos anticompetitivos que presenta el *interlocking*, los cuales veremos a continuación, deben ser evaluados en los hechos, observando los efectos concretos que la situación produce, más allá de la estructura a través de la cual se materializa la conducta.

a.3. Fundamentos de su regulación

Como fue señalado anteriormente, el *interlocking*, dependiendo de su configuración específica, puede producir tanto efectos pro-competitivos como anticompetitivos. Por lo tanto, la regulación de esta conducta como un hecho ilícito va a depender de la ponderación de riesgos específicos de las distintas formas que pueden constituir *interlocking*. Por lo anterior, la regulación en el derecho comparado es variada⁹ y, como veremos en el siguiente apartado, la interpretación del alcance de la normativa chilena está actualmente en discusión.

En general, respecto de las justificaciones competitivas del *interlocking* se ha mencionado “el valor que generan los directores expertos y experimentados, quienes tienen la habilidad de jugar un importante rol como directores externos para disminuir los costos de la empresa”¹⁰. En este sentido, se ha señalado que puede dañar a las empresas dependiendo de la profundidad del “pool” de ejecutivos altamente calificados

⁹ Para una caracterización de la regulación en el derecho norteamericano y europeo ver “*Interlocking* - Libre Competencia en Pocas Palabras N°17, Programa UC Libre Competencia, Junio 2022” Disponible en: <https://librecompetencia.uc.cl/investigacion/libre-competencia-en-pocas-palabras/271-icpp-n-17-junio-2022-interlocking>

¹⁰ Traducción libre de “The most general justification for permitting interlocks is that interference with the free selection of board directors is harmful to the corporation” en Gerber, Benjamin (2008) “Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act”. Yale Journal on Regulation Vol. 24:1,2007. p. 11. Disponible en: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/8073>

¹¹. Adicionalmente, se han esgrimido otras justificaciones como el aseguramiento de flujo constante y confiable de ciertos recursos necesarios para la operación de la compañía¹² y, también, la provisión a la compañía del prestigio y legitimación necesaria para la adquisición de recursos financieros¹³.

Por otro lado, el *interlocking* también puede generar riesgos para la competencia. En primer lugar, el riesgo más grave, sin duda, es que puede ser usado para facilitar la colusión. Una clara observación al respecto la podemos encontrar en la misma discusión llevada a cabo durante la tramitación de la Ley N°20.945, realizada por Jorge Grunberg, en ese entonces asesor del ministerio de Economía, quien señaló: “*el director en cuestión accede, en virtud de su cargo, a información relevante para la competencia, y tendría la tendencia natural a optar por cursos de acción que coordinen el comportamiento de los competidores involucrados*”. Además, la doctrina ha agregado otro riesgo asociado al *interlocking*, este es, que se facilita la colusión tácita u otras formas de coordinación oligopólica a través del intercambio de información sensible relativa a ventas y precios, diseño de productos y estrategias corporativas¹⁴. Precisamente, son estos riesgos los que se manifiestan de forma más clara en los casos de *interlocking* directo y en los casos de *interlocking* indirecto de las figuras 1, 2 y 4 señaladas precedentemente.

a.4. Conceptos críticos de la letra d) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211

Con la identificación de los riesgos asociados al *interlocking* es que el año 2016 se reforma el DL 211, incorporando una infracción específica en el artículo 3° inciso segundo letra d), que dispone lo siguiente:

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...)

d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año

¹¹ Traducción libre de “harm a corporation in this manner depends upon the depth of the pool of qualified executive talent” en Waller, Spencer Weber (2011). “Corporate governance and competition policy”. *George Mason Law Review* Vol. 18:4. p. 858. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1681673

¹² Gerber, Benjamin (2008) “Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act”. *Yale Journal on Regulation* Vol. 24:1,2007. Pág. 114.

¹³ *Ibid.* p. 115.

¹⁴ Jacobs, Michael (2014). *Op. Cit.* p. 653.

calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.

Antes de entrar en la discusión sobre el alcance de la consagración de la regla *per se* en el referido artículo procederemos a clarificar algunos conceptos de este.

En primer lugar, resulta relevante aclarar el uso del término “persona”. Según se ha señalado esta solo alcanzaría a una misma persona natural en virtud de lo señalado durante la tramitación legislativa de la reforma¹⁵. El segundo punto por aclarar es el alcance de la expresión “participación simultánea”. Esto implicaría que *la persona debe desempeñarse al mismo tiempo en las dos empresas competidoras, debiendo sus cargos de ejecutivo relevante o director encontrarse vigentes*¹⁶. En tercer lugar, debemos analizar el alcance de los términos “ejecutivos relevantes” y “director”. En términos generales, debemos considerar para una correcta interpretación de estos términos los riesgos asociados al *interlocking* vistos precedentemente. En este sentido, lo relevante resulta en la capacidad de acceso a información comercial sensible. De esta manera, el concepto de “ejecutivo relevante” debe interpretarse de forma más amplia que el “ejecutivo principal” del art. 68 de la Ley N°18.045 del Mercado de Valores, y el concepto de “director” de forma que abarque no solo el caso de las Sociedades Anónima, sino que el de todo tipo de sociedad administrada por un directorio¹⁷. Finalmente, en cuarto lugar, resulta relevante la determinación de la expresión “competidores entre sí”. Al igual que en las otras interpretaciones, dado que el riesgo que se intenta combatir es el de una colusión, el análisis que corresponde realizar para determinar el carácter de competidores es similar al que tendría lugar en un caso de colusión constitutivo de cartel duro¹⁸.

