

Recurso de reclamación.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Cristóbal Eyzaguirre Baeza y Santiago Bravo, abogados, en representación convencional, según consta en autos, de **Consorcio Financiero S.A.** (“CFSA”), en autos caratulados “Requerimiento FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros”, Rol C-437-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Conforme al artículo 27 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”)¹, interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 202/2025, de 14 de abril de 2025 (la “Sentencia”), notificada a esta parte al día siguiente (foja 601), dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y recaída en el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en contra de don Juan José Hurtado Vicuña (“Juan Hurtado”), CFSA y Larraín Vial SpA (“LV”), por supuesta infracción al artículo 3°, inciso segundo, letra d) del DL 211 (el “Requerimiento”).

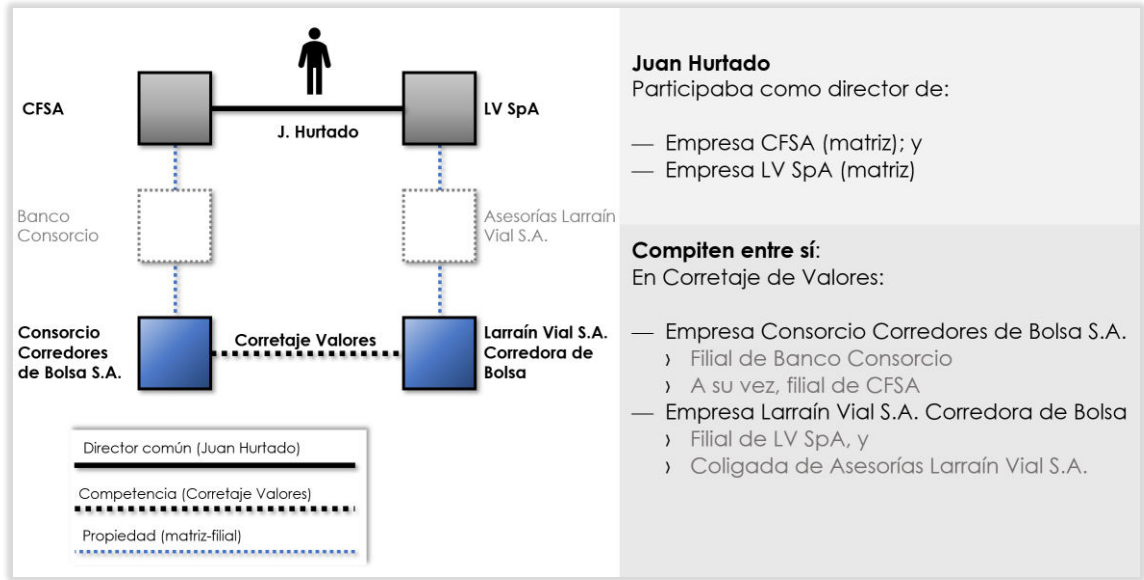
Solicitamos que la reclamación se conceda para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que dicho Excmo. Tribunal: **(a)** revoque la Sentencia, declarando que se rechaza el Requerimiento en todas sus partes, con costas; **(b)** en *subsidio de lo anterior*, se deje sin efecto la multa impuesta a CFSA; y, **(c)** en *subsidio de las solicitudes anteriores*, se reduzca sustancialmente la multa impuesta a CFSA. La reclamación se basa en las siguientes consideraciones generales, que son desarrolladas posteriormente en detalle.

Este caso es jurídicamente aberrante. La Sentencia condenó a un tercero (CFSA), por haber incurrido en una supuesta conducta *omisiva e imposible* (no impedir que Juan Hurtado fuera director de las empresas requeridas), constitutiva de una artificial infracción de *peligro abstracto* y *per se*, supuestamente contemplada en el literal d) del artículo 3° del DL 211 (no lo está).

Los hechos son los siguientes. Juan Hurtado participó simultáneamente como director de CFSA y LV; dichas empresas son las matrices, respectivamente y a través de otras personas jurídicas, de sus empresas filiales Consorcio Corredores de Bolsa y Larraín Vial Corredora de Bolsa; y estas dos últimas empresas (en las que Juan Hurtado nunca participó como director) compiten *entre sí* en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa (el “Corretaje de Valores”) (**Figura 1**).

¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Construcción, de 18 de octubre de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973.

Figura 1 | Hechos del juicio



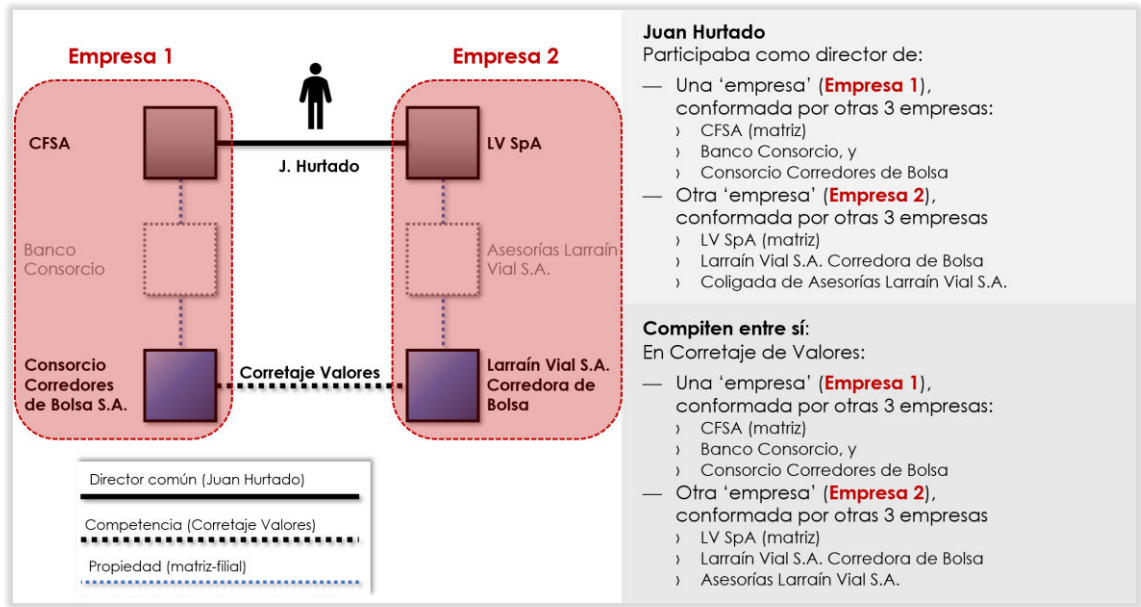
A partir de esos hechos, la Sentencia determinó dos clases de infracciones al literal d) del artículo 3° del DL 211, que prohíbe “la *participación simultánea* de una *persona* en cargos ejecutivos relevantes o de *director* en dos o más *empresas competidoras entre sí*, siempre que el grupo empresarial 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.”²

En *primer lugar*, la Sentencia estimó que Juan Hurtado infringió la norma por haber participado simultáneamente como director de las sociedades CFSA y LV. En particular, la Sentencia consideró que la acción típica infraccional del artículo 3° letra d) se verificaría con tal que la persona natural participe simultáneamente como director en dos ‘unidades económicas’ competidoras, entendiendo por tales al conjunto de agentes económicos que operan bajo un núcleo de decisión común, en un mercado relevante determinado³. Luego, en *esos términos* del literal d), resolvió que CFSA y su filial Consorcio Corredores de Bolsa serían una misma ‘empresa’, al igual que lo serían LV con su filial Larraín Vial Corredora de Bolsa. Finalmente, bajo *esa* concepción de la norma y de ‘empresa’, la Sentencia concluyó que CFSA y LV serían “*empresas competidoras entre sí*” en el Corretaje de Valores; y, por tanto, la participación simultánea de Juan Hurtado como director de CFSA y LV bastaba para configurar la hipótesis infraccional de la letra d) del artículo 3°. En definitiva, cada matriz y su filial serían, respectivamente, la misma y única *cosa* (‘empresa’) en que se sentaba el director (Juan Hurtado) y competía con otra en el Corretaje de Valores. La **Figura 2** muestra esquemáticamente esta primera tesis infraccional del Requerimiento.

² Artículo 3° inciso 2° letra d) del DL 211.

³ Ver Sentencia, c. 192° (“Que, como se señaló en la subsección D.1 *supra*, no hay controversia en autos sobre el hecho de que Consorcio Corredora y Larraín Vial Corredora son competidoras entre sí, en el mercado de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa. De esta forma, el análisis debe dirigirse a si esas sociedades con sus matrices conforman, respectivamente, una única unidad económica, de modo que el carácter de competidoras de las filiales pueda extenderse a sus matrices;”) y 193° (“Que, como se expuso anteriormente (*supra*, considerando quincuagésimo), la noción de única unidad económica, para efectos de determinar la responsabilidad de una sociedad en sede de competencia, supone que exista un centro o núcleo de decisiones común, considerando como factores indicativos de ello la pertenencia a un mismo grupo empresarial, el control o propiedad mayoritaria o la compartición de ejecutivos relevantes, donde lo determinante es si la actuación de la matriz y su filial supone o no la existencia de una única fuerza competitiva en un mercado, o si ésta última se desenvuelve con autonomía (véase, por ejemplo, sentencias N° 192/2024, c. 49°; y N° 200/2025, c. 40°)”).

Figura 2 | La tesis infraccional del Requerimiento, acogida por la Sentencia



Si se compara la **Figura 1** versus la **Figura 2** se observa que, donde: (i) había 6 empresas y no coincidían (a) las empresas *asiento* del director con (b) las empresas *competidoras* entre sí en el Corretaje de Valores; (ii) la Sentencia *tuerce la realidad* para que pasen a haber solo dos empresas, de modo que *artificialmente* pasen a coincidir (a) las empresas *asiento* del director con (b) las empresas *competidoras* entre sí en el Corretaje de Valores.

En *segundo lugar*, la Sentencia determinó que CFSA y LV también infringieron el literal d) del artículo 3° del DL 211. En particular, el TDLC resolvió que CFSA y LV quebrantaron la norma por **no** haber implementado mecanismos para, respectivamente: (i) impedir que Juan Hurtado fuera elegido director en CFSA y LV, por los *accionistas* de dichas respectivas sociedades⁴; (ii) forzar la revocación de todo el directorio por parte de sus juntas de *accionistas*, una vez que Juan Hurtado fuera elegido director por esos mismos accionistas⁵; e (iii) impedir luego que sus respectivos *accionistas* volvieran a elegir a Juan Hurtado como director de CFSA y LV⁶.

Así, a pesar de que el literal d) del artículo 3° no contempla esas hipótesis de conducta (solo describe la acción de ‘participar como director’), y no obstante que el TDLC calificó dicha norma como un ilícito *per se* (que no exige probar un resultado), la Sentencia decidió *integrar* la norma y condenar a CFSA y LV, argumentando que (i) el riesgo competitivo subyacente se refiere a las empresas requeridas (eventuales intercambios de información o

⁴ Ver Sentencia, c. 162° (“Que, por consiguiente, Larraín Vial y Consortio son sujetos pasivos de la acción impetrada por la FNE, por el hecho de encontrarse en la obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado o lograr que finalizara, mediante actos positivos”).

⁵ Ver Sentencia, c. 157° (“Que la eventualidad de eximir a la sociedad como responsable directo del cese de la conducta y hacer responsable a los accionistas que se expresan en la asamblea o junta, sólo es factible si se cumplen determinadas condiciones. En particular, deben haberse adoptado por el directorio, como órgano principal de administración social, y sus ejecutivos todas las medidas de cumplimiento regulatorio destinadas a corregir la situación ilícita. Si por alguna razón, demostrable, habiéndose hecho las prevenciones pertinentes, el director cuya permanencia supone un ilícito no renuncia, debe citarse a la correspondiente junta de accionistas para que ésta haga cesar la conducta”).

⁶ Ver Sentencia, c. 162° (“Que, por consiguiente, Larraín Vial y Consortio son sujetos pasivos de la acción impetrada por la FNE, por el hecho de encontrarse en la obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado o lograr que finalizara [i.e., el término definitivo a la hipótesis de *interlocking*], mediante actos positivos.”).

coordinaciones por medio de Juan Hurtado); y, consecuentemente, **(ii)** serían las beneficiarias de la conducta reprochada en el literal d) del artículo 3º⁷.

