EN LO PRINCIPAL: EVACUA TRASLADO REQUERIMIENTO.
EN EL PRIMER OTROSÍ: ASUME PATROCINIO Y PODER
EN EL SEGUNDO OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.
EN EL TERCEROTROSI: DESIGNA MEDIO DE NOTIFICACION ELECTRÓNICO.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ALFREDO ALCAÍNO DE ESTEVE, abogado, en representación convencional de JUAN JOSÉ HURTADO VICUÑA, según se acredita del mandato judicial cuya copia se acompaña en otrosí, en los autos sobre requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, rol C-437-2021, al H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, en tiempo y forma, evacúo el traslado conferido a mi representado por resolución de fecha 4 de enero de 2022, notificada el día 13 del mismo mes y año, solicitando al H. Tribunal por las consideraciones de hecho y argumentos de derecho que se desarrollarán en esta presentación, que el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") sea rechazado en todas sus partes, con expresa condenación en costas o, subsidiariamente, que rebaje la multa solicitada imponer a la suma que se indica o a la que en definitiva fije prudencialmente el H. Tribunal conforme al mérito de los antecedentes.

I
CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como contexto de la controversia desatada por la FNE por aplicación de la norma del inciso 2° letra d) del artículo 3° del DL-211, introducida por la Ley N° 20.945 de 2016, publicada el 30 de agosto de 2016 y en vigencia desde el 26 de febrero de 2017[1], que tipificó la figura que se conoce en doctrina como *interlocking* horizontal directo, hay que considerar las siguientes circunstancias:

[1] El inciso 2° del artículo 1° transitorio de la ley, dispuso: *"La modificación contemplada en la letra b) del número 1 del artículo 1°, que agrega una letra d) en el* artículo 3°*, entrará en vigencia transcurridos ciento ochenta días contados desde la fecha de publicación de esta ley."*

1.1 Juan Hurtado Vicuña había sido designado director reemplazante de Larraín Vial S.A. en sesión extraordinaria de directorio de fecha 23 de marzo de 2014, cargo posteriormente ratificado como director definitivo, en la junta de accionistas de la sociedad celebrada el 9 de abril de 2014.

1.2 La designación del señor Hurtado como director de Larraín Vial S.A., sociedad *holding* y matriz del grupo empresarial Larraín Vial, ocurrió con motivo de la renuncia de Leonidas Vial Echeverría a dicho cargo, que ejercía por derecho propio como accionista mayoritario y fundador del grupo.

El señor Vial por esa época renunció a varios directorios para dedicarse por entero a su defensa, por cargos que le formuló la autoridad fiscalizadora del mercado de valores, los cuales se encuentran hoy revocados judicialmente, tanto en sede civil como penal, lo que coincidió con el hecho que el señor Hurtado se retiró y dejó de participar totalmente en el directorio de Larraín Vial S.A., en el mes de julio de 2018.

1.3 En definitiva, el señor Hurtado ejerció el cargo de director de Larraín Vial S.A. en forma absolutamente transitoria, mientras se despejaba la situación que afectó al señor Vial, toda vez que no tenía ni tiene, ninguna relación patrimonial en el grupo empresarial Larraín Vial, como sí la tiene en su calidad de miembro del controlador y accionista mayoritario del grupo empresarial Consorcio, cuya sociedad *holding* y matriz, es Consorcio Financiero S.A., sociedad esta última en la cual ha ejercido el cargo de director en forma ininterrumpida desde el 29 de septiembre de 1999.

1.4 En el período de 180 días que medió entre la publicación de la Ley N° 20.945 el 30 de agosto de 2016 y la fecha de entrada en vigencia de la figura de *interlocking* horizontal directo, el 26 de febrero de 2017, Juan Hurtado que ejercía como director de Larraín Vial S.A., obviamente, se representó de buena fe, como lo hizo el mercado en la época, si debía o no renunciar.

La alternativa de la dimisión fue desestimada por él, en atención a que la tipificación de la conducta anticompetitiva creada por la nueva legislación, descartaba absolutamente su aplicación extensiva o *interlocking indirecto*, como se le denomina en doctrina, para lo cual tuvo en cuenta, entre otros antecedentes, la historia fidedigna de la tramitación de la ley que introdujo el tipo anticompetitivo de la letra d) del artículo 3° del DL-211; lo que señalaba y continúa señalando la FNE en su propia página *web*; lo sostenido por escrito por el Fiscal Nacional Económico; lo sostenido por escrito, en más de una ocasión, e incluso en un informe en derecho solicitado por la FNE, por su Jefe de la División de Fiscalización de Cumplimiento; y lo resuelto por el H. Tribunal sobre la materia; todos elementos y antecedentes que se examinan con mayor detención en el capítulo IV de esta contestación.

1.5 La decisión analítica, en abstracto, adoptada por Juan Hurtado de permanecer en su cargo, se confrontaba con una realidad absolutamente idónea con esa conclusión: no había, ni hubo nunca, en el ejercicio de su cargo como director de la matriz o *holding* del grupo empresarial Larraín Vial S.A., ni una sola iniciativa, moción o discusión siquiera que se aproximara a configurar un hecho, acto o convención que significara impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o que tendiera a producir esos efectos, entre la filial Larraín Vial S.A. Corredora de Bolsa ("Corredora Larraín Vial") y la filial Consorcio Corredores de Bolsa S.A. ("Corredora Consorcio"), situación enteramente análoga a lo ocurrido con el ejercicio de su cargo de director en la matriz o *holding* del grupo empresarial Consorcio Financiero S.A.

1.6 Con todo, a partir del mes de enero de 2018, Juan Hurtado disminuyó ostensiblemente su asistencia al directorio de Larraín Vial S.A. y **con posterioridad a la sesión de julio del mismo año, dejó definitivamente de participar simultáneamente en él y en el de Consorcio Financiero S.A.**

En efecto, a la última sesión de directorio de Larraín Vial S.A. que asistió Juan Hurtado fue a la del 23 de julio de 2018. Desde ese momento, dejó de asistir sucesivamente a las sesiones de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero, febrero y marzo de 2019, **porque decidió retirarse del directorio y dejar de participar en él**, lo que fue refrendado a nivel de la sociedad porque consistentemente con su retiro, dejó pagarle la dieta mensual que venía

recibiendo hasta esa fecha, aunque en lo formal, el presidente dio cuenta de su renuncia en la junta de accionistas de 29 de abril de 2019.

Esta situación tiene mucha importancia en este caso, porque la figura del *interlocking* exige la *participación* de la persona como director[2]. El verbo rector que preside la conducta es *participar*, que significa *"tomar parte en algo"* como lo define la acepción primera del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

En materia de libre competencia, que es el derecho del ramo aplicado a la realidad económica o mercado relevante de que se trate, un director que *no participa*, es decir, que no asiste a las sesiones de directorio y que no recibe dieta por ello, no puede ser sujeto activo de *interlocking*, toda vez que, aunque se tratase de un ilícito de peligro o riesgo[3], para cometer un hecho, acto o convención que restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir esos efectos, al menos potencialmente, no basta que el agente ostente en lo formal el cargo de director, sino que tiene que *participar* o *tomar parte* en el ejercicio del mismo, que se materializa al menos en asistir a las reuniones de directorio, para serle atribuidas esas conductas u omisiones, al menos conjeturalmente. Dicho de otra manera, un director elegido para el cargo que nunca asistió a una sesión de directorio, no puede ser, jamás, autor del tipo anticompetitivo bajo análisis, porque nunca *participó* como director. Lo mismo ocurre con quien se retira del cargo y deja de ejercerlo definitivamente.