Finalmente, la norma en comento, siguiendo a su símil norteamericano, el art. 8° de la Clayton Act, establece un umbral de ingresos anuales con el propósito de eximir de la prohibición a empresas de menor tamaño. En efecto, se establece una excepción para empresas con ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que no excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario¹⁹. Siguiendo la línea argumentativa respecto al fundamento de prohibición del *interlocking* en razón de sus riesgos, podemos sostener que este umbral se establece producto de las posibles eficiencias vistas con anterioridad. Específicamente, las empresas de menor tamaño son quienes se pueden beneficiar de un alto ejecutivo o un director especialmente

¹⁵ El punto no es pacífico, por ejemplo, en el derecho estadounidense. Ver Grunberg, Jorge (2022) “La regulación del *interlocking* en el decreto ley N°211 de 1973” disponible en “Nuevo régimen de libre competencia”, editado por Domingo Valdés y Omar Vásquez, Rubicón Editores. Pág. 88.

¹⁶ Grunberg, Jorge (2022) “La regulación del *interlocking* en el decreto ley N°211 de 1973” disponible en “Nuevo régimen de libre competencia”, editado por Domingo Valdés y Omar Vásquez, Rubicón Editores. p. 89.

¹⁷ *Ibíd.* pp. 90-91.

¹⁸ *Ibíd.* p. 93.

¹⁹ Como nota Grunberg, J. (2022) el umbral de cien mil unidades de fomento es exactamente el contemplado en la Ley 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

calificado, “[e]n concreto, esta persona puede contribuir en forma decisiva al éxito de la empresa de menor tamaño aportando know how, así como abriendo las puertas del mercado financiero en base a su prestigio o reputación”²⁰.

3. ANÁLISIS.

Como se señaló anteriormente, el análisis central de este documento será el alcance que tiene el artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211 en materia de *interlocking*, y su relación con las diferentes categorías que ya hemos comentado. Lo primero que cabe preguntarse es si nuestra legislación en materia de competencia consagra una regla *per se* para el ilícito de *interlocking*, o si, por el contrario, lo regula y sanciona en virtud de una regla de la razón. La diferencia sustancial la encontramos en que, si se trata de una regla *per se*, entonces su comprobación no admite prueba en contrario que permita al sujeto pasivo eximirse de su responsabilidad, y la autoridad de competencia no tiene la necesidad de probar los daños producidos a la libre competencia como bien jurídico protegido. Por el contrario, si se trata de una regla de la razón, entonces la autoridad jurisdiccional deberá ponderar la conducta realizada y el daño efectivamente causado, admitiendo al sujeto pasivo defenderse demostrando que la conducta perseguida no produjo daños a la libre competencia.

Para responder sobre la naturaleza de la norma hay que interpretar la ley, teniendo en consideración dos aspectos esenciales: por un lado, su tenor literal y la armonía con el resto de la legislación, y por otro, la historia fidedigna de su establecimiento. En este segundo aspecto también podemos analizar las conclusiones que se dieron en torno a la discusión parlamentaria de la Ley N°20.945, y la inspiración que tiene nuestro ordenamiento respecto de la Clayton Act de Estados Unidos²¹. Todos los anteriores son elementos que dan luces para la interpretación de la norma, y que a su vez están en armonía con las reglas de interpretación legal que son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. Interpretación de una regla *per se* en el ordenamiento chileno.

Sobre la legislación de competencia, sabemos que para nuestro ordenamiento no es extraña la figura de una regla *per se* en ilícitos anticompetitivos, ya que la misma Ley N° 20.945 la introdujo para la hipótesis de carteles duros regulada en el artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211, y respecto de los cuales probándose la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores, que consista en afectar determinadas variables de mercado, la autoridad persecutora puede prescindir de la necesidad de probar los efectos del acuerdo y el daño generado a la libre competencia,

²⁰Grunberg Op. Cit. p. 5 pp. 95-96.

²¹ Irrarázabal, Felipe y Krause, Soledad (2022) Informe en Derecho presentado por Larraín & Vial en causa Rol C-437-2022, Requerimiento de la FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros. p. 22.

enfocando sus recursos únicamente en probar que existe el acuerdo y que se cumplen los demás requisitos de la conducta tipificada.