Naturalmente, las dos infracciones imputadas y acogidas por la Sentencia no están contempladas en el literal d) del artículo 3º del DL 211, ni podrían siquiera estarlo de conformidad con las garantías más esenciales del derecho infraccional chileno.

Por lo mismo, nadie, ni siquiera la FNE o el TDLC, consideraban las hipótesis infraccionales del Requerimiento hasta antes de su interposición. Ambas autoridades, así como los dos últimos presidentes del TDLC, todos los ex Fiscales Nacionales Económicos desde 2010, el ex jefe de *interlocking* en la FNE y encargado de la investigación antecedente del Requerimiento, el Estado de Chile a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, la doctrina, los centros de competencia, las memorias de grado, las alertas legales de los estudios de abogados y los manuales de libre competencia de las empresas, entendían y explicaban por escrito que el literal d) del artículo 3º del DL 211 sancionaba lo que la norma describe: la acción *positiva*, ejecutada por una persona natural, de participar simultáneamente como director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras “*entre sí*” (*i.e.*, directamente y no *indirectamente* por medio de otras empresas matrices o filiales).

La motivación de la FNE para haber actuado así en este caso es evidente. Quiso facilitar su trabajo, a costa del derecho y las garantías esenciales del debido proceso. La regla *infraccional* general en materia de libre competencia está contenida en el artículo 3º inciso primero del DL 211 que consagra el denominado ‘tipo universal antimonopólico’, cuya *infracción* supone acreditar *inter alia* un *resultado* de lesión o peligro *concreto* al bien jurídico libre competencia. Por oposición, el DL 211 contempla excepcionalmente infracciones *per se* que no exigen probar un resultado para su configuración. Uno de esos casos excepcionales y restringidos es el descrito en el artículo 3º letra d), que sanciona el *interlocking horizontal directo*, cometida por la **persona natural** que participa simultáneamente en dos empresas competidoras entre sí⁸.

Pues bien, el Requerimiento pretendió reescribir dicho literal d) para *incorporarle, ilegalmente*, dos conductas adicionales a las allí descritas: **(i)** el *interlocking horizontal indirecto* (*i.e.*, entre las empresas matrices de empresas filiales que compiten entre sí); y **(ii)** un supuesto deber de las empresas de implementar medidas y realizar actos positivos para evitar que se produzcan hipótesis de *interlocking* a su respecto (*i.e.*, extender la responsabilidad desde la persona natural (director) hasta las empresas donde aquella participa como director, mediante la **creación de una infracción por omisión**).

⁷ Ver Sentencia, c. 162º (“A mayor abundamiento, esta conclusión es consistente con el fin de la norma en cuestión, dado que la infracción se presenta en relación con empresas competidoras, y no es la persona natural que ocupa el cargo de director o ejecutivo relevante la que tiene tal carácter, sino que son las sociedades o empresas las que deben vincularse en una relación de competencia. En consecuencia, el requisito de tener el carácter de competidores es previo y condicionante para que se produzca un entrelazamiento sancionable, en caso de que se produzca la vinculación material entre estas por la participación de una misma persona natural en los cargos. Asimismo, no se debe dejar de lado al resolver este aspecto, que el sentido de la norma infraccional apunta a eliminar el riesgo competitivo de coordinación entre empresas competidoras. Es por esto que la prohibición inherente a la infracción de *interlocking* recae sobre los agentes económicos que se verán beneficiados por algún acto de coordinación, producto de un entrelazamiento ilícito”).

⁸ Así también lo explicó con particular claridad el voto de minoría del Ministro Sr. Ricardo Paredes. Ver Sentencia, voto de minoría, p. 99 y ss (“Acordado con el voto en contra del ministro Ricardo Paredes Molina, quien estuvo por rechazar el requerimiento de la Fiscalía teniendo en consideración que ella no aportó pruebas del efecto que habría tenido la conducta de *interlocking*, puesto que debió requerir sobre la base del artículo 3º inciso primero del D.L. N° 211 conforme a los argumentos que se desarrollan a continuación”).

De ese modo, en definitiva, el Requerimiento intentó imputarles a Juan Hurtado, LV y CFSA dos conductas cuya infracción exigía probar un resultado concreto, sin tener que hacerlo. Le fue bien ante el TDLC y obtuvo la Sentencia.

El propio Fiscal Nacional Económico comentó a la *American Bar Association* en una entrevista que *mediante este caso* estaría buscando obtener una aplicación del literal d) del artículo 3° del DL 211 que incluya hipótesis indirectas, así como ocurre en la normativa de los Estados Unidos⁹. El Sr. Fiscal no explicó empero que la norma chilena es distinta a la de los Estados Unidos (volveremos sobre eso); y que la hipótesis indirecta que persigue el Requerimiento ya está cubierta por el tipo universal de nuestro DL 211, sin que sea necesario torcer el literal d) para sancionarlo.

Por contraste, y en principio, no estaría tan claro por qué el TDLC acogió un requerimiento tan evidentemente improcedente. No obstante, una atenta lectura de la Sentencia despeja esa interrogante. La Sentencia yerra porque hace una errada e ilegal interpretación de la ley y, sobre todo, porque omite referirse a aspectos esenciales del derecho y el expediente. Así lo demostraremos en esta presentación, que estructuraremos en seis partes.

En la **primera parte**, haremos una lectura completa e imparcial del artículo 3° letra d), y comprobaremos su sentido estricto y claro a través de su pacífica recepción por el Estado de Chile, la FNE (hasta antes del Requerimiento), el TDLC (hasta antes de la Sentencia), la doctrina y la comunidad jurídica especializada.

En la **segunda parte**, con la historia aclarada y completa será sencillo comprobar que la Sentencia infringió la ley, vulnerando los principios de tipicidad y de legalidad de la pena. En particular, observaremos dos cosas con especial detalle. En la **primera sección** del capítulo, veremos que la Sentencia infringió los principios de tipicidad y de legalidad de la pena al realizar una interpretación ilegal y extensiva de la voz ‘empresa’ del artículo 3° letra d), conforme a la cual determinó ilegítimamente que Juan Hurtado participó simultáneamente en dos empresas competidoras entre sí, sin la concurrencia de los elementos típicos exigidos por la norma. De partida, demostraremos que es jurídicamente imposible que CFSA y LV hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores, porque ninguna de las empresas requeridas está constituida para tales efectos, ni está registrada y autorizada para ello por la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”). Luego, demostraremos que la Sentencia infringió absolutamente *todas* las reglas vinculantes de interpretación que dispone el Código Civil. Finalmente, en la **segunda sección** del capítulo, comprobaremos que la Sentencia se atribuyó la potestad de crear un ilícito de *omisión* y *peligro abstracto*, conforme al cual condenó a CFSA (y LV) por una infracción *imposible de cumplir*, que analizó *per se* y que derechamente no existe en el DL 211, infringiendo con ello las garantías constitucionales más elementales de CFSA frente al *ius puniendi* del Estado.

⁹ Ver entrevista a Jorge Grunberg Pilowsky en The Antitrust Source, disponible en: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust/source/2024/june/grunberg-interview.pdf>.

En la **tercera parte**, comprobaremos que la Sentencia volvió a infringir la ley al rechazar la excepción de confianza legítima opuesta por CFSA. En particular, comprobaremos que (i) rechazó erradamente la procedencia abstracta del efecto exculpante de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA, al confundir los eximentes de responsabilidad con las causales de exculpación; (ii) exigió presupuestos de procedencia de la excepción propios de actos administrativos patrimoniales, no aplicables a este caso; y (iii) desestimó el informe en derecho de los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, producto de una errada apreciación de los elementos probatorios del juicio. De no haber incurrido en ese error, la Sentencia habría notado que, como explicaron los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, la “*pretensión [de la FNE] de hacer valer el nuevo criterio interpretativo retrospectivamente constituye una vulneración particularmente grave del principio de confianza legítima* toda vez que el cambio de criterio de la FNE recae en la interpretación de una norma prohibitiva que pretende utilizar como fundamento para la imputación de responsabilidad infraccional, lo que infringe a su vez una *elemental exigencia del principio de culpabilidad que exime de responsabilidad*, por error de prohibición excusable, a quien ha ajustado su comportamiento al criterio manifestado previamente por la propia autoridad administrativa”¹⁰.

En la **cuarta parte**, constataremos que, en cualquier caso, la acción de la FNE estaría igualmente prescrita de acuerdo a la ley, pues la Sentencia incurre en un error de derecho al determinar que el cese de la conducta prescrita en el literal d) del artículo 3° solo se produce desde la aceptación formal de la renuncia del director, por parte de la junta de accionistas. El derecho y la evidencia del expediente prueban que Juan Hurtado cesó la ejecución de su participación como director en LV el 23 de julio de 2018, al dejar definitivamente de asistir a, y participar en, los directorios de LV. Entre esa fecha y la notificación del Requerimiento a CFSA, el 13 de enero de 2022, transcurrieron aproximadamente tres años y seis meses.

En la **quinta parte**, observaremos que, incluso de estimar que CFSA es culpable de la infracción imputada y ésta no está prescrita, sería improcedente aplicarle la sanción impuesta por la Sentencia por cuanto CFSA actuó diligentemente y, en cualquier caso, la multa fue impuesta en infracción a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211.

Finalmente, en la **sexta parte**, proveeremos una síntesis de las principales conclusiones de este escrito.

¹⁰ Informe en derecho elaborado por los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 509 (“Informe Bascuñán-Tschorne”), pp. 34 y 35.

Índice

I. LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE INTERLOCKING CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3° LETRA D) DEL DL 211 . 9

I.A. La norma. El artículo 3° literal d) del DL 211 9

I.B. La aplicación pacífica de la norma. El sentido estricto y claro del literal d) del artículo 3° se confirma al revisar su pacífica recepción y entendimiento13

(1) La Fiscalía Nacional Económica13

(a) Los materiales de promoción de la FNE en materia de *interlocking*13

(b) Los Fiscales Nacionales Económicos durante la tramitación de la Ley 20.945 y la dictación del artículo 3° letra d), don Felipe Irrarázabal y don Mario Ybar14

(c) El Fiscal Nacional Económico a la época del Requerimiento, don Ricardo Riesco15

(d) El directivo de la FNE a cargo de la investigación que resultó en el Requerimiento, don Manfred Zink15

(e) Las actuaciones de la FNE ante el H. Tribunal, previo al Requerimiento (la *Consulta del Gas*)16

(f) Las actuaciones de la FNE en la aplicación del artículo 4 bis (la otra disposición del DL 211 que emplea la fórmula ‘empresas competidoras’)17

(2) El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....19

(3) Los ex Presidentes del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....21

(a) El ex Presidente del TDLC, don Tomás Menchaca21

(b) El ex Presidente del TDLC, don Enrique Vergara21

(4) Publicaciones académicas, exposiciones y memorias de grado, incluida una cuyo profesor guía fue el actual Fiscal Nacional Económico.....23

II. LA SENTENCIA INFRINGIÓ LA LEY, AL VULNERAR DOBLEMENTE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD DE LA PENA27

II.A. Primer vicio de la Sentencia. Infringió los principios de tipicidad y de legalidad de la pena, al realizar una interpretación ilegal y extensiva de la voz ‘empresa’ del artículo 3° letra d)....28

(1) Cuestión previa. Ante todo, es jurídicamente imposible que CFSA y LV hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores, y así se lo respondió la CMF a la FNE en este mismo juicio.....28

(2) Regla base de interpretación. La Sentencia infringió la regla del inciso primero del artículo 19 del Código Civil31

(3) Elemento semántico y gramatical. La Sentencia infringe las reglas de los artículos 20 y 21 del Código Civil.....32

(4) Elemento lógico y sistemático de contexto. La Sentencia infringe la regla del artículo 22 del Código Civil.....33

(a) La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘interna’. CFSA no puede ser, al mismo tiempo, la empresa concreta (sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sienta Juan Hurtado como director; y la empresa abstracta conformada por CFSA, Banco Consorcio y su filial corredora de bolsa.....34