1.7 Coherentemente con lo señalado, en la junta de accionistas de abril de 2019 fue designado como director de Larraín Vial S.A., elegido por las acciones de Leonidas Vial o sociedades controladas por él, una persona de su círculo de confianza en el manejo de sus inversiones familiares, su hijo Manuel Vial Claro, pasando él sí, a participar activamente en la gestión societaria como director de la misma.

---

[2] "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 venta, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario." (el destacado es nuestro)

[3] La figura del *interlocking* horizontal directo está subordinada al enunciado principal del artículo 3 del DL-211 y, por lo tanto, en una interpretación armónica del precepto, no se cometería *per se*, sino que sería necesario que la conducta produjera el efecto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tendiente a producir esos efectos, al menos.

II

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Por regla general, conforme al artículo 20 del DL-211, las acciones a que dan lugar las infracciones atentatorias de la libre competencia prescriben en el plazo de tres (3) años contado desde la ejecución de la conducta en que se fundan.

La conducta imputada a Juan Hurtado es la tipificada en el inciso 2° letra d) del artículo 3° del DL-211, que consiste en *participar simultáneamente* en el directorio de dos o más empresas competitivas, conducta que -independientemente de si se configuran o no en la especie los requisitos para tipificarla-, dejó de ejecutarse respecto de Larraín Vial S.A **a partir del día 24 de julio de 2018** (día siguiente al de la última sesión de directorio en que participó Juan Hurtado, celebrada el 23 del mismo mes y año), y consistentemente con la falta de participación, **dejó de percibir dieta o remuneración por el cargo a partir de la misma fecha.**

Contado el plazo de tres años desde esa fecha, la acción de requerimiento intentada por la FNE prescribió el 24 de julio de 2021, término que corrió ininterrumpidamente debido a que no se dedujo requerimiento, ni demanda particular en su contra.

La notificación del requerimiento de autos se practicó con fecha 13 de enero pasado, según consta del atestado del ministro de fe, habiendo transcurrido con creces y por más de 5 meses, el plazo legal de prescripción de la acción de tres años, que a la sazón se encontraba inexorablemente extinguido.

Subsidiariamente, si por cualquier motivo el cálculo del plazo de tres años no se contara desde que Juan Hurtado dejó de *participar simultáneamente* en el directorio de Larraín Vial S.A. y de Consorcio Financiero S.A., como lo dispone perentoriamente la ley, sino de otras hipótesis posibles, la acción de requerimiento igualmente se encuentra prescrita.

En efecto, (i) si se considera que Juan Hurtado era director de Larraín Vial S.A. a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 de 2016, el 26 de febrero de 2017, oportunidad en que habría incurrido en la supuesta conducta ilícita, el plazo de tres años habría vencido el 26 de febrero de 2020; y (ii) si se considera que la última oportunidad en que Juan Hurtado fue electo director de Larraín Vial S.A., con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley fue en la junta extraordinaria de accionistas de 27 de abril de 2017, el plazo de tres años habría vencido el 27 de abril de 2020.

En definitiva, desde cualquier fecha que se calcule el plazo de prescripción, éste se encontraba vencido a la fecha de practicarse la notificación del requerimiento y la acción misma de requerimiento definitivamente prescrita.

Opongo, antes de cualquier otra excepción o defensa, la excepción de prescripción extintiva de la acción de requerimiento intentada por la FNE, establecida en el inciso 3° del artículo 20 del DL-211, por encontrarse prescrita, debido a que el plazo de tres años previsto en ese precepto estaba vencido, desde que el requerido **Juan Hurtado Vicuña había dejado definitivamente de participar en forma simultánea como director de Larraín Vial S.A., a partir del día 24 de julio de 2019**; y, subsidiariamente, contado el plazo de otras hipótesis posibles, (i) considerando que era director de Larraín Vial S.A. a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 de 2016, el 26 de febrero de 2017, oportunidad en que habría incurrido en la supuesta conducta ilícita, el plazo de tres años habría vencido el 26 de febrero de 2020; y (ii) si se considera como infracción el hecho que la última oportunidad en que Juan Hurtado fue electo director de Larraín Vial S.A., con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley, ocurrió en la junta extraordinaria de accionistas de 27 de abril de 2017, el plazo de tres años habría vencido el 27 de abril de 2020.

III
INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA AUTORIDAD O ADMINISTRACIÓN

Es inconcuso que en la reforma legal introducida por la nueva letra d) del artículo 3 del DL-211 por la Ley N° 20.945 de 2016, en vigencia desde el 26 de

febrero de 2017, que tipificó el *interlocking* directo horizontal, no se comprendió la figura del *interlocking* indirecto en cualquiera de sus formas, como se reconoce por la FNE incluso en su propia página *web*, por el Fiscal Nacional Económico, por el informe en derecho solicitado por la FNE, el Jefe de la División de Fiscalización de Cumplimiento y por lo resuelto por el H. Tribunal sobre la materia, antecedentes que se analizan pormenorizadamente en el siguiente capítulo.

La FNE es el órgano persecutor de las conductas que atenten contra la libre competencia, y desde la entrada en vigencia de la norma que estableció como infracción anticompetitiva el *interlocking* horizontal directo, mantuvo siempre la interpretación administrativa y el criterio que, solo ahora modifica, creando una nueva figura en el requerimiento en contra de mi representado, dando en su época potentes, indubitables y consistentes señales al mercado y a los sujetos pasivos de la figura, que no estaban incurriendo en ninguna infracción.

La posición de director de Larraín Vial S.A. y de Consorcio Financiero S.A. que ostentó Juan Hurtado durante un período era pública y notoria, pues se trata de sociedades *holding* o matrices de dos importantes conglomerados financieros distintos entre sí y sin relaciones de propiedad que constituyen, por sí mismos, **grupos empresariales autónomos informados como tales a la Comisión para el Mercado Financiero** ("CMF") [4].

Por lo tanto, el señor Hurtado se encontraba acogido de buena fe a una norma legal y a una interpretación acorde con el legislador, con la doctrina administrativa de la FNE y sus personeros, públicamente destacada e informada y con fallos de los Tribunales, configurando a su favor, mientras no cambiara oficialmente esa interpretación, la protección de la doctrina de la *confianza legítima*, hoy ampliamente reconocida a nivel administrativo y jurisprudencial, que impide sancionarlo por acto o conductas amparadas por ella.

[4] El grupo empresarial Larraín Vial se informa a la CMF bajo el **N° 58** y el grupo empresarial Consorcio se informa bajo el **N° 16**, todo de conformidad con la Circular N° 1246 de la CMF.

Esta doctrina no tiene interés solo para fines académicos, sino que opera muy efectivamente en la práctica, tanto a nivel administrativo como jurisprudencial.