Viene al caso entonces considerar la hipótesis de que el *interlocking* regulado en la letra d), en donde también se prescinde de probar que la figura haya impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, se construye sobre la lógica de una regla *per se*, para la cual es suficiente probar la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo ilícito, en los términos en los que está regulado en la norma, sin necesidad de probar el daño producido o la intención de producirlo, elementos propios del tipo universal antimonopólico. Esta postura de regla *per se* es la que planteamos y defendemos en las páginas siguientes.

Si atendemos al tenor literal de la regulación, y considerando los conceptos críticos ya comentados, el tipo de *interlocking* sancionado en el artículo 3 inciso segundo letra d) se compone de tres elementos esenciales: (i) la **conducta**, que consiste en la participación simultánea de una persona como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí; (ii) el **umbral de ventas**, que se supera cuando el grupo empresarial al que pertenecen cada una de las empresas tiene ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que exceden las 100.000 UF en el último año calendario; y (iii) la **duración** en el tiempo, que se cumple cuando la conducta, una vez superado el umbral de ventas, se mantiene por noventa días corridos²². Tomando estos tres elementos podemos afirmar, al menos hasta aquí, que se trataría de una regla *per se*, puesto que ninguno de estos elementos deja espacio a una ponderación de costo y beneficio en la materialización de la conducta, ni mira a la intención que se tuvo en vista al momento de concretarla. Por el contrario, el legislador aborda estos elementos con una mirada objetiva, considerando que la sola concurrencia de dichos elementos es suficiente para generar una situación de riesgo que sea reprochable para el ordenamiento, y por ende castigarla.

Siguiendo con el análisis, en materia de discusión parlamentaria e historia del establecimiento de la Ley N° 20.945, existen también algunos argumentos que apuntan hacia una norma construida bajo la regla *per se*. Debe considerarse que la promulgación de esta norma tuvo lugar en un momento en el que se habían destapado recientemente importantes casos de colusión en el país²³, respecto de los cuales la población manifestó un gran descontento por la falta de medidas y sanciones concretas en contra de estos delitos. Quizás el principal aporte que hubo a la discusión en ese momento fue la Guía de participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras, elaborada por la FNE y publicada en el año 2013, y en la cual el organismo persecutor se manifiesta a favor de una regla *per se*²⁴. Los fundamentos de la postura de la FNE fueron, a grandes rasgos, (i) que de esa manera se ahorrarían importantes costos de

²² Menchaca, Tomás (2020), “Interlocking y Participaciones Minoritarias en el Derecho Chileno de la Libre Competencia”. THEMIS-Revista de Derecho 78, julio-diciembre 2020. P. 223.

²³ Historia de la Ley N° 20.945, Mensaje, pág. 6.

²⁴ División de Fusiones y Estudios de la Fiscalía Nacional Económica, Op. Cit. pp. 55-56

litigación, al no tener que hacer un análisis completo de los efectos que el *interlocking* genera en cada mercado, y (ii) que además se adoptaría un modelo preventivo por sobre uno persecutorio y represivo. En el preventivo y *per se*, la disolución del vínculo de *interlocking* es sencilla y eficaz para prevenir carteles y otras conductas coordinadas, y los agentes económicos tendrían conocimiento previo de los elementos que configuran la conducta ilícita, sin dejar espacio a que hagan una ponderación entre el riesgo de ser sancionados y el beneficio económico de materializar la conducta²⁵.

Por último, y como mencionamos anteriormente, nuestra legislación en materia de libre competencia tiene una fuerte inspiración en la Clayton Act de Estados Unidos, y recoge varios de sus elementos para la construcción de los ilícitos anticompetitivos que están regulados en Chile por el DL 211. En el caso del *interlocking* para el derecho norteamericano, la prohibición *per se* está compuesta de los siguientes elementos: (i) que una misma persona se desempeñe como director en dos o más empresas; (ii) que las empresas tengan capital, excedentes o utilidades por sobre US\$ 1 millón, (iii) que cada una de las empresas realice, en todo o parte, comercio interestatal; y (iv) que las empresas compitan entre sí²⁶. Los términos de la regulación son similares a los elementos que componen el hecho ilícito anticompetitivo de nuestro ordenamiento, con la salvedad de que el derecho chileno incorporó un plazo de gracia de noventa días para poner término a la conducta, dentro del cual se puede evitar la configuración del delito de *interlocking*.

Ahora, el objeto de una regulación de estas características es la prevención de la colusión por medio de la represión de conductas que facilitan su materialización²⁷, y por tanto lo que se sanciona es la conducta en concreto realizada, y no la intención de producir daño ni el daño efectivamente producido. En ese sentido, la norma estima que la conducta en sí misma es perjudicial. El fundamento de esto está en que las estructuras de *interlocking* son la antesala de un riesgo coordinado de carteles²⁸. Además, y de manera inevitable, el director o ejecutivo relevante que sea compartido por dos empresas competidoras se verá naturalmente inclinado a tomar decisiones comerciales en virtud de la información comercialmente sensible que conoce, lo que afecta las variables competitivas del mercado y le da acceso a información que los demás agentes económicos del mercado no tienen a su alcance.