(b) La Sentencia infringe el ‘principio de tercero excluido’ de forma ‘interna’. La concepción de ‘empresa’ que pretende, como el conjunto de entidades bajo control común, coincide con aquella de ‘grupo empresarial’ que también emplea la norma.....34

(c) La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘externa’37

(i) La Sentencia se remite a disposiciones del DL 211 que regulan otros supuestos, y omite las únicas dos que emplean los mismos términos y se ocupan de riesgos específicos equivalentes37

(ii) La Sentencia ignora que el artículo 4 bis demuestra que la incorporación de la voz ‘grupo empresarial’ al artículo 3° letra d), por oposición al de empresa, descarta su tesis expansiva y abstracta de la norma; y con ello confirma que la Sentencia infringe el ‘principio del tercero excluido’ de forma ‘interna’38

(iii) La Sentencia se remite a jurisprudencia sobre la voz ‘empresa’ referida a otras disposiciones (que no la mencionan), y omite el único caso previo referido expresamente a interlocking39

(5) Elemento histórico. La Sentencia infringió la regla del inciso segundo del artículo 19 del Código Civil.....41

(6) La naturaleza estricta e infraccional del DL 211 excluye la aplicación de interpretaciones teleológicas. Especialmente si tienen pretensiones extensivas y de integración como ocurre en este caso.....43

(a) Es errado e improcedente pretender aplicar en Chile una ley de los Estados Unidos, cuando hay una ley chilena que dice otra cosa44

(b) Es errado e improcedente pretender integrar el literal d) del artículo 3°, sosteniendo que de lo contrario la disposición (supuestamente) se volvería letra muerta.....45

II.B. Segundo vicio de la Sentencia. Se atribuyó la potestad de crear un ilícito de omisión y peligro abstracto, conforme al cual condenó a CFSA (y LV) por una infracción imposible de cumplir y prever, que analizó per se y que derechamente no existe en el DL 211.....46

(1) No es efectivo que CFSA se encontraba en la obligación de impedir que Juan Hurtado fuera director de CFSA, o lograr que finalizara su cargo; ni era siquiera posible que pudiera haberlo hecho. La propia Sentencia termina por reconocerlo47

(a) La Sentencia se equivoca (y tácitamente lo reconoce). Es jurídicamente imposible que CFSA designe a sus propios directores47

(b) La Sentencia se vuelve a equivocar (y tácitamente lo vuelve a reconocer). Es jurídicamente imposible que CFSA revoque a sus directores o impida que sean reelegidos.....48

(2) Es jurídicamente errado y derechamente aberrante que la Sentencia invente un tipo infraccional de *omisión, per se*, de *peligro abstracto* y de cumplimiento *imposible*. Ello no superaría ningún test de constitucionalidad.....49

(3) Es jurídicamente improcedente y contrario a la lógica pretender sancionar a CFSA porque, supuestamente, percibiría los eventuales beneficios de la consumación de los riesgos coordinados que subyacen a la prohibición expresa de *interlocking*.....50

(a) Es jurídicamente improcedente hacer responsable al supuesto beneficiario de una acción sobre la que no tiene control. El derecho descarta su tesis en abstracto50

(b) La propia Sentencia reconoce que en este caso no se acreditó un beneficio económico como resultado de la infracción. La prueba descarta su tesis en concreto50

III. TERCER VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE CULPABILIDAD EN SENTIDO ECTRICO, AL RECHAZAR LA FUNDADA EXCEPCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA SUBSIDIARIA INTERPUESTA POR CFSA51

III.A. La Sentencia incurre en un error de derecho *decisorio litis* al rechazar la admisibilidad de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA51

(1) La Sentencia rechazó erradamente la procedencia abstracta del efecto exculpanste de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA. Confundió las eximentes de responsabilidad con las causales de exculpación51

(2) La Sentencia analizó equivocadamente los presupuestos de procedencia de la excepción de error por confianza legítima. Exigió la concurrencia de actos administrativos *favorables, previos y concretos* que son solo propios de la dimensión patrimonial de la excepción.....52

III.B. El informe Bascuñán-Tschorne confirma la procedencia de la excepción invocada54

IV. CUARTO VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES Y DESESTIMÓ LOS HECHOS ACREDITADOS EN EL EXPEDIENTE QUE HACÍAN PROCEDENTE LA EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE PRESCRIPCIÓN INTERPUESTA POR CFSA. POR ERROR, ESTIMÓ QUE EL CESE DE LA CONDUCTA HABRÍA OCURRIDO RECIÉN EL 29 DE ABRIL DE 2019, FECHA EN QUE SE RENOVÓ EL DIRECTORIO DE LV SIN LA NOMINACIÓN DE JUAN HURTADO.....56

IV.A. La conclusión de la Sentencia es contraria al tipo infraccional57

IV.B. La conclusión de la Sentencia es errada58

IV.C. La conclusión de la Sentencia es contradictoria.....58

V. QUINTO VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES Y DESESTIMÓ LOS HECHOS ACREDITADOS EN EL EXPEDIENTE QUE HACÍAN IMPROCEDENTE LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA A CFSA58

V.A. La Sentencia impuso la multa sin atender al mérito del expediente58

(1) CFSA actuó dentro del marco del ‘deficiente asesoramiento proporcionado’ y la ‘inactividad’ y ‘tolerancia’ de la FNE en este caso59

(2) CFSA actuó en base a asesoramiento letrado.....59

V.B. La Sentencia no justificó adecuadamente su decisión de imponer la sanción60

V.C. La Sentencia infringió el régimen legal para la determinación del *quantum* de multas establecido en el artículo 26 del DL 21160

VI. CONCLUSIONES62



I. LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE INTERLOCKING CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3° LETRA D) DEL DL 211

1. La Sentencia determinó que la competencia material del TDLC en este caso se limita a la conducta descrita en el literal d) del artículo 3° del DL 211¹¹, pero no aplicó esa norma. Tampoco la describió de forma correcta, ni completa. Para corregir ese primer vicio de la Sentencia, en este primer capítulo revisaremos el literal d) del artículo 3° y su **claro** sentido (§ I.A); y comprobaremos esa **claridad** mediante su pacífica aplicación por parte del Estado de Chile, la FNE (hasta antes del Requerimiento), el TDLC (hasta antes de la Sentencia), la doctrina y la comunidad jurídica especializada (§ I.B).

I.A. LA NORMA. EL ARTÍCULO 3° LITERAL D) DEL DL 211

2. La prohibición *expresa* de *interlocking* del artículo 3° letra d) no surge de la nada. En noviembre de 2013 la FNE publicó un informe titulado “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras” (el “*Informe FNE*”)¹². El jefe de la división de la FNE a cargo del referido informe, don Mario Ybar¹³, explicó en estrados que el objeto de la FNE fue “*poner sobre la mesa un tema del cual en Chile no se hablaba [interlocking] y que nos parecía que podía generar implicancia dañina a la libre competencia.*”¹⁴ Le fue bien.

3. Durante la tramitación del proyecto de ley que culminó con la Ley 20.495, el Ejecutivo presentó una indicación que incorporó la prohibición *expresa* de *interlocking* del actual artículo 3° letra d). De hecho, el Estado de Chile le informó a la OCDE que “la discusión de la ley aprobada en 2016 [Ley 20.945] estuvo precedida por el *estudio de la FNE* ‘Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras’ publicado en noviembre de 2013, que podría señalarse como la *fuentes directa* de la nueva normativa.”¹⁵

4. El Informe FNE, precedente y fuente directa del literal d) del artículo 3°, hace tres cosas de interés para este caso.

- (a) Parte describiendo al *interlocking* en términos generales, como aquella “variedad de situaciones (algunas bastante indirectas) en que dos **empresas** se encuentran **vinculadas** a través de la **relación entre dos miembros** de sus órganos de **administración**”¹⁶.

¹¹ Ver Sentencia, c. 12° (“Que, con independencia de la plausibilidad de las defensas esgrimidas en estos autos, para poder dirimir el litigio corresponde aclarar cuál es el objeto perseguido en este proceso por la Fiscalía. (...) De esta forma, cabe concluir que lo acusado se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. La mención al inciso primero de esa norma se justifica sólo por la interpretación de la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre los ilícitos establecidos en el inciso segundo y el ilícito genérico del inciso primero, no por la imputación de una infracción distinta o de carácter subsidiario, ante la eventual circunstancia de que los hechos no se subsuman en la hipótesis de la letra d)”) y 14° (“Que, en virtud de lo señalado precedentemente, este Tribunal se limitará en lo sucesivo a analizar si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. Sin perjuicio de ello, corresponde primeramente determinar el genuino sentido de esa disposición”).

¹² Documento acompañado bajo el N° 2 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43)

¹³ Ver declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485.

¹⁴ Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 19.

¹⁵ Traducción simple del inglés. OECD, “Directorate for financial and enterprise affairs competition committee common ownership by institutional investors and its impact on competition – Note by Chile”, 6 de diciembre de 2017, p. 2. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)21/en/pdf).

¹⁶ Informe FNE, acompañado por CFSA a folio 43 y agregado a folio 35, p. 4 (pie de página N°1).

- (b) Luego, identifica un tipo particular de *interlocking*, que denomina ‘horizontal directo’ y define como aquel en que “una ***misma persona*** integra el directorio ***de dos o más empresas***”¹⁷.
- (c) Finalmente, opone a este último (horizontal directo), entre otros, al *interlocking* horizontal indirecto, que define como aquel que se da ***entre las empresas matrices*** de las empresas competidoras (filiales de las primeras)¹⁸. De ese modo, el Informe FNE empleó la voz ‘empresa’ como la persona jurídica en que se sienta el director común.

5. Siguiendo al Informe FNE, el literal d) del artículo 3° *solo* sanciona “la participación simultánea de ***una persona*** en cargos ejecutivos relevantes o de director en ***dos o más empresas*** competidoras entre sí (...)”. La norma *no describe* la hipótesis de *interlocking* horizontal *indirecto* descrita por el Informe FNE y que, como explicamos recién, se produce “en las ***matrices*** de dos competidores”¹⁹.

6. El legislador fue *especialmente* claro y cuidadoso al escribir la norma y precisar *doblemente* su alcance. En *primer lugar*, y conforme explicó el entonces Fiscal Nacional Económico (don Felipe Irarrázabal), el legislador explicitó la exigencia de que la competencia fuera (solo) *directa* entre las empresas, *calificando* el término ‘empresa’ con la fórmula “***competidores entre sí***”²⁰. En ese sentido, y consultado en estrados, el entonces Subfiscal Nacional Económico (don Mario Ybar), autor del Informe FNE y partícipe en las comisiones del Congreso que discutieron la Ley 20.945, explicó que la voz ‘empresa’ como elemento típico de la indicación del Ejecutivo “se refiere a ***personas jurídicas que compiten entre sí***”²¹.

7. En *segundo lugar*, el ya citado artículo 3° letra d) limitó su aplicación al caso en que “***el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas*** [en que participa el director común] tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.” De ese modo, la disposición *separa y diferencia*, como elementos del tipo *distintos* y con *fines propios*, a (i) la ‘***empresa***’, unidad menor y específica, en que participa el director; respecto del (ii) ‘***grupo empresarial***’, conjunto mayor y que incluye a todas las empresas que operan bajo un centro de decisión común, para efectos de excluir a las empresas de menor tamaño del ámbito de aplicación de la norma. Con ello, el legislador hizo aún más fácil no confundir la parte o unidad (la empresa como persona jurídica), con el todo o conjunto de empresas a que accede bajo un control –o influencia decisiva– común (el grupo empresarial)²².

¹⁷ Informe FNE, acompañado por CFSA a folio 43 y agregado a folio 35, p. 14.

¹⁸ Ver Informe FNE, acompañado por CFSA a folio 43 y agregado a folio 35, p. 15.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 29.

²¹ Ver declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 16.