Uno de los mayores exponentes de su conceptualización y desarrollo práctico es el actual Contralor General de la República Jorge Bermúdez Soto, quien en su obra "Derecho Administrativo General" (Santiago, Thomson Reuters, 2014), sostiene lo siguiente:

> "***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 que en los casos anteriores****. Por ello,* ***no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva****."* (Op. Cit. pág. 110) (el destacado es nuestro)

En el mismo sentido más adelante acota:

> *"En este sentido, es razonable entender que las actuaciones precedentes de la Administración pueden generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes".* ***Como concepto jurídico puede entenderse al principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) como el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública****, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares*" (Op. Cit. pág. 110) (el destacado es nuestro)

Finalmente, en lo que interesa, el amparo que deriva del principio de la confianza legítima deviene, según el mismo autor citado, en los siguientes deberes:

> *"a) Deber de actuación coherente; b) Vinculatoriedad del precedente administrativo; c) Deber de anticipación o anuncio del cambio de*

conducta; d) Deber de otorgar un plazo para el conocimiento o plazo de transitoriedad; e) Deber de actuación legal en la nueva actuación." (Op. Cit. pág. 110-116)

Ninguno de esos deberes adoptó oportunamente la FNE: ni ha actuado coherentemente, ni se siente vinculada con sus propias interpretaciones, ni anunció el cambio de la misma, ni otorgó un plazo a los subordinados, ni la nueva interpretación se ajusta a la ley. Antes, por el contrario, presentó un requerimiento infundado que infringe todos y cada uno de esos deberes.

Este principio y el amparo o protección judicial al administrado o particular beneficiado por él, ha sido reconocido por la Excma. Corte Suprema en innumerables ocasiones, pudiendo aseverarse que hoy en día constituye en términos generales una jurisprudencia asentada.

El caso más reciente de reconocimiento y amparo brindado al particular es la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2021, dictada por la unanimidad de los integrantes de la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema, en la causa caratulada "Espinoza con I. Municipalidad de Talca", recurso de protección, rol N° 45.282-2021, en cuyo considerando cuarto sienta la siguiente doctrina:

"Cuarto: Que, de acuerdo con el principio de la protección de la confianza legítima, las actuaciones de los poderes públicos producen la confianza entre los destinatarios de sus decisiones, resultando una manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica.

Al respecto, como se ha dicho previamente por esta Corte, la doctrina ha señalado que el mencionado principio "exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración (…) supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo de

> ***la misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales y económicas) similares****" (Luis Cordero Vega. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thompson Reuters. Año 2015. Pág. 307-308).*
>
> *Así, generan una legítima expectativa en el administrado en relación a la conducta que tendrá el órgano, que no puede ser desconocida por la autoridad, toda vez que aquello contraria sus actos propios."* (el destacado es nuestro)

Opongo, entonces, en subsidio de la excepción de prescripción extintiva del capítulo II precedente, como primera defensa de fondo, el amparo que confiere al administrado que actúa de buena fe, el principio de la *confianza legítima* en las directrices de la autoridad, que impide sancionar retroactivamente a Juan Hurtado Vicuña por una supuesta infracción a la conducta descrita en el literal d) del artículo 3° del DL-211, conocida como *interlocking* horizontal directo, por aplicación sobreviniente de una nueva interpretación que, en el hecho, expande la figura hasta comprender en ella el *interlocking* indirecto, desde luego porque a la fecha de esta nueva interpretación (independiente de su licitud), el afectado ya no estaba ejerciendo el cargo de director de Larraín Vial S.A., del cual se retiró dejando de participar como tal, desde el 24 de julio de 2018.

IV
EL INTERLOCKING INDIRECTO NO ES UNA FIGURA TÍPICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LIBRE COMPETENCIA

Que el ilícito anticompetitivo tipificado en la letra d) del artículo 3 ° del DL-211 es solo el denominado *interlocking* horizontal directo, no ofrece duda alguna.

Es poco probable que exista una controversia en que la evidencia decisoria contraria provenga de la propia parte que la provoca, pues lo que sustenta que lo predicado sea tan indiscutible, es precisamente la posición oficial y pública de la propia FNE, su Fiscal Nacional y su Jefe de División de Fiscalización de Cumplimiento.

Veamos.

➢ La página web de la FNE muestra hasta el día de hoy la siguiente advertencia destacada:

Interlocking

El interlocking es un vínculo entre dos empresas competidoras, que se produce cuando éstas comparten directa o indirectamente personas en sus cargos ejecutivos relevantes o en su directorio.
Su forma más directa se observa cuando una persona ejerce dichos cargos en dos empresas competidoras y se encuentra expresamente prohibida por el artículo 3 letra d) del DL 211, si es que se cumplen los umbrales de ventas establecidos en el mismo artículo. (el destacado es nuestro)
Lo anterior, sin perjuicio de que formas indirectas de interlocking, o casos en que no se superen dichos umbrales, puedan ser objeto de revisión respecto de sus riesgos o efectos en la libre competencia, en virtud del artículo 3 inciso 1° de la misma norma.

➢ Por su parte, el actual Fiscal Nacional Económico señor Ricardo Riesco, en una publicación sobre la Nueva Ley de Competencia de Chile (2016), sostuvo lo siguiente:

"3.1 Interlocking directorates

En esta materia es previo y necesario distinguir entre la figura del interlocking directo y el indirecto.

Por su parte, el interlocking directo es aquel que ahora se encuentra expresamente prohibido en Chile y refiere a aquella situación en la que ejecutivos o directores participan simultáneamente en empresas que compiten entre sí.

Por otro lado, el ***interlocking indirecto*** *puede configurarse por una serie de situaciones distintas en donde* ***la participación simultánea ya no es entre las mismas empresas competidoras, sino, por***

ejemplo, en la empresa filial de una matriz con la que se compite o, viceversa, en la empresa matriz de una filial con la que se compite o, incluso más, en la entidad que es el resultado de un joint venture entre empresas competidoras. ***Así, los casos de interlocking indirectos están limitados solamente por la imaginación humana.*** *En ese sentido, cabe mencionar que los interlocking directos e indirectos normalmente son investigados por las autoridades de competencia porque pueden suponer, con un grado razonable de probabilidad, riesgos de intercambios de información entre competidores que generan a su vez riesgos de coordinación en desmedro de la competencia.*

En ese sentido, la nueva ley ha adicionado un nuevo literal d) al artículo 3.º del DL 211, mediante el cual se estima como un acto atentatorio a la competencia «(…) 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 (4 millones de dólares) en el último año calendario (…)».

Ahora bien, la infracción a la competencia solo ocurre si la situación de interlocking directo *existe luego de transcurridos 90 días corridos desde el término del año calendario en que fue superado el umbral indicado. Como puede apreciarse, el legislador de competencia ha optado por una redacción escueta al momento de prohibir el interlocking directo, muy acorde a la reconocida frugalidad de la ley original. Aunque las más de las veces esta redacción frugal pueda preferirse, no deja de ser cierto que, a través de ella, se ha dejado a la casuística la determinación de lo que ha de entenderse por ejecutivo relevante y por empresas competidoras.* ***De esta forma, al menos con los casos de interlocking directo, el legislador de competencia ha preferido incluir errores de tipo en la prohibición que sufrir los***

costos de investigaciones y de la determinación de efectos.” (el destacado es nuestro)

Hemos reproducido en extenso la cita porque nadie mejor que el señor Fiscal Nacional Económico podría expresar con mayor certeza y propiedad el argumento en que se fundamenta esta defensa de fondo.

- El propio el Jefe de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE señor Manfred Zink Papic, ha informado en derecho [5] sobre el particular, lo siguiente:

“IV. ***NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3, INCISO 2, LETRA D), DEL DL 211***
A. El artículo 3, inc. 2, letra d) del DL 211
a) Tipos de interlocking y sus riesgos para la competencia
27. ***La Ley N°20.945 introdujo una nueva letra d) al inciso 2 del artículo 3 del DL 211, prohibiendo el denominado interlocking horizontal directo****, en los siguientes términos:* (lo destacado con negrillas y subrayado es nuestro).
“(…) 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 (…)”* (lo destacado es nuestro).