Con los antecedentes expuestos hasta ahora nos parece evidente que la intención del legislador, y por la forma como quedó redactado el artículo 3° inciso segundo letra d), está dirigida a abordar el ilícito anticompetitivo de *interlocking* bajo la lógica de una regla *per se*. No obstante, existe un gran argumento que apunta a interpretar la norma de *interlocking* bajo una perspectiva de regla de la razón, y que contrasta con las ideas que hemos expuesto hasta ahora. Quienes sostienen dicha postura, afirman que la letra

²⁵ Ibid pp. 55-56.

²⁶ Irrarázabal y Krause, Op. Cit. p. 5.

²⁷ Jacobs, Op. Cit. p. 665.

²⁸ Historia de la Ley N° 20.945, Informe de la Comisión de Economía, p. 76 y p. 142.

d) del artículo 3° inciso segundo del DL 211 no es más que un ejemplo de conducta anticompetitiva, y que por tanto debe seguir la misma regla de aplicación que el tipo general del artículo 3° inciso primero²⁹, es decir, su persecución y sanción debe estar relacionada a que se haya impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o se haya tendido a producir alguno de dichos efectos. El tenor literal de la norma le es útil a esta postura, por cuanto señala que “*se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes (...)*”.

Por nuestra parte, y según los argumentos que ya hemos expuesto, consideramos que la regulación del interlocking, en los términos en que está redactada la letra d), no es solo un ejemplo del tipo general de ilícito anticompetitivo, si no que es efectivamente una regla *per se*. Sin embargo, debemos destacar que quienes la abordan como una regla de la razón reconocen a su vez que el tipo está construido de manera acotada, y armonizan dicha idea diciendo que, si bien la autoridad de competencia, en este caso, la Fiscalía Nacional Económica, puede dar por probada la materialización de la conducta a través de los elementos objetivos que la componen, el sujeto pasivo de la acción podría también defenderse alegando que el bien jurídico protegido no se encuentra afectado, y que no ha existido un daño a la libre competencia³⁰.

3.2. Aplicación de la regla *per se* a las categorías de *interlocking*

En la sección anterior presentamos una estructura de *interlocking* directo y cinco categorías o clasificaciones de *interlocking* indirecto, según las relaciones que pueden existir entre dos o más empresas que comparten un director o ejecutivo relevante entre sí. Lo importante de estas estructuras está en que si se cumplen los elementos que contempla el ilícito anticompetitivo del artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211, entonces la figura cae dentro del hecho ilícito de *interlocking* sin importar la finalidad que tenga o las eficiencias económicas que pueda traer al mercado en cuestión. Por el contrario, si la estructura no reúne los elementos necesarios del *interlocking*, en los términos en los cuales se regula, entonces se abre la interrogante respecto a cómo puede ser sancionada, y los elementos que la autoridad requeriría probar para su persecución.

Interlocking Directo

Para el caso del *interlocking* directo, es decir, cuando *un mismo individuo tiene responsabilidades ejecutivas en dos empresas competidoras separadas*³¹, la conducta

²⁹ Menchaca, Op. Cit. p. 225.

³⁰ *Ibíd* p. 225.

³¹ Traducción libre de “The former is the most straightforward situation, and occurs when the same individual has executive responsibilities in two separate competing firms” en Jacobs, Michael (2014). “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies”. Fordham International Law Journal vol. 37, Issue 3, article 5. Pág. 649.

regulada en el artículo 3° inciso segundo letra d) se cumple a cabalidad, por lo que sólo queda mirar si también se cumplen los elementos de umbral de ventas y de duración. Así, si se presenta un caso de *interlocking* directo en el cual el grupo empresarial al que pertenecen cada una de las empresas tiene ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que exceden las 100.000 UF, y esa participación simultánea por parte del mismo individuo se mantiene por más de noventa días corridos desde que se ha superado el umbral de ventas, es decir, al cierre del último año calendario, entonces la aplicación de la regla *per se* permite prescindir del análisis de eficiencia o intencionalidad en la situación de riesgo creada, y el hecho ilícito se encuentra completo y materializado.

Aplicar una regla *per se* supone también impedir que la contraparte acusada pueda defenderse alegando una eficiencia de la conducta, o la no generación de un daño a la libre competencia³². Es quizás en este punto en donde se presenta el mayor problema de las reglas *per se*, puesto que difieren de la lógica económica propia del resto del ordenamiento de libre competencia, en el cual la punibilidad está puesta en el daño producido o en la intención de producirlo. Aquí es irrelevante el daño, puede no haberse producido, e incluso puede tratarse de una situación de *interlocking* que genere una eficiencia comprobable en un mercado específico, y que resulte beneficiosa para la competencia, pero la regla *per se* excluye la posibilidad de argumentar esa defensa, y por tanto de liberarse de la responsabilidad por el hecho ilícito. Como se ha repetido, el fundamento de esto está en que el legislador considera que la estructura de *interlocking* directo, en sí misma, supone un riesgo para la libre competencia³³. Creemos que la discusión sobre la aplicación de la regla *per se* en el *interlocking* horizontal directo está acabada, por los argumentos que ya presentamos, y porque de lo contrario carecería de sentido la redacción de la norma y los elementos que la componen.