²² Esto es recogido por los informes acompañados al proceso. Por ejemplo, el Informe Krause-Irarrázabal destaca que el legislador antimonopólico (i) emplea ambos términos en la norma, (ii) lo hace de forma diferenciada según sus *propios* sentidos y funciones, y, en consecuencia, (iii) *deliberadamente* no consideró –y excluyó– la definición de ‘empresa’ que pretende crear la FNE por vía administrativa. Ver Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, pp. 29-30. Ver *asimismo* Informe en derecho elaborado por el profesor Domingo Valdés Prieto, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508 (“Informe Valdés”), p. 25.

8. El legislador de la Ley 20.945 fue igualmente explícito cuando (*si*) quiso incluir hipótesis de participación común *indirecta* (i.e., a través de matrices o filiales). En el DL 211 hay solo tres disposiciones que emplean la fórmula conjunta ‘empresa competidora’: 3° letra d), 4 bis y cuarto transitorio (referido a la entrada en vigencia del artículo 4 bis). Las tres: (*i*) operan sobre un vínculo entre ‘empresas competidoras’ (de propiedad en el 4 bis y de administración en el literal d)); (*ii*) buscan evitar riesgos equivalentes (aquellos coordinados derivados de la respectiva vinculación); (*iii*) fueron incorporadas por la misma reforma legal (la Ley 20.945); y, de hecho, (*iv*) cada una regula las dos hipótesis descritas en el Informe FNE (‘*interlocking*’ y ‘participaciones cruzadas’), fuente principal de la fórmula ‘empresas competidoras’ utilizada por ambas disposiciones. Lo más interesante para estos efectos es que dichas normas diferencian su extensión, *explícitamente*, mediante la utilización de *distintos calificativos* a la fórmula típica ‘empresa competidora’ que todas ellas emplean.

9. La Tabla 1 transcribe ambas normas, para facilitar su revisión comparada. Luego, la **Figura 3** de la página siguiente muestra *gráficamente* que, mientras el artículo 3° letra d) se limita a hipótesis *directas* de participación cruzada (por administración), agregando la limitación “entre sí” a la fórmula “empresas competidoras”; por contraste, el artículo 4 bis (y cuarto transitorio) se extiende a hipótesis *indirectas* de participación cruzada (por propiedad), (*i*) no incorporando la limitación “entre sí” en la fórmula “empresa competidora” y (*ii*) señalando expresamente que la hipótesis de participación cruzada puede ser “directa o indirecta”.

Tabla 1 | Análisis comparativo texto 3 d) vs. 4 bis

Artículo 3, letra d)	Artículo 4 bis
“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 calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.”	“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta , en más del 10% del capital de una empresa competidora , considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°”.

[continúa en la página siguiente]

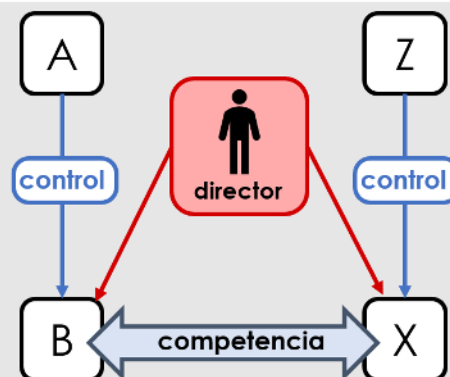
Figura 3 | Análisis comparativo gráfico 3 d) vs. 4 bis

Artículo 3 d), prohibición expresa de interlocking (director cruzado)

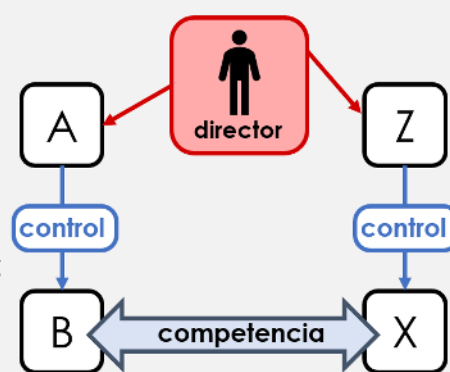
"La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más **empresas competidoras entre sí** (...)"

Hipótesis directa

- **Relación común** (*director*) se da en las empresas **B y X** ✓
- **Relación de competencia** se da en las empresas **B y X**, "entre sí"
- En consecuencia:
 - B y X **sí** son empresas competidoras **directas**
 - **Sí opera** la hipótesis del art. 3 d)

**Hipótesis indirecta**

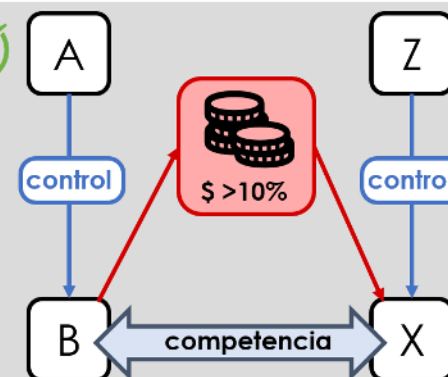
- **Relación común** (*director*) se da en las empresas **A y Z** ✗
- **Relación de competencia** se da en sus empresas filiales **B y X**
- En consecuencia:
 - A y Z **no son** empresas competidoras **entre sí**
 - Son empresas competidoras **a través** de B y X y, por tanto, de forma **indirecta**
 - **No opera** la hipótesis del art. 3 d)
 - **Procede probar efectos (art. 3 inc, 1º)**

**Artículo 4 bis, deber de reporte de participación en competidores (propiedad cruzada)**

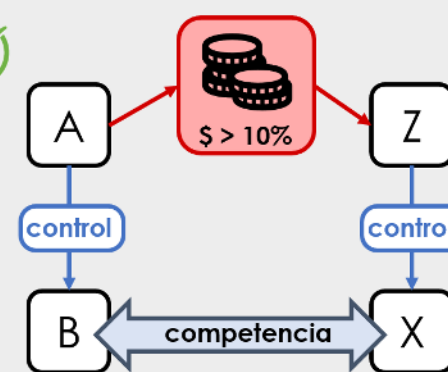
"La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, **directa o indirecta**, en más del 10% del capital de una **empresa competidora** (...)"

Hipótesis directa

- **Relación común** (*propiedad*) se da desde la empresa **B a la empresa X** ✓
- **Relación de competencia** se da en las empresas **B y X**
- En consecuencia:
 - B adquiere > 10% capital en X
 - Lo hace **directamente**, porque B y X son competidores entre sí
 - **Sí opera** la hipótesis del art. 4 bis

**Hipótesis indirecta**

- **Relación común** (*propiedad*) se da desde la empresa **A a la empresa Z** ✓
- **Relación de competencia** se da en sus empresas filiales **B y X** (indirecta)
- En consecuencia:
 - A y Z **no son** empresas competidoras **entre sí**
 - Z es empresa competidora de A, **a través** de B y X y, por tanto, de forma **indirecta**
 - **Sí opera** la hipótesis del art. 4 bis
 - Porque el 4 bis explícitamente contempla "directa **o** indirecta"



10. Por último, en el marco de promulgación de la ley, el Estado de Chile, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, informó al mundo y sus inversionistas que la Ley 20.945 consideraba “la incorporación del *interlocking* horizontal **directo** como nuevo ilícito”, describiéndolo, justamente, como la “prohibición expresa de que un individuo desempeñe simultáneamente cargos ejecutivos relevantes o directivos en dos o más **empresas competidoras**”²³. La claridad era entonces absoluta.

I.B. LA APLICACIÓN PACÍFICA DE LA NORMA. EL SENTIDO ESTRICTO Y CLARO DEL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 3° SE CONFIRMA AL REVISAR SU PACÍFICA RECEPCIÓN Y ENTENDIMIENTO

11. Sinceramente, nunca habíamos visto un nivel de uniformidad similar. Todos coincidían en que la prohibición expresa de *interlocking* del artículo 3° letra d) *solo* se refería a aquel en que una misma persona natural participa simultáneamente como director o ejecutivo relevante en dos personas jurídicas competidoras, quedando así la hipótesis indirecta de competencia (entre matrices) cubierta bajo el tipo universal del artículo 3° inciso primero. En todo el expediente no existe un solo antecedente que demuestre lo contrario.

(1) La Fiscalía Nacional Económica

12. Hasta el día anterior a la interposición del Requerimiento, la FNE y sus principales funcionarios informaban que el literal d) del artículo 3° **sólo** prohibía el *interlocking* horizontal *directo* (i.e., entre personas jurídicas que compiten directamente entre sí).

(a) Los materiales de promoción de la FNE en materia de *interlocking*

13. De partida, así lo explicaba la FNE en la sección de promoción de su página *web*, elaborada una vez publicada la ley (2017)²⁴. Allí, utilizando la misma estructura y terminología del Informe FNE, la FNE hizo tres cosas.

- (a) Parte describiendo el *interlocking* en términos generales, como “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”²⁵.
- (b) Luego, identifica un tipo particular de *interlocking*, que califica como “su forma más **directa**”, lo describe como aquel en que “una persona ejerce dichos cargos en dos **empresas competidoras**” y explica que “se encuentra expresamente prohibida por el artículo 3 **letra d)** del DL 211”²⁶.
- (c) Finalmente, opone a este último (directo), las “formas indirectas de ***interlocking***”, precisa que éstas pueden “ser objeto de revisión respecto de sus riesgos o efectos en

²³ Noticia titulada “Reforma fortalece libre competencia en Chile de acuerdo a recomendaciones OECD” del Ministerio de Relaciones Exteriores, acompañada bajo el N° 7 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43).

²⁴ La Sentencia sostiene que *supuestamente* “no constan antecedentes en autos que permitan establecer la fecha inicial de publicación de esta información” (c. 185°). En realidad, tales antecedentes sí constan en autos, al menos en: (i) la declaración testimonial del Sr. Mario Ybar (ver transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad (folio 485), p. 17: “no recuerdo el acto de haber escrito o revisado esto, pero sí ocurrió durante el período que yo estaba de subfiscal o fiscal, evidentemente pasó por mí. Este tipo de publicaciones pasaba”); y (ii) la información pública disponible en la página web de la FNE, a la que el TDLC pudo haber acudido de la misma forma que lo hizo en otros pasajes la Sentencia (Sentencia, c. 67°, 93°).

²⁵ Documento acompañado bajo el N° 1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43), p. 3 (primer párrafo).

²⁶ Documento acompañado bajo el N° 1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43), p. 3 (segundo párrafo).

la libre competencia, en virtud del artículo 3 inciso 1° de la misma norma”²⁷ y disponibiliza para revisión y descarga el Informe FNE ²⁸, que –como vimos– es fuente principal del artículo 3° letra d) y describe las hipótesis de interlocking *indirecto* incluyendo, precisamente, a aquel matriz-filial (*i.e.*, horizontal *indirecto*).

14. La referida página *web* y el Informe FNE siguen hasta esta fecha estando disponibles para consulta y descarga desde el sitio *web* de la FNE²⁹.

(b) Los Fiscales Nacionales Económicos durante la tramitación de la Ley 20.945 y la dictación del artículo 3° letra d), don Felipe Irrázabal y don Mario Ybar

15. Transcurrieron más de tres años entre la presentación de la indicación del Ejecutivo que introdujo el literal d) al artículo 3° (2015), la publicación de la Ley 20.945 (2016) y su implementación por la FNE en sus plataformas de difusión (2017). Durante todo ese período el Fiscal Nacional Económico fue don Felipe Irrázabal, mientras que el Subfiscal fue don Mario Ybar, quien además oficiaría como Fiscal Nacional Económico Subrogante.

16. Ambos informaron en este juicio cuál era (y sigue siendo) su entendimiento de la norma. En un informe en derecho presentado por LV, don Felipe Irrázabal señaló que “la interpretación que debe darse al artículo **3 letra d)** del Decreto Ley N°211 es una restringida únicamente a las hipótesis de *interlocking directo*”³⁰, aclarando que “sin perjuicio de lo anterior, las conductas constitutivas de *interlocking indirecto* pueden ser objeto de sanción bajo el tipo infraccional del **inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley N°211**”³¹.