[5] “Informe en Derecho-Naturaleza de las infracciones del artículo 3 letra d) y 3 bis del Decreto Ley N° 211. Necesidad de Afectación a la Libre Competencia de la conducta”, Manfred Zink Papic, Diciembre de 2017

28. Las situaciones de interlocking consisten en vínculos estructurales entre empresas por medio de ejecutivos o directores comunes, ya sea directa o indirectamente, pudiendo manifestarse en un sinnúmero de formas. ***Resulta importante tener presente desde ya que, como se puede apreciar, la reforma legal no prohibió toda forma de interlocking, sino*** **sólo una hipótesis limitada, el llamado *interlocking* horizontal directo, que consiste en que una misma persona integre el directorio o tenga un cargo ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras.** *Por otro lado, la prohibición legal se fundamenta en que los interlockings pueden implicar riesgos o efectos negativos para la competencia. No obstante, debe considerarse que también pueden generar efectos pro-competitivos o de eficiencia.*" (el destacado es nuestro)

➢ Finalmente, el propio H. Tribunal mediante resolución de la denominada *Consulta del Gas*, dispuso que "*los riesgos de coordinación asociados al interlocking directo han sido suficientemente mitigados con la inclusión de la letra d) al artículo 3° del D.L. N° 211, que lo prohíbe*" [6]

¿Qué más se podría agregar acerca del ámbito de aplicación de la figura anticompetitiva de la letra d) del artículo 3 del DL-211, a lo categórico y docto de la autoridad encargada de defender la libre competencia?

¿Qué duda cabe que la tipificación de la conducta referida **solo comprende el denominado *interlocking* horizontal directo y no el *interlocking* indirecto en cualquiera de sus formas**, que como lo expresa metafóricamente el propio Fiscal Nacional Económico, están limitadas "*solamente por la imaginación humana"*?

[6] Resolución de término de 17.01.2018, N° 51/2018, 116.

Finalmente, constituye un elemento pacífico del análisis, a la luz de las enseñanzas de las autoridades de libre competencia, que la figura convenientemente descrita en forma parca e interesada en el requerimiento solo como *interlocking* horizontal, a saber, la circunstancia que una persona sea director de dos sociedades matrices de grupos empresariales distintos, entre cuyas filiales existen corredoras de bolsa (sin ser director en estas últimas), califica indiscutiblemente como *interlocking* horizontal indirecto y, por lo tanto, no susceptible de sancionarse como ilícito anticompetitivo, por las mismas razones tan profusamente explicadas por dichas autoridades expertas en la materia.

Sobre este punto es importante dejar establecido para el debate, que el requerimiento de la FNE se basa exclusivamente y solo imputa a mi representado, la supuesta infracción de la letra d) del artículo 3° del Dl-211 que tipifica el *interlocking* horizontal directo, y **no le imputa, ni se basa en las conductas innominadas del enunciado general anticompetitivo del inciso primero del mismo precepto**, que como lo sostienen los mismos autores, podría subsumir por su generalidad, eventuales conductas calificadas como *interloking* indirecto.

La controversia sobre esta materia está fijada. Le queda entonces vedado a la FNE invocar como infringida en el curso de la tramitación de esta causa, la figura anticompetitiva genérica del inciso primero del artículo 3 del DL-211, sin violar con efecto insanable de nulidad procesal, la regla de la congruencia que deriva de la garantía constitucional del debido proceso.

Por lo anterior, opongo subsidiariamente a la defensa del capítulo III anterior, la defensa de fondo de que la conducta que la letra d) del artículo 3° del DL-211 tipifica, está constreñida estrictamente al denominado *interlocking* horizontal directo, y no abarca o se extiende a cualquier figura de *interlocking* indirecto, que es precisamente la que se describe en el requerimiento y de la que se acusa a mi representado, precepto que por su naturaleza y especialidad no puede interpretarse extensivamente, ni por analogía, a ninguna otra situación no comprendida rigurosamente en el tipo, por mucha imaginación que sea capaz de desplegar el persecutor.

V

INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO LEGAL DE EXISTIR EMPRESAS COMPETIDORAS: EL CONCEPTO DE EMPRESA DEL REQUERIMIENTO DE LA FNE NO SE CORRESPONDE CON LA RELACIÓN ENTRE MATRIZ Y FILIAL

El requerimiento de la FNE intenta esquivar la calificación de *interlocking* indirecto que corresponde doctrinariamente a la conducta descrita en el mismo (que no está prohibida), por la vía oblicua de sugerir que entre la matriz Larraín Vial S.A. y su filial Corredora Larraín Vial, por una parte y Consorcio Financiero S.A. y su filial Corredora Consorcio, por la otra, existirían respectivamente unas *empresas competidoras*, que son los vehículos a que se refiere la conducta descrita en el tipo, encajándola forzadamente en la hipótesis de *interlocking* horizontal, sin apellidos.

Este artificio no pasa el test del mínimo rigor analítico-jurídico que debe presidir el fundamento de todo acto de autoridad.

5.1 Entre una sociedad matriz de un grupo empresarial y una de su filiales, por una parte y entre otra sociedad matriz de un grupo empresarial y una de sus filiales, por la otra, no existe respectivamente una empresa.

Entre la matriz Larraín Vial S.A *holding* del grupo empresarial Larraín Vial y su filial Corredora Larraín Vial y entre Consorcio Financiero S.A. *holding* del grupo empresarial Consorcio y su filial la Corredora Consorcio, no existe respectivamente una *empresa*.

La *empresa* es una organización económica que a lo largo de la historia institucional y legislativa del país ha sido definida desde diversos ángulos, pero todos ellos participan de ciertos elementos comunes.

Tempranamente en 1975, el artículo 7 del DL-106 denominado Estatuto Social de la Empresa, la definió como sigue:

"Artículo 7°.- Constituye empresa, para los efectos de la presente ley, la entidad destinada a la producción, comercio o distribución de bienes o a la prestación de servicios que, bajo una dirección unitaria, persigue una finalidad económica y social y se encuentra organizada con el concurso de trabajadores e inversionistas."

Por su parte, el artículo 3° del Código del Trabajo define la empresa:

"Art. 3 Toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada"

Diversos trabajos de autores ensayan definiciones de *empresa*, entre los que podemos consignar los siguientes:

- *"Constitución y amparo económico" de Francisco Zuñiga Urbina*.