Interlocking Indirecto

A diferencia del caso de *interlocking* directo, en las situaciones de *interlocking* indirecto no es del todo claro el régimen que debe aplicarse para su persecución. Bien podría ser el régimen de regla *per se*, bajo el artículo 3° inciso segundo letra d), o el régimen de regla de la razón, bajo el artículo 3° inciso primero. La diferencia radica en la necesidad que tendrá la autoridad de competencia de probar o no el daño producido, y la posibilidad que se le dé al sujeto pasivo de la acción de defenderse argumentando que no se ha afectado el bien jurídico protegido por la norma de libre competencia³⁴⁻³⁵.

Si bien las estructuras por las cuales se materializa un *interlocking* indirecto pueden afectar la competencia en los mercados, entendemos que ninguna de ellas se compone entre **empresas competidoras entre sí**, lo que, en principio, las deja fuera del

³² Menchaca, Op. Cit. p. 225.

³³ Irrarázabal y Krause, Op. Cit. p. 22.

³⁴ *Ibíd.* p. 3.

³⁵ Menchaca, Op. Cit. p. 225.

interlocking directo regulado como norma *per se* en el artículo 3° inciso segundo letra d). Ello no significa que sean ventajosas o que generen eficiencias, pero dado que el legislador las excluye, la forma de perseguir estas estructuras como delito anticompetitivo debe ser a través del tipo general regulado en el artículo 3° inciso primero del DL 211, es decir, como un *hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o que tiende a producir dichos efectos*³⁶.

Lo anterior no es tan claro cuando se trata de las Figuras 1, 2 y 4 presentadas en la sección de clasificaciones de *interlocking*, por cuanto dijimos que para la FNE dichas estructuras presentan los mismos riesgos y producen los mismos efectos que el *interlocking* directo. Bajo esa condición, lo lógico sería perseguir dichas estructuras con la herramienta más eficaz del ordenamiento, y que se encuentra en el artículo 3° inciso segundo letra d), lo que se sustenta en el objetivo de la norma y el bien jurídico que protege. Si los efectos anticompetitivos son los mismos que en el *interlocking* directo, y los tratamos de la misma manera, entonces no quedaría espacio para discutir el beneficio potencial que las Figuras 1, 2 y 4 podrían traer al mercado en el cual se presenten, ni tampoco sería posible permitir una exención de responsabilidad mediante la prueba de que no se haya materializado un daño a la libre competencia, pues se trataría de una aplicación más de la regla *per se*.

Ahora bien, bajo nuestro punto de vista, las Figuras 1, 2 y 4 descritas anteriormente enfrentan su principal problema en el concepto de “empresas competidoras entre sí”, elemento ineludible del tipo consagrado como ilícito anticompetitivo en la regla *per se* del artículo 3° inciso segundo letra d). Para poder aplicarles la regla *per se*, y prescindir de la prueba sobre el daño efectivamente producido a la libre competencia, primero se debe asegurar que la conducta haya sido realizada entre empresas competidoras entre sí, cuestión que no es del todo clara para las estructuras descritas en las Figuras 1, 2 y 4. Dado que no cumplen con los elementos del tipo especial, a nuestro modo de ver deben ser perseguidas y sancionadas bajo la lógica de regla de la razón contenida en el tipo general del artículo 3° inciso primero, con los elementos y requisitos que le corresponden y que ya hemos presentado.

3.3. Aplicación de regla *per se* en requerimientos y contestaciones de *interlocking* presentados ante el TDLC a la fecha.

A fines del año 2021, y con gran impacto mediático, la FNE presentó los dos primeros requerimientos por conductas referidas al *interlocking* ocurridas en nuestro país. Hasta la fecha, si bien el TDLC, vía consulta³⁷, y la FNE a través de sus herramientas de

³⁶ Irrarázabal y Krause, Op. Cit. p. 32.