17. Por su parte, don Mario Ybar, declarando como testigo citado por CFSA, explicó en estrados el mismo sentido de la norma, precisando además que *ese* era el entendimiento que informaban los materiales de promoción que elaboró una vez dictada la ley (a los que hicimos referencia en la sección anterior). En sus palabras, “**lo que nosotros [la FNE] queríamos dejar claro en ese mensaje [página web de la FNE] es que, si bien la letra [literal d) del artículo 3°] se refiere a situaciones de interlocking directo** entre empresas competidoras, existe riesgo a la libre competencia no solamente en esos casos limitados, sino que, en casos bastante más amplios, por ejemplo, el **interlocking indirecto matriz-filial** (...) oiga, no se confíe porque la norma solamente se refiere a esto [*interlocking horizontal directo*], sino que, usted también puede infringir la competencia por hipótesis que están **fuera de la 3° letra d)**”³².

²⁷ Documento acompañado bajo el N°1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43), p. 3 (tercer párrafo).

²⁸ Documento acompañado bajo el N°2 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43)

²⁹ Ver <https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/interlocking/>.

³⁰ Informe en derecho elaborado por los profesores Soledad Krause y Felipe Irrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60 (“Informe Krause-Irrázabal”), p. 1.

³¹ Ídem.

³² Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 18.

(c) El Fiscal Nacional Económico a la época del Requerimiento, don Ricardo Riesco

18. A la época de presentación del Requerimiento, el Fiscal Nacional Económico era don Ricardo Riesco. Al igual que la FNE, don Ricardo Riesco emitió materiales de difusión jurídica explicando que el literal d) solo sancionaba al *interlocking* horizontal *directo*, mientras que el *interlocking* indirecto (incluyendo aquel horizontal que persigue el Requerimiento) quedaba sujeto al tipo universal del inciso primero del artículo 3°.

19. La posición de don Ricardo Riesco consta en el artículo “Nueva ley de competencia en Chile”³³. En sus palabras: “*interlocking directo* es *per se* un ilícito anticompetitivo, ya que **cumpléndose los requisitos del tipo surge la prohibición** (...) Mientras que, por otro lado, situaciones de *interlocking indirecto* han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como *rule of reason*.”³⁴

(d) El directivo de la FNE a cargo de la investigación que resultó en el Requerimiento, don Manfred Zink

20. La FNE no se quedó solo con los materiales de promoción disponibles para descarga en su sitio *web* sobre el *interlocking*. También le encargó un informe en derecho a don Manfred Zink, quien entonces no era funcionario de la FNE.

21. La respuesta del Sr. Zink fue la misma que ya tenía la FNE y había dado su entonces Fiscal Nacional Económico. Informó que “la reforma legal [Ley 20.945 y nuevo artículo 3° d)] 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”³⁵; y, acto seguido, aclaró que, entre las formas de *interlocking* existentes (por oposición al *interlocking* horizontal *directo*), estaba el “*interlocking horizontal indirecto*, que no se da entre las empresas competidoras mismas, *sino que entre sus matrices* o entre una empresa y la matriz de su empresa competidora”³⁶.

22. Don Manfred Zink fue luego contratado por la FNE, asumiendo en 2019 como encargado de iniciar el trabajo de la entonces denominada Unidad de Fiscalización. Bajo ese cargo lideró la investigación que dio lugar al Requerimiento y siguió escribiendo sobre el tema. Precisamente en 2021, la Revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Talca publicó un nuevo artículo de don Manfred Zink, donde volvió a señalar, de forma textual, que el literal d) del artículo 3° solo prohíbe el *interlocking* horizontal *directo*³⁷. Ese mismo año 2021, la FNE anunció el nombramiento del Sr. Zink como Jefe de la nueva División de Fiscalización

³³ Una copia de dicho documento se acompañó bajo el N° 3 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43).

³⁴ Documento acompañado bajo el N° 3 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43), p. 119.

³⁵ Informe en derecho titulado “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” de diciembre de 2027. Una copia de dicho documento se acompañó bajo el N° 4 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43), p. 12 (¶28).

³⁶ Ídem, p. 12 (pie de página N° 34).

³⁷ Ver Zink Papic, Manfred (2021): “¿Tienen cabidas las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley Número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla *per se*”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 27, N° 2, p. 104. Una copia de dicho documento se acompañó bajo el N° 5 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43) y está agregado a folio 38.

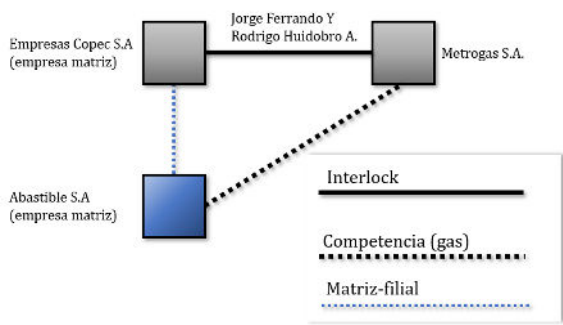
de Cumplimiento, informando que dicha división tendría a su cargo “la investigación de infracciones relacionadas al [...] *vulneración de la prohibición de interlocking*”³⁸.

(e) Las actuaciones de la FNE ante el H. Tribunal, previo al Requerimiento (la Consulta del Gas)

23. La FNE no se quedó en actividades de promoción e hizo presente su posición *formalmente* en juicio. En octubre de 2014 Conadecus interpuso una consulta referida al mercado del gas, donde sostuvo que “empresas que se suponen competidoras, como Metrogas, Gasco y Abastible, comparten directores, lo que genera incentivos para que sus decisiones corporativas y estrategias comerciales no sean del todo independientes (Interlocking)”³⁹.

24. La FNE aportó antecedentes a esa causa en abril de 2016, cuando ya había transcurrido casi un año desde que el Ejecutivo introdujera el literal d) a la discusión legislativa de la Ley 20.945⁴⁰. En el párrafo 76 de su escrito se refirió a la situación de *interlocking* entre directores de Metrogas y la matriz de su competidor Abastible (Empresas Copec). Lo relevante para este caso, es que allí la FNE: (i) describió esa hipótesis como un “*interlocking indirecto*”, esto es, aquellos que el Informe FNE señala que no quedan cubiertos por el literal d), sino que por el inciso primero del artículo 3°; e (ii) identificó la voz ‘empresa’ con la persona jurídica precisa, distinguiendo filial y matriz como dos empresas distintas. La **Figura 4** siguiente transcribe lo dicho por la FNE, junto a una descripción gráfica del *interlocking* analizado.

Figura 4 | Descripción gráfica del *interlocking* horizontal indirecto descrito por la FNE en la Consulta del Gas

Descripción gráfica del <i>interlocking</i> descrito en el ¶ 76 por la FNE	Aporta Antecedentes FNE <i>Consulta del Gas</i>
	“76. Cabe destacar que los casos de los señores Jorge Ferrando y Rodrigo Huidobro , constituyen para esta Fiscalía un tipo de <i>interlocking indirecto</i> , que se produce entre una empresa (Metrogas) y la matriz de su competidora (Empresas Copec S.A. respecto de Abastible) , caso en el cual –en la medida en que las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades–, los riesgos para la competencia son prácticamente idénticos a los que se producen a raíz de un <i>interlocking horizontal directo</i> ” ⁴¹ .

³⁸Ver Manfred Zink es designado Jefe de la División de Fiscalización de Cumplimiento, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/manfred-zink-es-designado-jefe-de-la-division-de-fiscalizacion-de-cumplimiento/> .
³⁹ Consulta de Conadecus, de 27 de octubre de 2014, en causa rol NC-427-2014, ¶35.
⁴⁰ Documento acompañado bajo el N° 8 de la presentación de CFSA de 15 de marzo de 2024 (folio 571).
⁴¹ Una copia del aporte de antecedentes de la FNE en la causa rol NC-427-2014 fue acompañada por CFSA a folio 571 y se agregó al expediente a folio 514.

- (f) Las actuaciones de la FNE en la aplicación del artículo 4 bis (la otra disposición del DL 211 que emplea la fórmula ‘empresas competidoras’)

25. En la primera sección de este capítulo explicamos que hay solo tres disposiciones en el DL 211 que emplean la fórmula ‘empresa competidora’: 3º letra d), 4 bis y cuarto transitorio. La FNE hizo dos cosas una vez que el artículo 4 bis entró en vigencia.

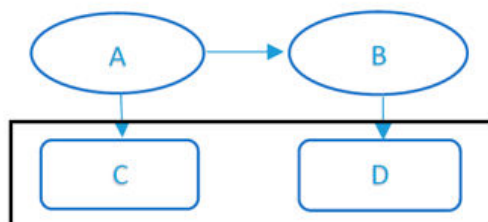
26. Lo *primero*, fue elaborar un formulario de preguntas y respuestas sobre el alcance y aplicación de la nueva disposición. Allí, como muestra la **Figura 5**, la FNE describe un escenario hipotético, diferenciando como empresas distintas a la matriz y su filial, no obstante que entre ellas (i) media una relación de control y (ii) la filial compite con otra entidad en un mismo mercado relevante.

27. En concreto, y como se lee, parte explicando que existe una empresa “A” (matriz de C), que controla a otra empresa “C” (filial de A); y una empresa “B” (matriz de D) que controla a una empresa “D” (filial de B). Luego, señala que la Empresa A (matriz de C) adquiere más del 10% de participación en la empresa B (matriz de D). Finalmente, concluye que dicha participación debiera ser informada, lo que es correcto y evidente porque, como ya revisamos, el artículo 4 bis *explícitamente* contempla hipótesis de relaciones cruzadas (de propiedad) “*indirecta(s)*” y, consecuentemente, no considera la fórmula “*entre sí*” a continuación de la fórmula ‘empresa competidora’.

Figura 5 | Respuestas a observaciones de consulta pública formulario 4 bis

Ej. 1: Las empresas C y D son competidoras. La empresa A tiene 80% de la propiedad de C y adquiere más de 10% de participación en la empresa B.

- Si B tiene participación en la propiedad de D: Adquisición debe ser informada si se superan umbrales de ventas y porcentaje de participación.
- Si B no tiene participación en la propiedad de D, sino que se relacionan por un contrato de distribución, de importación u otro tipo: Adquisición no debe ser informada



28. Lo *segundo* que hizo la FNE fue publicar un formulario para que las empresas pudieran reportarle las adquisiciones de participación, directa **o indirecta**, en más del 10% del capital de una empresa competidora. El formulario explica que “en caso que la participación sea *indirecta* (la empresa adquirida es distinta de la competidora), debe identificarse la empresa o entidad competidora y la relación entre ésta y la adquirida”⁴². De ese modo, la FNE (i) da cuenta que la ‘empresa’ corresponde a la persona jurídica específica en que se realizó la adquisición de participación; por lo mismo, (ii) se pone en el caso que la

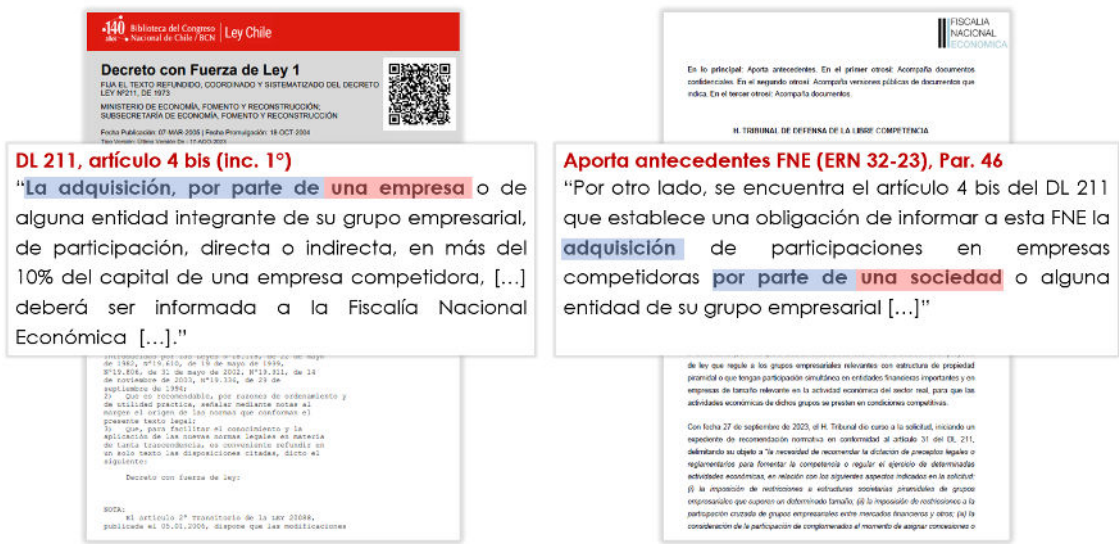
⁴² Documento titulado “Formulario para informar adquisición de participación en competidores artículo 4 bis del D.L. N° 211”, Instrucciones, punto 5. Una copia del referido documento fue acompañada bajo el N° 6 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 43) y agregada a folio 39.