Este autor expresa lo siguiente:

*"Sobre la **definición** de **empresa**, el profesor Jorge Precht ha enumerado los siguientes elementos: "La existencia de un organismo determinado y unitario, una cierta permanencia, una cierta duración (nuestro concepto de la habitualidad), posibilidad de realizar un beneficio Actividad económica: producción, intercambio, circulación de bienes o servicios, Relación con una clientela, un mercado, Sujeto de derecho, persona física o moral Dirección autónoma Contabilidad propia."*

- *El Estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional, de Jorge Precht Pizarro.*

Este autor señala lo siguiente:

"En Chile, esta sabia percepción ha sido constantemente enseñada por este viejo y siempre joven formador de juventudes, don Julio Chaná Cariola. Dice este querido maestro: "La empresa es, pues, una institución

económico-social que no cabe dentro de las entidades del derecho, o sea de las personas, pero que influye en la normativa jurídica actual" (Chaná, Baeza, Illanes y Figueroa: La Empresa, participación de los trabajadores, Editorial Andrés Bello 1973, página 41)

En estos trabajos se dan como elementos de la empresa los siguientes: La existencia de un organismo determinado y unitario. Una cierta permanencia, una cierta duración (nuestro concepto de la habitualidad. Posibilidad de realizar un beneficio. Actividad económica: producción, intercambio, circulación de bienes o servicios (5) Relación con una clientela, un mercado. Sujeto de derecho, persona física o moral. Dirección autónoma. Contabilidad propia.
Pero, cuando se trata de definir "empresa" o "actividad empresarial" se entrega al juez de fondo el determinarlo, sin entregarle un carril jurídico estructurado."

La jurisprudencia nacional reciente ha conceptualizado la empresa de la siguiente forma:

- *Sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 23 de diciembre de 2021, Rol 33385-2020.*

"Considerando noveno: *"Sobre la materia resulta ilustrativo lo decidido por la Contraloría General de la República a través del Dictamen N° 2.594, de 21 de enero de 2008, en el sentido que* ***es amplio el concepto de empresa principal de que se vale el legislador, dado que abarca a cualquier persona natural o jurídica, dueña de la obra, empresa o faena en que se lleven a cabo los trabajos o se presten los servicios, sin diferenciar si son de derecho privado o público****, concluyendo que "resulta forzoso colegir que deben entenderse incluidas en el concepto empresa principal, para los efectos de la preceptiva de la subcontratación de que se trata, las entidades u organismos de la Administración del Estado", doctrina que, en todo caso, también surge de sus Dictámenes N° 24.838 y 60.804, de los que además se concluye que*

la inexistencia de lucro no tiene incidencia para determinar si se está en presencia de un trabajo en régimen de subcontratación."

- *Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca con fecha 19 de diciembre de 2020, Rol 114-2020.*

"Voto en contra del Ministro Carrillo González: "*Cabe señalar que, conforme lo razona el señor Juez de mérito en el razonamiento décimo tercero del fallo en análisis,* ***el concepto de "empresa" para estos efectos, es de contenido amplio, sin excluir a ninguna persona natural o jurídica, cualquiera sea su naturaleza legal, lo que hace improcedente excluir a un servicio del Estado de la responsabilidad que establece la norma en cuestión****, respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de una obra contratada con un tercero. Precisamente, se trata de la expresión del carácter protector del Derecho Laboral"*.

De las diversas definiciones de *empresa* que proporcionan tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia, pueden extraerse determinados requisitos comunes para discernir en este caso particular la aplicación de la regla de *interlocking* horizontal directo, cuándo estamos en presencia de una *empresa* en la que una persona pueda ser *director*, a saber:

5.1.1 Debe ser un organismo determinado.

El titular de la empresa, lo que la constituye como organización es que debe tratarse de un **organismo determinado**.

Caben en este requisito una serie de organizaciones con o sin personalidad jurídica, tales como sociedades civiles o comerciales, fundaciones, corporaciones, cooperativas, comunidades, *joint ventures*, asociaciones, cuentas en participación, sociedades de hecho, empresarios individuales, fondos, patrimonios de afectación, etc., pero siempre que reúna el elemento de *determinación necesario*.

Ningún autor, sentencia o la ley suponen, infieren o derechamente califican de *empresa* a una sociedad matriz de un grupo empresarial con una filial del mismo, precisamente porque carecen del necesario elemento aglutinador de determinación.

Caben en la empresa todas las clases de personas jurídicas, porque solo en ellas es dable concebir la figura del *director*, propia de las sociedades por acciones, pero que podría admitirse en otras sociedades o personas jurídicas sin fines de lucro y que constituye la acusación formulada al requerido: que es director de dos empresas competidoras.

¿Pero cómo podría una persona ser *director* de una empresa indeterminada formada mediando una ficción jurídica, por una matriz de un grupo empresarial y una de sus muchas filiales, si esa empresa imaginaria no tiene estructura de cargos, ni directorio, ni ejecutivos, a diferencia de quiénes los ostentan particularmente en cada una de la sociedad matriz y de la filial, en forma separada y autónoma?

La respuesta es necesariamente que no podría y si ello es así, entonces la circunstancia de que Juan Hurtado hubiese sido director de Larraín Vial S.A. y de Consorcio Financiero S.A. es inocua, pues tales empresas determinadas, setas si, no compiten entre sí. Cosa diferente habría sido si el mismo Juan Hurtado hubiese sido director simultáneamente de la Corredora Larraín Vial y de la Corredora Consorcio, que efectivamente podrían competir.

Por otro lado, en la propia legislación de libre competencia, el artículo 47 del DL-211 y la FNE en la Guía de Competencia (FNE 2017), se refiere a una figura similar al de *empresa* cual es el *agente económico* de la siguiente forma:

> *"III. AGENTE ECONÓMICO*
>
> *15. El inciso final del artículo 47 del DL 211 entiende por agente económico a "toda **entidad**, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, **que ofrezca o demande bienes o servicios**. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios".*

A. DEFINICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO

16. El DL 211 contempla una definición amplia de lo que ha de entenderse por agente económico. En efecto, el criterio central es ***la capacidad para desarrollar una actividad económica, lo que se traduce en la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios****. Adicionalmente, se refiere a "toda entidad, o parte de ella", es decir,* ***tampoco limita dicho concepto a determinado tipo de estructura corporativa, entendiéndose incluidas personas jurídicas, personas naturales, o cualquier otro tipo de entidad, aun cuando carezca de personalidad jurídica****. Puede igualmente tratarse únicamente de activos, carentes de estructura corporativa, pero con capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios, sea de forma actual o futura."* (el destacado es nuestro)

Es interesante advertir que el legislador no utilizó para el caso bajo análisis, el concepto técnico de *agente económico* para tipificar al agente de la conducta del *interlocking* horizontal directo, sino un concepto tradicional como es el de la *empresa*, que se utiliza y aplica multidisciplinariamente en el derecho y las actividades económicas, pero que tiene un conjunto de elementos doctrinales comunes que la identifican y determinan, y que en particular para la figura del *interlocking* horizontal directo, que no pueden soslayarse o acomodarse.

En el caso del *agente económico* (no así en el de *empresa*), se hace patente que cuando el legislador quiso que el concepto se extendiera a otros patrimonios u organizaciones que, por su naturaleza no pudieran calificarse como *entidad*, lo hizo, y es por ello que el mismo artículo 47 del DL-211 en su oración final, incluye como tales al *"conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios*", que naturalmente no quedarían comprendidos en la definición central.

El mismo legislador no extendió la definición de *empresa*, a los efectos de la figura de *interlocking* horizontal directo, a otras figuras que naturalmente no constituyeran una *empresa*, como es el caso de una sociedad matriz de un grupo empresarial y una filial del mismo.

Se advierte, entonces, que desde la perspectiva de todas las disciplinas jurídicas, incluida la legislación sobre libre competencia, es esencial que el agente sea una organización **determinada**, elemento esenciales que excluye calificar como *empresa* para fines de *interlocking*, a un conjunto de personas jurídicas sin determinación como ocurre con una sociedad matriz de un grupo empresarial y una de sus filiales.