³⁷ TDLC: Resolución N° 51/2018, en causa Rol NC N° 427-2014, *Solicitudes de Conadecus en relación al mercado del gas*. Disponible en: <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n-51-2018.pdf>

promoción³⁸, se habían ya pronunciado respecto a las conductas de *interlocking*, no existían precedentes de requerimientos que acusarán la configuración de dichas conductas y, naturalmente, no hay sentencias aún que definan el alcance exacto del ilícito contenido en el artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211.³⁹

Ambos requerimientos fueron ingresados el 27 de diciembre de 2021⁴⁰, y acusan únicamente la configuración de la conducta “*interlocking horizontal*”, sin especificar si la estructura de *interlocking* perseguida se trata de un tipo directo o indirecto. El fundamento de los requerimientos es que en ambos casos se cumplirían los requisitos del artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211, en base a una investigación iniciada el 2019 por la autoridad de competencia.⁴¹

El primer requerimiento corresponde a la Causa C-436-2021, “Requerimiento de la FNE en contra de Hernán Büchi Buc y otros”, y los requeridos son Hernán Büchi Buc y las empresas Banco de Chile, Consorcio Chile y Falabella S.A., por haber participado el primero, de manera simultánea, en los cargos de director o ejecutivo relevante de las tres empresas mencionadas. El segundo requerimiento corresponde a la Causa C-437-2021, “Requerimiento de la FNE en contra de José Hurtado Vicuña y otros”, y los requeridos son Juan José Hurtado Vicuña y las empresas Consorcio Financiero S.A. y Larraín Vial SpA, por haber participado el primero, de manera simultánea, en los cargos de director de las dos empresas mencionadas.

Mención a regla *per se* en los requerimientos: La FNE hace presente que para que se configure el *interlocking horizontal* basta con cumplir los tres requisitos que contempla la norma, no requiriendo la acreditación de ningún elemento o circunstancia adicional como la afectación a la competencia o poder de mercado y que este sentido, se desprende incluso en la Historia de la Ley N°20.945, que señala “*el hecho de que una persona se desempeñe simultáneamente como ejecutivo o director de dos o más empresas competidoras representa un riesgo serio de colusión, por lo que la legislación debe prohibirlo a fin de evitarlo*”.⁴²

En este sentido, señala que, el legislador estableció una visión preventiva de eficiencia en la persecución de conductas anticompetitivas, que se traduce en una prohibición absoluta del *interlocking horizontal*.

³⁸ Refiriéndose a la Guía “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras” de la División de Fusiones y Estudio de Noviembre 2013 de la FNE. Disponible en: Pág. 55. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Participaciones-minoritarias.pdf>

³⁹ Establecido en la Ley N°20.945, que “perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia” y entró en vigencia el 26 de febrero del año 2017.

⁴⁰ Causa C-436-2021 “Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros” y Causa C-437-2021 “Requerimiento FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros”

⁴¹ FNE Investigación de oficio N°2582-19.

⁴² Historia de la Ley N° 20.945, Informe de la Comisión de Constitución, p. 186.

Contestaciones: Las líneas argumentativas comunes, en lo que respecta a la aplicación de la regla *per se*, se estructuran de la siguiente forma. En primer lugar, la mayoría⁴³ de los requeridos señalan que la conducta acusada por la FNE consistiría claramente en *interlocking* horizontal indirecto por tratarse de empresas matrices (*holdings*) y filiales (que cuentan con gobiernos corporativos independientes) que no competirían directamente⁴⁴, cuestionando la interpretación amplia de la FNE del concepto “empresas” contenido en la norma asimilando al de “grupos empresariales”, conceptos que la misma normativa sí distingue dentro de su articulado.

La distinción entre *interlocking* horizontal directo e indirecto ha sido reconocida expresamente en doctrina, por el TDLC, el Jefe de la Unidad de Fiscalización de Cumplimiento de la Fiscalía⁴⁵, en el material de promoción publicado en la página web de la FNE⁴⁶ e incluso el Fiscal Nacional⁴⁷ ha señalado “(...) situaciones de *interlocking* indirecto han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como *rule of reason*(...)”. Por tanto, requiriendo probar el efecto anticompetitivo y descartando su aplicación *per se* en los casos de *interlocking* indirecto.

Estos pronunciamientos previos por parte de la FNE respecto a las formas de *interlocking* que ahora estarían desconociendo, afectarían el principio de confianza legítima. Al no existir culpa ni infracción imputable, en cuanto, los requeridos confiaron de buena fe en los propios dichos de la FNE que, hasta el presente requerimiento, consideraban que el *interlocking* indirecto *per se* no está prohibido expresamente en nuestra legislación. Al respecto de dicha excepción por falta de confianza legítima, citan interesante publicación de Jorge Bermúdez Soto, actual Contralor General de la República que indica:

“La confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, puesto que una práctica administrativa continuada puede generar -y de hecho genera- la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo

⁴³ En el caso de la contestación de Banco Chile, establecen que la conducta imputada es *Interlocking* Horizontal Directo, en cuanto, es la única sancionada en nuestra legislación, pero que, sin embargo, esta debe ser descartada debido a que no cumple los siguientes requisitos:

- Debe existir participación simultánea de una persona natural
- En cargos ejecutivos relevantes o director, lo que es imposible para un banco.
- Requiere la participación de dos o más empresas, no grupos empresariales.
- Las empresas deben competir entre sí en el mismo mercado relevante, no a través de filiales que participen en mercados distintos, donde sería indirecto.