‘empresa competidora’ sea distinta de aquella ‘empresa’ en que se adquirió participación; y, por la misma razón, **(iii)** solicita luego el domicilio y **RUT** de la empresa adquirente y la empresa adquirida. Solo tienen RUT las personas naturales y jurídicas (no las ‘unidades inmateriales de decisión’).

29. Tiempo después, la FNE volvió a emplear la voz ‘empresa’ como equivalente a una persona jurídica determinada en sus requerimientos del *Caso Banmédica*⁴³ y el *Caso Los Orientales*⁴⁴.

30. Por último, el 15 de abril del año pasado la FNE volvió a equiparar *explícitamente* la voz ‘empresa’ del artículo 4 bis con la voz ‘sociedad’. Lo hizo en su aportación de antecedentes a la solicitud de Conadecus sobre conglomerados (ERN 32-2023)⁴⁵, como muestra gráficamente la **Figura 6** que compara el texto del artículo 4 bis (izquierda) *versus* la explicación de la norma informada por la FNE en su escrito (derecha).

Figura 6 | FNE, escrito de aportación de antecedentes en ERN 32-2023



⁴³ Autos caratulados “Requerimiento de FNE en contra de Banmédica S.A.”, Rol C-388-2020. Una copia de dicho requerimiento fue acompañada por CFSA a folio 571 y agregado a folio 510. El 24 de enero de 2020 la FNE interpuso un requerimiento contra la empresa Banmédica S.A. por no haber informado su participación indirecta mayor al 10% en Servisalud S.A. y Servisalud Inmobiliaria S.A., sociedades que conjuntamente operan Clínica Los Carrera, la que sería competidora de Clínica Ciudad del Mar S.A. (filial de Banmédica S.A.). En su requerimiento la FNE utiliza el término ‘empresa’ como equivalente a la persona jurídica particular: “Banmédica [S.A.] es la matriz de un holding, denominado Empresas Banmédica, que interviene en el mercado de la salud en Chile y el extranjero. Está compuesto por distintas empresas, entre las que destacan Isapres (como Isapre Banmédica S.A. y Vida Tres S.A.)” (¶ 3, p. 2). Es decir, la FNE (i) distingue a la matriz y sus filiales, en lugar de hablar simplemente de la ‘empresa’ Banmédica y, (ii) trata como ‘empresas’ a personas jurídicas específicas (Isapre Banmédica S.A. y Vida Tres S.A.), no obstante pertenecer a un holding (que en este caso sería la ‘empresa’).

⁴⁴ Autos caratulados “Requerimiento de FNE en contra de Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada”, Rol C-389-2020. Una copia de dicho requerimiento fue acompañada por CFSA a folio 571 y agregado a folio 511. El 24 de enero de 2020 la FNE presentó un requerimiento contra la empresa Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada (“Los Orientales”) por no haber informado su participación directa mayor al 10% en Plásticos Eroflex S.A., la que sería competidora de Plásticos Eroflex S.A. (filial de Los Orientales). En su nota de prensa sobre el caso, la FNE utiliza de forma especialmente clara el término ‘empresa’ como equivalente a la persona jurídica particular: “Tras concluir dos investigaciones iniciadas de oficio, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó el viernes 24 de enero ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) los primeros dos requerimientos contra empresas que no le comunicaron poseer una participación superior al 10% en la propiedad de firmas competidoras, pese a haber estado obligadas por ley a informarlo [...] El otro requerimiento fue presentado contra Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada, que controla la empresa Plásticos Bio Bio S.A., con el 63% de la propiedad, y que, al mismo tiempo, posee directamente el 15,98% de su competidor Plásticos Eroflex S.A.”. Es decir, la FNE (i) establece que la Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada (matriz) controla a la empresa (filial) Plásticos Bio Bio S.A. y, (ii) como se observa, en la nota la FNE señala que una empresa puede controlar a otra empresa, lo que evidentemente es contrario a su teoría unitaria de matriz-filial como una misma ‘empresa’. Una copia de la nota de prensa fue acompañada por CFSA a folio 571 y agregada a folio 512.

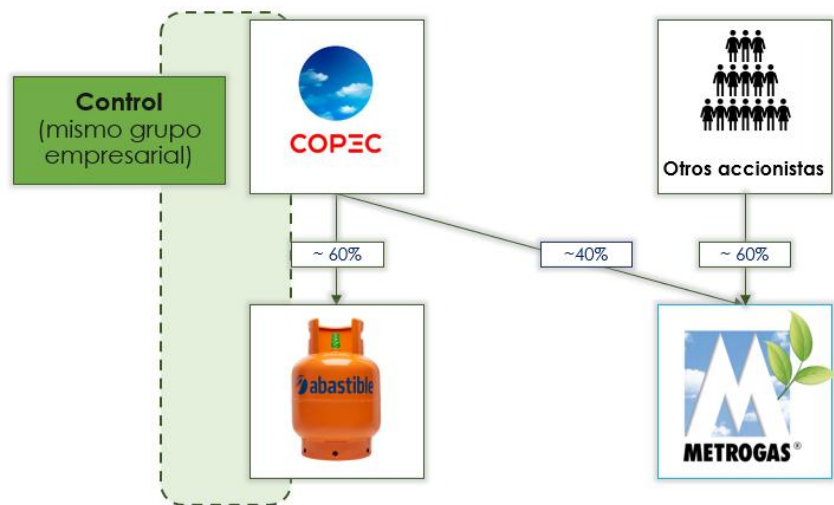
⁴⁵ Ver ERN-32-2023 (“Expediente de recomendación normativa sobre participación de grupos empresariales en distintos ámbitos de la economía”). Aporte de antecedentes de la FNE, 15 de abril de 2024 (folio 111), p. 19 (¶47).

31. La FNE no fue la única que entendió, explicó y/o aplicó el artículo 3° letra d) en la forma que venimos comentando (*i.e.*, limitado a la competencia **directa** entre empresas, entendidas como **personas jurídicas** que compiten entre sí). También lo hicieron el TDLC, la doctrina, los centros de competencia de las universidades, las alertas legales de los estudios de abogados, los manuales de libre competencia de las empresas y los centros de pensamiento. Todo ello consta en el expediente.

(2) El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

32. El TDLC ya se había pronunciado sobre hipótesis de *interlocking* con anterioridad a la presentación del Requerimiento y la dictación de la Sentencia. Según adelantamos, en 2014 Conadecus presentó una consulta al TDLC relativa a variados y diversos aspectos de la industria del gas en Chile. Entre sus preocupaciones, estaban los riesgos de *interlocking* que podrían producirse en dicha industria⁴⁶, por cuanto, como muestra la **Figura 7**, Copec (*i*) era controlador de Abastible (filial) y podía elegir directores; (*ii*) tenía una participación relevante, pero no controladora, en Metrogas (coligada), que le permitía elegir directores; y (*iii*) Metrogas no pertenecía al grupo empresarial de Copec (que integraba Abastible).

Figura 7 | Estructura de propiedad de Copec, Abastible y Metrogas

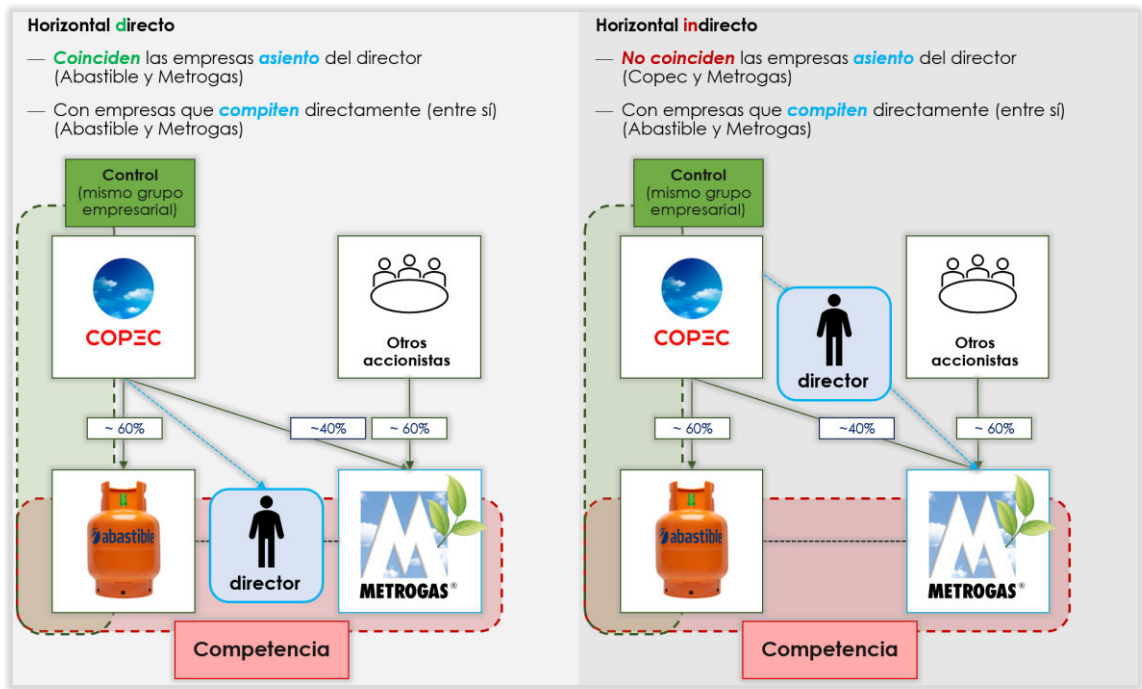


33. La hipótesis descrita conllevaba riesgos de *interlocking* tanto (*i*) *directo*, entre las “empresas competidoras entre sí” Abastible y Metrogas (parte izquierda de la **Figura 8**); como (*ii*) *indirecto*, entre Copec y Metrogas, por cuanto Copec competía con Metrogas *indirectamente* a través de su empresa filial Abastible (parte derecha de la **Figura 8**).

[continúa en la página siguiente]

⁴⁶ Ver Consulta de Conadecus, de 27 de octubre de 2014, en causa rol NC-427-2014, ¶35.

Figura 8 | Riesgo de *interlocking* en la estructura de propiedad de Copec, Abastible y Metrogas



34. El TDLC dictó sentencia el 11 de enero de 2018 (Resolución N° 51/2018), cuando ya estaba vigente el artículo 3° letra d)⁴⁷. Consecuentemente, consideró la norma al resolver cada uno de los riesgos descritos.

- (a) No impuso medidas respecto del riesgo de *interlocking* horizontal **directo** que podía darse entre las ‘empresas competidoras entre sí’ Abastible y Metrogas, porque dicha hipótesis quedó cubierta por el artículo 3° letra d). En sus palabras: “Para efectos del análisis, se debe considerar que, según se ha señalado (véase Tabla N° 6 y N° 8), Copec tiene un porcentaje accionario relevante [suficiente para elegir directores], aunque no mayoritario, en Metrogas. Con todo, los riesgos de coordinación asociados al *interlocking* **directo** han sido suficientemente mitigados con la inclusión de la **letra d) al artículo 3°** del DL 211, que lo prohíbe. Actualmente, de producirse tal situación, podría iniciarse un procedimiento contencioso tendiente a determinar las eventuales responsabilidades y establecer sanciones, si correspondiere. Sin embargo, la composición accionaria de Metrogas hace que persista el riesgo de que se presenten situaciones de *interlocking* **indirecto** (y con ello traspaso de información comercialmente relevante) o bien que sean adoptadas decisiones estratégicas que morigeren la competencia en el mercado”.⁴⁸
- (b) En cambio, sí impuso medidas respecto del riesgo de *interlocking* horizontal **indirecto** que podía darse (entre las ‘empresas competidoras entre sí’ Abastible y Metrogas, indirectamente, a través de Copec). En la parte resolutive de su Resolución N° 51/2028, el TDLC solo dispuso medidas respecto de los directores de Copec: “el

⁴⁷ Ver Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
⁴⁸ Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ¶¶ 116 y 117.

directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible.”⁴⁹

35. La misma lectura hicieron, y mantienen, los presidentes del TDLC durante los largos cuatro años que duró la tramitación de dicha causa.