5.1.2 La empresa debe ejercer una actividad económica de producción, intercambio y circulación de bienes o servicios

Este es un elemento común a la definición de *empresa*, con meras diferencias de texto o redacción, y constituye un requisito consustancial a toda empresa. Es lo que la constituye. Si una organización se dedica al estudio de las ideas y su divulgación, será un instituto; si a la beneficencia será una fundación; si al desarrollo de sus socios una corporación; si a prestar servicios a sus miembros una cooperativa, etc., pero todas esas organizaciones, si a la vez ejercen una actividad económica de producción de bienes y servicios, entonces podrían también constituir una empresa.

No es lo que ocurre con una sociedad matriz de un grupo empresarial y una de sus filiales, cual es el caso que pretende armar la FNE en su requerimiento.

En efecto, una sociedad matriz o holding de un grupo empresarial tiene por objeto controlar las sociedades o entidades que forman parte del conglomerado, lo que conlleva fundamentalmente designar sus directores o administradores y recibir e invertir los dividendos que reciba.

Entre la sociedad matriz o holding del grupo empresarial y las entidades controladas existe *per se* un grupo empresarial, que se define en la Ley de Mercado de Valores ("LMV"), como:

> *"Artículo 96.- **Grupo empresarial** es el **conjunto de entidades** que presentan **vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia**, que hacen **presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos**, o que existen*

riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten."

Forman parte de ***un mismo grupo empresarial****:*

a) Una sociedad y su controlador;

b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último,"

(el destacado es nuestro)

Como se aprecia, a la luz de las definiciones legales de *grupo empresarial* y sus integrantes, una sociedad controladora o matriz y sus controladas o filiales, forman un solo o un mismo grupo empresarial por mandato legal de la LMV.

De la propia definición de *grupo empresarial* y la integración de sociedades que lo forman, se desprende que para los efectos que nos ocupan, es imposible considerar que entre su matriz o holding y una de sus filiales se estructure una *empresa*, porque un *conjunto de entidades* es una grupo empresarial y no una empresa; los *vínculos de propiedad*, *administración o responsabilidad crediticia* no constituyen por su naturaleza una actividad económica de producción de bienes o servicios; y el hecho que se presuma que *la actuación económica y financiera de sus integrantes esté guiada por intereses comunes del grupo o subordinada a éstos*, destruye en su esencia que sean una misma actividad económica de producción de bienes o servicios.

De prosperar la tesis de la FNE, se arribaría al aberrante efecto que un grupo empresarial completo sería una empresa entre sí, considerando su matriz y sus filiales o fragmentariamente, que entre la sociedad matriz del mismo y cada una de sus filiales que lo constituyen, existiera una empresa diferente, un conjunto de empresas distintas entre la matriz y sus filiales, lo que repugna a la estructura completa del Título XV "De los grupos empresariales, de los controladores y de las personas relacionadas" de la LMV.

Es más, la propia definición legal de sociedad matriz y filial descarta que entre una y otra exista otra relación que la propietaria y de designación de los directores o administradores, tal como lo señala el artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas ("LSA"), a saber:

"*Art. 86. Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta* ***controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto*** *o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores."* (el destacado es nuestro)

La hipótesis del requerimiento de la FNE, es que Larraín Vial S.A. sociedad matriz y controladora del grupo empresarial Larraín Vial y una de sus filiales, la Corredora Larraín Vial, forman en conjunto una sola *empresa* que se dedica a *"la prestación se servicios de intermediación de valores -de renta fija y variable- y a la prestación de otros servicios ofrecidos por corredoras de bolsa*[7]"- y que Consorcio Financiero S.A., sociedad matriz y controladora del grupo empresarial Consorcio y una de sus filiales Corredora Consorcio forma otra *empresa* que tiene el mismo giro, y que por haber sido Juan Hurtado director en ambas sociedades matrices por un periodo, incurrió en el ilícito de *interlocking* horizontal directo, es una total desmesura que no tiene sustento en la ley, ni en la realidad fáctica, por las siguientes razones indesmentibles:

(a) Tanto Larraín Vial S.A. como Consorcio Financiero S.A. son sociedades anónimas ordinarias, no reguladas, ni fiscalizadas por la CMF, matrices de distintos grupos empresariales con gran cantidad de distintas filiales cada uno y **de giro u objeto social amplio de inversiones**.

(b) Tanto la Corredora Larraín Vial como la Corredora Consorcio son sociedades **reguladas y fiscalizadas por la CMF**, regidas por el Título VI de la LMV "De los corredores de bolsa y agentes de valores", **de objeto exclusivo de intermediación bursátil** (y de aquellas otras actividades complementarias que autorice la CMF) e inscritas en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores que lleva la CMF, lo que no ocurre con sus sociedades matrices.

[7] §10 del requerimiento

(c) La actividad de corretaje de valores está reservada por la LMV a exclusivamente los corredores de bolsa. Nadie puede dedicarse a la actividad de corretaje de valores, o a la "*prestación se servicios de intermediación de valores -de renta fija y variable- y a la prestación de otros servicios ofrecidos por corredoras de bolsa*" como la define el requerimiento, sin haber cumplido previamente con todos los requisitos exigidos por la ley y encontrarse inscrito en el Registro de Corredores de la Bolsa y Agentes de Valores.

El inciso final del artículo 24 de la LMV dispone imperativamente:

> *"Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en el artículo siguiente,* ***ninguna persona podrá actuar como corredor de bolsa o agente de valores sin que previamente se haya inscrito en los registros que para el efecto llevará la Comisión.****"* (el destacado es nuestro)

Complementa este mandato el artículo 60 letra b) de la LMV que tipifica como delito el actuar como corredor de la bolsa, sin serlo:

> *"Art. 60. Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo:*
>
> *b)* ***Los que actuaren directamente o en forma encubierta como corredores de bolsa****, agentes de valores, empresas de auditoría externa o clasificadores de riesgo,* ***sin estar inscritos en los Registros que exige esta ley*** *o cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada, y los que a sabiendas les facilitaren los medios para hacerlo"*; (el destacado es nuestro)

¿Puede admitirse que la FNE califique como una *empresa* a la sociedad matriz de un grupo empresarial y a su filial corredora de bolsa, presumiendo que esa supuesta *empresa* despliega una actividad económica de *"prestación se servicios de intermediación de valores -de renta fija y variable- y a la prestación de otros servicios ofrecidos por corredoras de bolsa"*, cuando se trata de una actividad

reservada por ley exclusivamente a estas últimas, atribuyéndole de esa forma estar efectuando una actividad prohibida y delictual?

(d) Las sociedades matrices de cada grupo empresarial, Larraín Vial S.A. y Consorcio Financiero S.A., no requieren capitales mínimos o garantías para operar como tales, como ocurre con sus filiales corredoras de bolsa (garantías para operar, prenda sobre la acción de la bolsa en que operen, seguros, capital mínimo, índices y factores de endeudamiento y operación por cuenta propia, etc.)

(e) Ambas matrices son administradas por directorios propios e independientes, integrados por personas elegidas por sus accionistas en juntas de accionistas diferentes y lo mismo ocurre con los directorios de las corredoras de bolsa.

Los directores de las sociedades matrices Larraín Vial S.A. y Consorcio Financiero S.A. **son y han sido siempre personas diferentes de los directores de sus respectivas sociedades filiales corredoras de bolsa**.