⁴⁴ La jurisprudencia se ha pronunciado de cuándo dos o más personas jurídicas son una misma entidad competitiva, tal como el Caso Lider (Sentencia 103/3010) donde a pesar de que cada sucursal era una persona jurídica distinta, todas actuaban en conjunto como un agente competitivo dentro del mercado de los supermercados

⁴⁵ Riesco, Ricardo y Espinoza, Álvaro (2016): “Nueva ley de competencia en Chile”, en Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N°44, pp.107- 120. C

⁴⁶ Fuente: FNE (<https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/interlocking/>)

⁴⁷ Riesco y Espinoza, Op. Cit. p. 119.

que en los casos anteriores. Por ello, NO PARECE JUSTO QUE LA ADMINISTRACIÓN PUEDA CAMBIAR SU PRÁCTICA con efectos retroactivos o DE FORMA SORPRESIVA”⁴⁸

En efecto, se generaría una falta de tipicidad y vulneración al principio de legalidad de la pena “*nullum crimen, nulla poena sine pravia lege*”, en cuanto, la infracción “*interlocking* horizontal indirecto *per se*” no existe como tal en el ordenamiento jurídico chileno, en cuanto la letra d) del artículo 3° del DL 211 solo prohíbe el “*interlocking* horizontal directo”. Esta distinción, que, si bien la ley no contiene expresamente, debe interpretarse restrictivamente en base a la aplicación del principio “*pro persona, pro homine, favor libertatis o favor rei*”, conforme al cual, en caso de existir dudas sobre la inteligencia del derecho aplicable, incluyendo la interpretación y aplicación de la ley, el juzgador preferirá aquel sentido o inteligencia del derecho que, siendo razonable, favorece al inculpaado y le exime de sanción.

Finalmente, hay que destacar que Larraín Vial SpA acompañó un Informe en Derecho, al cual nos hemos referido en el desarrollo de este trabajo, elaborado por Felipe Irrarázabal P. y Ma. Soledad Krause M. respecto al sentido y alcance del tipo previsto en el artículo 3° letra d) del DL 211, en el cual concluyeron, en lo que se refiere a la aplicación de la regla *per se*, que:

Teóricamente la FNE podría haber invocado el tipo infraccional genérico del artículo 3°, pero en dicho caso, se habría exigido una imputación concreta y que cumpla con los elementos del tipo, principalmente, demostrar el efecto anticompetitivo o que al menos tienda a producir dichos efectos. Sin embargo, en aquel caso deberían haberse probado tales efectos en juicio, escapando de la aplicación *per se*, contenida en la letra d) de dicho artículo.

Al respecto, señalan que la jurisprudencia norteamericana buscó elaborar este tipo de estatutos de análisis sobre la dualidad de regla de la razón o regla *per se*, en cuanto, ésta última cobraría relevancia para limitar la defensa en los casos de cárteles duros, lo cuales intrínsecamente son anticompetitivos, descartando la necesidad de generar efectos concretos en la libre competencia. Por lo mismo, su carácter de aplicación debe ser excepcional y evitar un uso indiscriminado que genere errores del tipo infraccional, lo cual puede concluir en prohibir o sancionar comportamientos que pudiesen ser beneficiosos para la libre competencia.

En el caso chileno, manifiestan que según el mismo tenor literal la norma contenida en la letra d) del artículo 3° sólo abarcaría el *interlocking* horizontal directo y que así se ha pronunciado tanto la doctrina como la historia de la ley que introduce esta conducta.

Sin embargo, en la actual jurisprudencia nacional en lo que respecta a pronunciamientos sobre conductas de *interlocking*, no ha sido uniforme en entender

⁴⁸ Bermúdez Soto, Jorge (2014). “Derecho Administrativo General”, Legal Publishing Chile, p. 110.

que la aplicación de la regla *per se* sea extensible a la exención de probar los efectos anticompetitivos para todos los casos, citando los votos disidentes en el caso Buses del Sur (2020), según los cuales la norma del artículo 3 letra a) primera parte del DL 211 (que prohíbe los denominados carteles “duros” y que se introdujo junto con la letra d) del mismo artículo) no liberaría al TDLC de analizar y pronunciarse respecto de los efectos anticompetitivos, sino sólo de la existencia de poder de mercado.

En dicho informe, en lo que respecta a la regla *per se* dentro de la infracción contenida en la letra d) del artículo 3°, se concluye que, fuera de los riesgos identificados que pudiese generar establecer este tipo de reglas que alteran el estándar probatorio de las conductas, se debe estar a lo ya tipificado en la decisión normativa del legislador. Este consideró la existencia de un peligro suficiente para establecer dicha aplicación, en base al carácter de conducta facilitadora de la colusión para los casos de participación simultánea de empresas que debiesen competir, estableciendo que, a través de distintas vías de análisis, se debe considerar que el tipo infraccional considerado en dicha modificación normativa incluye una aplicación restrictiva y excepcional de regla *per se* para los casos en que se configure la conducta tipificada.