(3) Los ex Presidentes del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

(a) El ex Presidente del TDLC, don Tomás Menchaca

36. Don Tomás Menchaca fue ministro del TDLC entre los años 2004 (año en que se crea el TDLC) y 2016, y ocupó el cargo de presidente desde el 2010 hasta el término de su último período. Don Tomás Menchaca es además profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Director del Programa de Libre Competencia de la misma universidad.

37. Previo al Requerimiento, el profesor Menchaca escribió un artículo sobre el *interlocking* en Chile, titulado “Interlocking y participaciones minoritarias en el derecho chileno de la libre competencia”, en que señala que el **literal d)** del artículo 3° *solo* prohíbe el *interlocking* horizontal *directo*⁵⁰.

(b) El ex Presidente del TDLC, don Enrique Vergara

38. Don Enrique Vergara fue ministro del TDLC entre los años 2012 y 2022, y ocupó el cargo de presidente desde el 2016 hasta el término de su último período. Don Enrique Vergara fue además Fiscal Nacional Económico (2006-2010).

39. Desde 2017 el profesor Vergara es Director Académico y profesor del Diplomado en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. Durante su cátedra de 2020, explicando el *interlocking*, señaló que el *interlocking* directo se sancionaría en el literal d) del artículo 3° (*per se*); lo distinguió de aquel indirecto; y aclaró que una forma de *interlocking* indirecto es aquel a nivel *matriz-filial*⁵¹.

40. En síntesis, como muestra la **Tabla 2**, los últimos dos presidentes del TDLC y todos los Fiscales Nacionales Económicos desde 2010 y hasta 2023 coinciden: la fórmula “*empresas competidoras entre sí*” se refiere a la persona jurídica específica en que el sujeto activo participa como ejecutivo relevante o director; el literal d) *solo* sanciona al *interlocking* horizontal *directo*; y el *interlocking* *indirecto* (incluyendo aquel horizontal que persigue el

⁴⁹ Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 72.

⁵⁰ Ver documento titulado “Interlocking y Participaciones minoritarias en el derecho chileno de la libre competencia”, p. 222 (“Interlocking **directo** es el que se produce cuando una misma persona participa simultáneamente en el directorio de dos **empresas competidoras** (Petersen, 2016, p. 3). Para el Derecho Comercial y de la libre competencia, el interlocking directo horizontal es el caso más peligroso de interlocking, en atención a que genera los mayores riesgos de conductas coordinadas y de traspaso de información confidencial. Por ello, es el único que se ha regulado por el legislador en la nueva norma del **artículo 3 inciso 2 del DL 211**”). Una copia de dicho documento fue acompañada por CFSA bajo el N° 9 de la presentación de folio 571 y agregado a folio 515.

⁵¹ Ver Apuntes de clases Diplomado Libre Competencia Universidad Adolfo Ibáñez 2020 (“**Pero hay [interlocking] indirecto [da como ejemplo aquel matriz-filial]**. [...] El interlocking indirecto tiene efectos muy parecidos al *interlocking* directo, pero en ese caso la infracción al DL 211 **hay que verla caso a caso**, es menos claro que el interlocking directo (apuntes de clases Diplomado LC UAI 2020)”).

Requerimiento) queda sujeto al tipo universal del inciso primero del artículo 3° del DL 211, que exige prueba de sus efectos.

Tabla 2 | Posición de los últimos dos presidentes del H. Tribunal y todos los Fiscales Nacionales Económicos desde 2010

Autoridad	Cita
 Tomás Menchaca Olivares Ex Presidente del H. Tribunal (2010-2016) Académico PUC	“el interlocking directo horizontal es el caso más peligroso de interlocking, en atención a que genera los mayores riesgos de conductas coordinadas y de traspaso de información confidencial. Por ello, es el único que se ha regulado por el legislador en la nueva norma del artículo 3 inciso 2 del DL 211 .” ⁵²
 Enrique Vergara Vial Ex Presidente del H. Tribunal (2016-2022) Ex Ministro del H. Tribunal (2012-2016) Ex Fiscal Nacional Económico (2006-2010)	“ Pero hay [interlocking] indirecto. [...] Tiene efectos muy parecidos al <i>interlocking</i> directo, ¿cierto? Porque aquí hay dos competidoras que tienen cada una un director común vía matriz. [...] La pregunta ahí: ¿este interlocking atenta contra la libre competencia? Eso hay que verlo caso a caso , es menos claro que el interlocking directo.” ⁵³
 Felipe Irrarrázabal Philippi Ex Fiscal Nacional Económico (2010-2018)	“estimamos que [...] la interpretación que debe darse al artículo 3 letra d) del Decreto Ley N°211 es una restringida únicamente a las hipótesis de interlocking directo [...] sin perjuicio de lo anterior, las conductas constitutivas de interlocking indirecto pueden ser objeto de sanción bajo el tipo infraccional del inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley N°211.” ⁵⁴
 Mario Ybar Abad Ex Fiscal Nacional Económico (2018-2019) (Subrogante)	“ si bien la letra se refiere a situaciones de interlocking directo entre empresas competidoras , existe riesgo a la libre competencia no solamente en esos casos limitados, sino que, en casos bastante más amplios, por ejemplo, el interlocking indirecto matriz-filial ¿ya? Eso es lo que se quiso establecer ahí. Ahora, claramente no son lo mismo porque no se... no se puede presumir que el acceso a información sea idéntico en ambas situaciones, pero evidentemente encierra un riesgo de libre competencia y, por lo tanto, me imagino que este párrafo va en el sentido de... oiga, no se confíe porque la norma solamente se refiere a esto, sino que, usted también puede infringir la competencia por hipótesis que están fuera de la 3° letra d).” ⁵⁵
 Ricardo Riesco Philippi Ex Fiscal Nacional Económico (2019-2023)	“[N]uestra hermenéutica de la nueva ley es que, por un lado, el interlocking directo es <i>per se</i> un ilícito anticompetitivo, ya que cumpliéndose los requisitos del tipo surge la prohibición y en caso de que esta sea infringida, no cabe justificación alguna ni determinación de la existencia de efectos, sino que procede sancionar. Mientras que, por otro lado, situaciones de interlocking indirecto han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como <i>rule of reason</i> .” ⁵⁶

⁵² Documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el N° 9 y agregado a folio 515, p. 222.
⁵³ Apuntes de clases Diplomado Libre Competencia Universidad Adolfo Ibáñez 2020.
⁵⁴ Informe Krause-Irrarrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 1.
⁵⁵ Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 18.
⁵⁶ Documento acompañado por CFSA a folio 43 bajo el N° 3 y agregado a folio 36, p. 119.

(4) Publicaciones académicas, exposiciones y memorias de grado, incluida una cuyo profesor guía fue el actual Fiscal Nacional Económico

41. La introducción del literal d) del artículo 3° atrajo sustancial interés de la academia. Desde la publicación de la Ley 20.945 se han realizado numerosos artículos académicos sobre el tema, al menos dos tesis para acceder al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, y una publicación de un cuerpo intermedio de la sociedad civil (Espacio Público). Todos esos antecedentes coinciden con el entendimiento de la norma que venimos comentando, constan en el expediente y fueron analizados en detalle en nuestras observaciones a la prueba. A continuación, solo nos referiremos a los más relevantes.

42. Don Domingo Valdés es uno de los académicos en materia de libre competencia más reputados, de mayor trayectoria y más citados por tribunales. Constantemente realiza publicaciones en revistas académicas y participa de congresos e instancias de difusión en la disciplina. Citado como testigo por CFSA y consultado sobre el entendimiento general académico y forense sobre el literal d) del artículo 3° del DL 211, explicó que las cátedras de libre competencia, los abogados especializados en el tema y las manifestaciones que han tenido las autoridades antimonopólicas coinciden en el sentido de que el artículo 3° letra d) solo se refiere al *interlocking* **directo**⁵⁷. Preciso además que “esto es un hecho y es un hecho que uno observa desde el punto de vista académico, desde el punto de vista profesional y desde un punto de vista de las manifestaciones de la autoridad. Ello con absoluta independencia sobre cuáles sean mis pensamientos u opiniones en la materia.”⁵⁸

43. Lo mismo se observa en las guías del Centro de Competencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez⁵⁹, en el Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile⁶⁰, en el Informe Panorámico Anticorrupción de ReAL elaborado por Espacio Público (2018)⁶¹, en las alertas legales de estudios de abogados (**Tabla 3**)⁶² y en los programas de libre competencia de las empresas (**Tabla 4**)⁶³.

⁵⁷ Ver declaración testimonial de don Domingo Valdés Prieto de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 484, p. 23 (“Personalmente me consta que existe una circunstancia que es sumamente relevante en la determinación de la responsabilidad monopólica de los imputados, y esta consiste en aquello que la jurisprudencia del Tribunal ha denominado confianza legítima y que, desde el punto de vista meramente fáctico, puedo constatar que las cátedras de la libre competencia, como los abogados especializados en el tema, como las manifestaciones que ha tenido la autoridad, las autoridades antimonopólicas, coinciden en el sentido de que la interpretación vertida en los requerimientos no se ajusta a lo que normalmente se ha entendido en nuestro país... el *interlocking* directo”).

⁵⁸ Declaración testimonial de don Domingo Valdés Prieto de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 484, p. 23
⁵⁹ Ver “Guía *Interlocking*” Centro de Competencia (CeCo), pp. 4 y 5. Documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el N° 10, agregado a folio 516.

⁶⁰ Ver “Programa UC Libre Competencia”, p. 4. Documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el N° 11, agregado a folio 517.

⁶¹ Ver “Informe Panorámico Anticorrupción de ReAL (2018)”, p. 14. Documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el N° 18, agregado a folio 524.

⁶² Es usual que algunos estudios jurídicos elaboren y difundan ‘alertas legales’ frente a acontecimientos relevantes en materia jurídica. Esos estudios jurídicos suelen ser celosos al elaborar sus alertas legales, pues constituyen una comunicación masiva y pública con su comunidad. La dictación de la Ley 20.945 y la introducción del literal d) del artículo 3° ciertamente fue un acontecimiento relevante, y múltiples estudios jurídicos emitieron alertas legales y otras publicaciones al respecto. La Tabla 3 las resume y muestra que de nuevo hubo consenso. Todos los estudios jurídicos reportaron que el literal d) del artículo 3° *solo* alcanzaba al *interlocking* horizontal *directo*.

⁶³ Por último, la sociedad civil y los agentes de mercado se adaptaron a la dictación de la Ley 20.945 y su uniforme interpretación por la FNE, el TDLC, la academia, los estudios jurídicos y las publicaciones de los cuerpos intermedios. Esa comprensión y adaptación de la norma puede revisarse en los manuales y políticas de libre competencia de muchas de las empresas que operan en Chile, tal y como muestra la Tabla 4.