(f) Los directores de cada sociedad Larraín Vial S.A. y Consorcio Financiero S.A. están sometidos a un catálogo de deberes y responsabilidades establecidos en la LSA y en los estatutos sociales, son personalmente responsables de sus actuaciones como tales, se deben a la sociedad en la que ejercen el cargo, y no obedecen, ni pueden obedecer a los intereses de accionistas con cuyos votos resultaron elegidos.

Así lo disponen los artículos 41 y 39 de la LSA, que rezan:

> *"Art. 41. Los directores deberán* ***emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.****"* (el destacado es nuestro)

"Art. 39. ***Las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables*** *y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida. Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social.*

Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron*."* (el destacado es nuestro)

Del análisis anterior, queda demostrado que el concepto de *empresa* sobre el cual descansa el requerimiento de la FNE, constituye una peligrosa desmesura, porque aunque todos estamos de acuerdo que la *empresa* no se identifica necesariamente con la sociedad o persona jurídica, de ahí a inferir que para los efectos de *interlocking* horizontal directo y el cumplimiento del requisito de ser director, pueda constituirla un conjunto de sociedades distintas que forman parte y constituyen un grupo empresarial, con objetos diferentes, con directorios responsables independientes, que no siguen y no pueden seguir directrices operativas de sus controladores, máxime en una actividad reservada por ley a una determinada categoría de sociedad comercial como son las corredoras de bolsa y cuya actividad solo la pueden ejercer ellas, sin cometer un ilícito penal, hay una diferencia abisal.

5.2 Un grupo empresarial es por definición una organización diferente a una *empresa*.

Esta conclusión no solo está refrendada por las normas que regulan uno u otra, como hemos visto, sino que se diferencian especialmente a la luz de las normas sobre libre competencia, en particular, en la propia disposición que regula el *interlocking* horizontal directo como ilícito anticompetitivo.

La letra d) del artículo 3° del Dl-211, discurre sobre la base de la diferencia entre ambos conceptos precisamente al tipificar la conducta, desde que sitúa a la *empresa* como el organismo en el cual la persona debe participar simultáneamente como director y, seguidamente, referir el umbral de ventas para estimar que son competitivas entre sí, al *grupo empresarial* al que pertenecen las referidas empresas.

En el § 33 del requerimiento, la FNE sostiene que el concepto de *empresa* competidora *"incluye a todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente",* que no es otra cosa que afirmar que el controlador de un grupo empresarial y todas las sociedades y entidades que pertenecen a él, que son las controladas por la matriz o holding, son una sola y determinada *empresa*, confundiendo y haciendo equivalentes dos entes absolutamente diferentes que la misma norma distingue y reconoce.

Luego, la FNE agrega que *"si una sociedad está en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de las filiales u otras empresas relacionadas, o define derechamente tal comportamiento, está formando parte del proceso de toma de decisiones competitivas, debiendo por lo tanto considerase parte de la misma unidad económica."*

Con esta bajada, la FNE relativiza la equivalencia del postulado principal empresa=grupo empresarial, sugiriendo tenuemente que el factor de distinción sería *"la posición de ejercer influencia vinculante en el comportamiento competitivo de las filiales."*

Si se parte del supuesto legal que todo controlador tiene el poder de influir en la administración del controlado, entonces el silogismo secundario de la FNE vuelve a identificar la figura con el silogismo principal de que empresa=grupo empresarial. Ahora bien, si se trata de una cuestión de hecho, es decir, si es necesario que esa *influencia se materialice en el comportamiento competitivo de la filial* para saltar a la desmesurada conclusión de que entre controlador y controlado hay una sola *empresa*, al menos tienen que existir indicios serios y concordantes

de tal malsana influencia, que no puede deducirse por el solo hecho que exista una sociedad matriz controladora de una grupo empresarial y una filial controlada que forma parte del mismo.

El caso Uber que cita el requerimiento señala precisamente lo que venimos diciendo (aunque en una figura anticompetitiva completamente distinta, no regida por la letra d) del artículo 3 del DL-211). En la nota a pie de página 23 del requerimiento, se reproduce una parte del fallo, en la que el TDLC señala que *"como la de autos en que la filial ejecuta las instrucciones de su matriz podrían ser dirigidas, indistintamente, en contra de cualquiera de ellas."*

Se trata de figuras anticompetitivas diferentes, pero si la FNE cita en su apoyo la frase reproducida arriba, tendrá que estarse a lo que dice, esto es, que en ese caso había una filial que ejecutaba, es decir, cumplía las instrucciones de su matriz, situación de hecho que en el caso de autos no solo no existe, sino que ni el temerario requerimiento osa siquiera insinuar.

Tras el razonamiento precedente, opongo en subsidio a la defensa del capítulo IV anterior, la defensa de fondo de no concurrir en la infracción denunciada por el requerimiento, el requisito de tratarse de una *empresa*, toda vez que la sociedad matriz del grupo empresarial Larraín Vial S.A. con su respectiva filial Corredora Larraín Vial y la sociedad matriz del grupo empresarial Consorcio Financiero S.A. con su respectiva filial Corredora Consorcio, no la configuran, por lo que el ilícito anticompetitivo de que se acusa a mi representado, descrito en la letra d) del artículo 3° del DL-211, no puede producirse, ni aún en la hipótesis de entender que el precepto contiene la figura de *interlocking* horizontal indirecto, que por cierto no hace.

VI
DESPROPORCIÓN DE LA MULTA

En el petitorio (iii) del requerimiento, la FNE pide al H. Tribunal que imponga a Juan Hurtado Vicuña una multa de 250 UTA, a la sazón del orden de $165.000.000.-, por la infracción de la letra d) del artículo 3° del DL-211, que tipifica

el *interlocking* horizontal directo, ilícito supuestamente de mero peligro o riesgo que se cometería *per se,* por el solo hecho de participar simultáneamente una persona como director de empresas competitivas, cuyo grupo empresarial obtenga ingresos anuales de más 100.00 UF.

El requerimiento no expresa el *rationale* para discernir el monto de las multas solicitadas entre los requeridos, limitándose a presentar una Tabla N° 2 con indicación de las cuantías, pero sin proporcionar elementos objetivo de juicio para asignarlas entre ellos, como grado de culpabilidad, gravedad del ilícito imputado, conducta anterior, reincidencia, solvencia, etc., factores hoy en día elementales para la fijación de multas, cuya omisión ha dado lugar al acogimiento de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucionalidad.

Esta total ausencia de lógica en la solicitud, en el contexto de las excepciones y defensas de fondo opuestas en esta contestación, conducen a que devenga en desproporcionada, particularmente, por las siguientes razones:

(a) La conducta que se acusa a Juan Hurtado, que el requirente califica como un ilícito de peligro o riesgo y que, en opinión de la FNE, se infringiría *per se*, por el solo hecho de concurrir los requisitos del tipo, en forma objetiva, aunque no se haya producido efectivamente un hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a ello, conducta abstracta donde el bien jurídico protegido es la competencia en el sistema o el mercado, no contiene elementos defraudatorios o infamantes, por lo que cualquier sanción pecuniaria debe considerar que no se produjo ningún efecto dañino o amenaza real a la libre competencia.

(b) El señor Hurtado no renunció al cargo de director de Larraín Vial S.A. a la dictación de la Ley N° 20.945 de 2016, publicada el 30 de agosto de 2016 y en vigencia desde el 26 de febrero de 2017, toda vez que de buena fe actuó amparado por el principio jurídico de la *confianza legítima* en la interpretación de la norma efectuada oficial y públicamente por la FNE y sus personeros principales.