4. COMENTARIO FINAL

En primer lugar, es preciso señalar que el *interlocking* puede ser clasificado de distintas maneras, y la doctrina lo realiza con mayor o menor detalle según las ideas que se quiera expresar. Si bien la diferenciación entre *interlocking* directo e *interlocking* indirecto es clara y ampliamente aceptada, es dentro de esta segunda categoría en donde más podemos encontrar diferencias. Dado el propósito de este trabajo, y su relación con los requerimientos presentados por la FNE, es que decidimos tomar como base las distinciones que la misma FNE hizo en su guía sobre “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, pero independiente de la estructura de clasificaciones que se siga, creemos que lo que debe tenerse en consideración es el riesgo concreto de coordinación que una determinada relación de *interlocking* genera, y en virtud de ese riesgo definir la regla correcta para su persecución y sanción.

Además, hemos dicho que la intención del legislador al momento de regular el *interlocking* como ilícito anticompetitivo, fue la de aplicarle una regla *per se* a los casos de *interlocking* directo, y una regla de la razón para los casos de *interlocking* indirecto. Si bien es la postura que hemos definido, aún faltan muchos elementos que permitan definir los límites concretos del artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211, y la práctica jurisprudencial tendrá que tomar un rol relevante, como contrapeso a la autoridad de competencia, que permita crear una esfera de certeza jurídica dentro de la cual los actores del mercado puedan desenvolverse. Eso, por supuesto, hoy está en duda.

Por otro lado, la experiencia internacional nos ha demostrado que la alteración de estándares probatorios, en materia de competencia, fuera de las eficiencias a que puede llevar en casos concretos, el darle una aplicación muy amplia puede llegar a generar efectos anticompetitivos. Es por esto que la determinación e interpretación de una regla *per se* debe ser lo más restrictiva posible, acotada para los casos en que efectivamente se genere un riesgo inherente a la libre competencia, lo que a nuestro parecer se justifica sólo en los casos de *interlocking* horizontal directo, y siempre que los consideremos como estructuras asociadas a prácticas facilitadoras de la colusión, entendiéndose como el ilícito de competencia más grave.

Por lo tanto, y a nuestro juicio, en el *interlocking* horizontal indirecto es inviable aplicar este tipo de regla, principalmente por los complejos esquemas empresariales que tienen hoy en día los *holdings*, lo que podría llevar al absurdo de que cualquier grupo empresarial con multiplicidad de giros podría ser sancionado bajo un estándar probatorio más bajo, por el solo hecho de compartir directores o ejecutivos en mercados no relacionados pero que forman parte del *holding*. Debemos entender que en una economía emergente como la nuestra es natural que ciertos agentes, ya sea por su trayectoria o especialidad, puedan participar en grupos empresariales que no compiten directamente. No negamos el riesgo que esto pueda generar, pero estimamos que para casos de esta índole es necesario hacer un análisis basado en regla de la razón, donde se constate que dicha participación, a pesar de no ser en empresas competidoras, da lugar a una conducta que genera concretamente un efecto anticompetitivo.

Finalmente, el *interlocking* sigue siendo en nuestro país una práctica poco desarrollada desde la perspectiva del derecho de la competencia, y nuestras instituciones están en un proceso de aprendizaje aún bastante inmaduro. Los dos requerimientos recientemente presentados por la FNE son el puntapié inicial a una discusión latente, y el TDLC tiene una gran responsabilidad en lo que vaya a resolver. Sin duda, y cualquiera sea el resultado de las causas abiertas, esta discusión está recién comenzando, y el debate debería extenderse por varios capítulos más.

5. REFERENCIAS

MENCHACA, Tomás (2020): “Interlocking y Participaciones Minoritarias en el Derecho Chileno de la Libre Competencia.” THEMIS-Revista de Derecho 78, julio-diciembre 2020.

Historia de la Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

FNE, División de Fusiones y Estudios (2013): “Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras”. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>

JACOBS, Michael (2014): “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies”. Fordham International Law Journal vol. 37, issue 3, article 5.

IRRARÁZABAL, Felipe y KRAUSE (2022) Informe en Derecho presentado por Larraín & Vial en causa Rol C-437-2022, Requerimiento de la FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros.

RIESCO, Ricardo y ESPINOZA, Álvaro (2016): “Nueva ley de competencia en Chile”, en Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N°44.

GRUNBERG, Jorge (2022) “La regulación del interlocking en el decreto ley N°211 de 1973” disponible en “Nuevo régimen de libre competencia”, editado por Domingo Valdés y Omar Vásquez, Rubicón Editores.

GERBER, Benjamin (2008) “Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act”. Yale Journal on Regulation Vol. 24:1,2007.

BERMÚDEZ, Jorge (2014). “Derecho Administrativo General”, Legal Publishing Chile.