(c) A la presentación del requerimiento, Juan Hurtado había dejado de participar como director de Larraín Vial S.A. más de tres y medio años antes y de su formal renuncia había sido informada a la junta de accionistas en abril de 2019, es decir, 2 años 10 meses antes.

(d) El requerido participó como director simultáneamente en Larraín Vial S.A. y Consorcio Financiero S.A. **solo por un período limitado de 17 meses**, en el cual se celebraron 17 reuniones de directorio, a las que Juan Hurtado **asistió solo a 9 sesiones (53%) y se excusó a 8 sesiones (47%)**. A la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.495 de 2016, a fines de febrero de 2017, ejercía como director, pero dejó de participar como tal y de facto se retiró definitivamente del mismo, a partir del 24 de julio de 2018, dejando de percibir remuneración por el cargo.

(e) En el hecho, Juan Hurtado ejerció el cargo de directorio en forma transitoria, por las razones explicadas en el cuerpo de esta presentación.

(f) No existe, ni se le imputa durante la participación simultánea en los directorios, ningún hecho, acto o convención que hubiere impedido, restringido o entorpecido la libre competencia o que hubiera tendido a producir esos efectos, ni en acto, ni en potencia.[8]

(g) En casos contemporáneos en que la FNE ha formulado requerimientos por la grave conducta anti competitiva de colusión, las multas propuestas no guardan relación con la solicitada para Juan Hurtado, como se muestra comparativamente con la siguiente información:

- Requerimiento FNE rol N° C-403-2020 por colusión, actualmente en curso, interpuesto en contra de Ricardo Pacheco Campusano, multa solicitada de 85 UTA y Rodrigo Lisozaín Videla, multa solicitada de 90 UTA.

[8] *La referencia en §51 del requerimiento, a una sesión de directorio de Consorcio Financiero S.A. de 31 de mayo de 2017, fen que el general general de Corredora Consorcio habría expuesto acerca de los próximos desafíos y pasos de la empresa y de una sesión de directorio de Larraín Vial S.A. de 18 de diciembre de 2017, en la que se habría expuesto el presupuesto de 2018 y el plan a 4 años, como indicativos de información que potencialmente afectaría la libre competencia, no tienen esa connotación.*

- Requerimiento FNE rol N° C-353-2018 por colusión, conciliada, interpuesto en contra de la Asociación Gremial Cirujanos V Región solicitando multa 1.000 UTA, y solidariamente en contra de contra de 111 médicos asociados.

- Requerimiento FNE rol N° C-265-2013 por colusión, interpuesto en contra de Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, solicitando multas de 30 UTA en contra de 25 médicos especialistas en obstetricia y ginecología.

(h) Finalmente, a los efectos de la reducción de la multa a una cuantía meramente nominal, opongo la **excepción de error exculpatorio**, fundado en el hecho que de estimar el H. Tribunal que no concurren en la especie los requisitos para acoger el amparo de la *confianza legítima* que de buena fe hizo el requerido en la interpretación oficial y pública de la autoridad competente, al menos se configuran loe elementos del error exculpatorio.

En efecto, el requerido no podía sino ignorar la antijuridicidad del precepto que se le imputa haber infringido, porque se basó en su actuar de buena fe, en la interpretación oficial y pública que le dio al mismo la propia FNE y sus personeros, depositando en ella la tranquilidad de obrar correctamente en el sentido que la ley le señalaba, tanto en su texto como en su espíritu.

Un reciente fallo de fecha 23 de diciembre de 2020, rol Nº237-2020, dictado en un contencioso administrativo por la unanimidad de la Sexta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, acogió un reclamo de ilegalidad en un caso análogo al de autos, sentando la siguiente doctrina, plenamente aplicable en la especie:

> *"**Décimo cuarto**: Ha de reconocerse también que **en el ámbito regulado para el ejercicio del cargo de director independiente, el deber de conocer la antijuridicidad de los hechos que podrían configuran la infracción es más exigente** y, por ende, limita la excusa del error acerca del contenido y alcance de la inhabilidad contenida de la norma. Sin embargo, en el caso de autos **el reclamante no alega ignorancia de la ley**, **sino error en la interpretación jurídica de tal norma, pues de***

> ***buena fe e ilustrado sobre el punto legal por letrados, estimó cumplir los requisitos previstos en la ley para ejercer el cargo de director*** *independiente,* ***error que en el caso de autos resulta excusable por cuanto teniendo el señor Valdés la profesión de ingeniero****, se atuvo a la* ***opinión profesional*** *de un estudio jurídico serio y de prestigio,* ***antecedente suficiente para justificar su actuar, excluyendo el reproche de culpabilidad formulado por la autoridad de control****."* (el destacado es nuestro)

En el caso de autos la situación es idéntica en sus elementos esenciales: el requerido Juan Hurtado es de profesión ingeniero; y no ha alegado ignorancia de la ley, sino haberla cumplido en el entendimiento que la interpretación a la que se acogió era la exégesis oficial y pública dada por el organismo persecutor (cuyo valor de convicción es superior al de una opinión legal letrada, por relevante que sea y de quien provenga), por lo que su eventual error de no haber renunciado oportunamente al cargo de director de Larraín Vial S.A., resulta del todo excusable y justifica su actuar, excluyendo reproche de culpabilidad por la autoridad de control.

Por las razones señaladas solicito al H. Tribunal, en forma subsidiaria a todas las excepciones y defensas de fondo formuladas en esta contestación, la reducción de la multa solicitada por la FNE a una (1) UTA o a la cantidad que el H, Tribunal determine conforme al mérito del proceso.

POR TANTO, al tenor de las alegaciones, excepciones y defensas de fondo formuladas en el cuerpo de esta contestación y normas legales citadas,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE SOLICITO: Tener por contestado el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de mi representado Juan Hurtado Vicuña, integrado por las excepciones y defensas de fondo formuladas en el orden y primacía expuestas en la contestación, y con su mérito rechazarlo en todas su partes, con expresa condenación en costas, o en subsidio, reducir la multa a la cantidad solicitada o a la que se digne fijar conforme al proceso y a lo que su prudencia y equidad le dictaren.

PRIMER OTROSI: Sírvase el H. Tribunal tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y en virtud del mandato judicial cuya copia acompaño en otrosí, asumo personalmente la representación, patrocinio y poder del requerido Juan Hurtado Vicuña, sin perjuicio de la intervención de los demás apoderados designados en el mismo mandato judicial.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal por acompañada copia de la escritura pública de fecha 27 de enero, repertorio N° 959-2022, otorgada ante el Notario Público de Santiago Patricio Raby Benavente, en la que consta el mandato judicial conferido por el requerido Juan Hurtado Vicuña al compareciente y otros abogados, para actuar en su representación en esta causa.

TERCER OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 N°2 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N°21.394, hago presente al H. Tribunal para los efectos pertinentes, los siguientes medios de notificación electrónicos: alcainod@alcainoabogados.cl; mgiovanazzi@alcainoabogados.cl; jdelahoz@alcainoabogados.cl; y ahernandez@alcainoabogados.cl, todos correspondiente a los correos electrónicos de los apoderados en esta causa.

ALFREDO ALCAINO DE ESTEVE

Firmado digitalmente por ALFREDO ALCAINO DE ESTEVE
Fecha: 2022.02.05 19:30:35 -03'00'