Tabla 3 | Alertas legales de estudios jurídicos, referidas al literal d) del artículo 3°

Estudio Jurídico	Cita
 Ferrada Nehme <i>Boletín informativo interno,</i> <i>“Principales reformas a la</i> <i>Normativa de Defensa de la Libre</i> <i>Competencia”</i> (1)	“Nuevo ilícito anticompetitivo. Se incorpora el <i>interlocking</i> horizontal directo como nuevo ilícito anticompetitivo, en la letra d) del artículo 3 del DL 211. Se trata de la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de posición de director en dos o más empresas competidoras entre sí, por más de 90 días corridos y siempre que cada una de las empresas involucradas pertenezcan a grupos empresariales con ingresos superiores a 100.000 UF durante el último año calendario”. (1)
 Estudio Lewin <i>“Manual de Libre Competencia</i> <i>para Directores”</i> (2)	“<i>Interlocking</i> directo: Situación en que un director o ejecutivo relevante es a la vez director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras en forma simultánea. Esta situación está prohibida expresamente. <i>Interlocking</i> indirecto: Situaciones en que, por ejemplo [...] (2) un director o ejecutivo relevante de una empresa matriz tiene el mismo cargo en otra empresa matriz, donde ambas subsidiarias son competidoras entre sí [...]. Esta situación no está prohibida expresamente, pero puede ser sancionable si genera riesgos o efectos anticompetitivos”. (2)
 Albagli & Zaliasnik <i>“Guía Comparada sobre Libre</i> <i>Competencia”</i> (3)	“¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción? <i>Interlocking</i> directo: Se refiere a 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 que excedan USD \$ 3.8 millones en el último año calendario”. (3)
 Grasty Quintana Majlis <i>“Interlocking y participaciones</i> <i>cruzadas”</i> (4)	“El caso contemplado en el artículo 3 letra d) del DL 211 es un caso de <i>interlocking</i> horizontal directo, pero existen otros tipos de <i>interlocking</i> <i>indirecto</i>, que, si bien no están expresamente señalados en el artículo 3°, sí pueden ser sancionados en caso de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia y en consecuencia infringir el inciso primero de dicho artículo. Hay distintas formas en que puede estructurarse un <i>interlocking</i> indirecto: [...] (b) <i>Interlocking</i> entre una empresa y la matriz de su competidora. Esto tiene el mismo efecto de un <i>interlocking</i> horizontal directo”. (4)
 Dalgalarrando & Cía <i>Boletín Informativo</i> (5)	“Recientemente, fue publicada la ley N° 20.945 que reforma el Decreto de Ley N° 211 que regula el Sistema de Libre Competencia chileno. Dentro de las materias tratadas por esta nueva ley, se encuentra la incorporación de un nuevo ilícito anticompetitivo denominado <<<i>interlocking</i> horizontal directo>>, la criminalización de la colusión en relación a los carteles duros, así como un aumento de las multas en los casos de actos que atenten contra la libre competencia”. (5)
 Moraga y Cía. <i>Boletín Informativo</i> (6)	“Además, se incorpora el <i>interlocking</i> horizontal directo como nuevo ilícito anticompetitivo, en la letra d) del artículo 3 del DL 211. Se trata de la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de la posición de director en dos o más empresas competidoras entre sí, por más de 90 días corridos y siempre que cada una de las empresas involucradas pertenezcan a grupos empresariales con ingresos superiores a 100.000 UF durante el último año calendario.” (6)

Fuente: (1) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 19, agregado a folio 525;(2) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 20, agregado a folio 526; (3) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 21, agregado a folio 527; (4) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 22, agregado a folio 528;(5) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 23, agregado a folio 529; (6) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 24, agregado a folio 530.

Tabla 4 | Manuales y políticas de empresas, referidos al literal d) del artículo 3°

Empresa	Cita
 "Política de Libre Competencia" (1)	"5. Interlocking Horizontal Directo" La Reforma al DL 211 introdujo un nuevo ilícito anticompetitivo contemplado en el artículo 3 letra d) del DL 211, en virtud del cual se prohíbe la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí". (1)
 "Manual del Programa de Cumplimiento de los Principios y Regulaciones de Libre Competencia" (2)	"Interlocking." La legislación chilena prohíbe, de manera general, el denominado interlocking horizontal directo, en caso de que se superen ciertos umbrales de venta. De conformidad con la ley, dicho concepto dice relación con 'La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí". (2)
 "Política de Cumplimiento de Libre Competencia Cencosud (2023)" (3)	"1.5 Interlocking Horizontal directo." La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras se encuentra prohibida por las normas de libre competencia. Esta figura, conocida como "interlocking horizontal directo", es considerada como una violación a la libre competencia debido a que la presencia de un director o ejecutivo común aumenta los riesgos de comportamientos coordinados entre competidores. Los colaboradores que, se encuentren en la situación descrita en el párrafo anterior, deben comunicarlo inmediatamente al Oficial de Cumplimiento de Libre Competencia de la Compañía". (3)
 "Manual de cumplimiento de normas de libre competencia (2018), elaborado por Prieto Abogados" (4)	"Riesgos de interlocking y participaciones minoritarias." Un interlocking horizontal directo entre competidores se produce cuando una misma persona es director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras. La anterior es la situación de interlocking a la que se le reconoce una mayor aptitud para dañar la libre competencia, al existir riesgos de coordinación y de disminución de la rivalidad entre las empresas. Por lo mismo, el artículo 3, letra d) del D.L. 211, prohíbe 'la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí'. Si bien al día de hoy sólo el interlocking horizontal directo tiene prohibición expresa en sede de libre competencia, se debe tener presente que las distintas posibles estructuras de interlocking sí pueden presentar riesgos anticompetitivos y que la FNE ha enfocado su atención en los mismos, como se refleja en el estudio que realizara el año 2013, denominado 'Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras". (4)
 "Manual de Libre Competencia de Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi" (5)	"5.3. Interlocking." El interlocking se define como la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o el directorio de dos o más empresas. El interlocking es directo cuando la participación simultánea se produce en dos empresas competidoras entre sí, y está expresamente prohibido cuando se alcanzan los ingresos establecidos en la ley. El interlocking es indirecto cuando la participación simultánea de una persona en las dos empresas no es directa, como cuando se produce entre competidores potenciales; entre empresas relacionadas verticalmente; o entre empresas que compiten indirectamente a través de una filial, controladora o relacionada. Esta figura es lícita, pero puede presentar riesgos que deben mitigarse". (5)



“Estudio de Modelos de Inversión y Explotación bajo Concepto de Asociación Público Privada para Subsecretaría de Telecomunicaciones” (6)

“9.3.4.2 Ilícitos del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 – Ilícitos Específicos

Luego de describir el Ilícito Genérico, la norma –a modo ejemplar– describe las conductas anticompetitivas más comunes (los ‘Ilícitos Específicos’), expresando al efecto 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 grupos de conductas:

Acuerdos colusiones o prácticas concertadas.

Actos unilaterales de abuso de posición dominante.

Actos de competencia desleal y prácticas predatorias.

Participación de directores en empresas competidoras (‘**interlocking directo**’). (6)

Banco de Chile

“Política de Cumplimiento de Libre Competencia Banco de Chile y Filiales” (7)

“**Interlocking Directo**. Finalmente, el DL 211 contempla una conducta particular que puede involucrar a los directores y/o ejecutivos relevantes de la Corporación, en cuanto sanciona el denominado **interlocking** directo. Esta disposición considera que la participación simultánea de ejecutivos relevantes o de un director en dos o más empresas competidoras entre sí (**interlocking**), es una conducta anticompetitiva que podría impedir la libre competencia, si es que además se cumplen ciertos requisitos relacionados a las ventas de ambas compañías”. (7)

Fuente: (1) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 25, agregado a folio 531; (2) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 26, agregado a folio 532; (3) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 27, agregado a folio 533; (4) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 28, agregado a folio 534; (5) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 29, agregado a folio 535; (6) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 30, agregado a folio 536; (7) documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el número 31, agregado a folio 537.

44. Por último, la tesis de grado muestra que el actual Fiscal Nacional Económico habría coincidido entonces con este entendimiento pacífico. En el año 2020 la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile aprobó la memoria titulada “Análisis de la regulación sobre **interlocking** contemplada en el artículo 3 letra d) del Decreto Ley 211 de 1973”, de don Benjamín Francisco González, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. El profesor guía fue don Jorge Grunberg.

45. La referida memoria advierte que “es necesario precisar que la prohibición contemplada en el artículo 3 letra d) **solo** contempla la hipótesis de **Interlocking horizontal directo**”⁶⁴ y “**excluye** de la prohibición del artículo 3 letra d) a los **otros tipos de Interlocking**, los cuales podrán en palabras del mismo Fiscal Nacional Económico ‘de todas maneras [...] ser revisados en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el artículo 3 en enmienda’”⁶⁵.

46. Como se observa, la tesis de don Benjamín Francisco González resultaría contraria a derecho conforme a lo planteado por don Jorge Grunberg en este juicio. De hecho, bajo la referida tesis, el Requerimiento debiera ser rechazado. Don Jorge Grunberg debió pensar distinto cuando guiaba la tesis de don Benjamín Francisco González.

• • • • •

47. Este capítulo demostró que el derecho y el expediente no dejan espacio a dudas. El legislador de la Ley 20.945, (i) tomó la estructura y conceptos de la hipótesis de **interlocking horizontal directo contenida en el Informe de la FNE**; (ii) la incorporó como la única

⁶⁴ Documento acompañado por CFSA a folio 571 bajo el N° 16, agregado a folio 522, p. 29.

⁶⁵ Ídem, pp. 29 y 30.

hipótesis de *interlocking* expresamente prohibida en la ley (horizontal directo); y, (iii) despejó cualquier duda a dicho respecto, (a) calificándola explícitamente mediante la agregación de la fórmula “entre sí” a la conjunción “empresas competidoras” y (b) no incluyendo en ella la fórmula extensiva ‘directa e indirecta’, que sí incorporó al artículo 4 bis para extender la fórmula ‘empresa competidora’ a matrices y filiales. De ese modo, *todos* entendieron la norma; salvo la FNE y el TDLC, y solo recién desde el Requerimiento y la Sentencia, respectivamente. Los dos están equivocados.

48. En el capítulo siguiente, demostraremos que la Sentencia infringe el principio de legalidad de la pena, porque sanciona a CFSA por una hipótesis infraccional que no está contemplada en la norma.

II. LA SENTENCIA INFRINGIÓ LA LEY, AL VULNERAR DOBLEMENTE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD DE LA PENA

49. La Sentencia fijó en dos sentidos el ámbito de la acusación de la FNE. Precisó que (i) la imputación del Requerimiento —y la competencia material del TDLC en este caso— se limita *únicamente* a la conducta descrita en el literal d) del artículo 3° del DL 211⁶⁶, por lo que “*el sentido y alcance de la letra d) del inciso segundo del artículo 3° debe fijarse en función de lo que ella dispone, sin relación con lo establecido en el inciso primero de la misma norma*”⁶⁷; y (ii) calificó dicha conducta *per se*⁶⁸, explicando que “*basta con acreditar los supuestos de hecho establecidos en la misma norma, de modo que no es necesario que se haya impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o una aptitud objetiva de la conducta para ello, o que quien la ejecute haya contado con poder de mercado o posición dominante.*”⁶⁹

50. Consecuentemente, el juicio de la Sentencia debía abocarse a determinar la concurrencia *estricta* de los elementos del tipo infraccional descrito en el literal d) del artículo 3° del DL 211; sin extensiones, integraciones ni analogías. La norma contiene tres requisitos típicos de procedencia:

- (a) “[L]a *participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas (...)*”.
- (b) Las empresas en que participa la persona natural como director o ejecutivo relevante sean “*empresas competidoras entre sí*”.

⁶⁶ Ver Sentencia, c. 12° (“Que, con independencia de la plausibilidad de las defensas esgrimidas en estos autos, para poder dirimir el litigio corresponde aclarar cuál es el objeto perseguido en este proceso por la Fiscalía. (...) De esta forma, cabe concluir que lo acusado se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. La mención al inciso primero de esa norma se justifica sólo por la interpretación de la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre los ilícitos establecidos en el inciso segundo y el ilícito genérico del inciso primero, no por la imputación de una infracción distinta o de carácter subsidiario, ante la eventual circunstancia de que los hechos no se subsuman en la hipótesis de la letra d)”) y 14 (“Que, en virtud de lo señalado precedentemente, este Tribunal se limitará en lo sucesivo a analizar si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. Sin perjuicio de ello, corresponde primeramente determinar el genuino sentido de esa disposición”).

⁶⁷ Sentencia, c. 36°.

⁶⁸ Ver Sentencia, c. 37° (“Que, en este sentido, la conducta corresponde a lo que cierta doctrina llama una infracción *per se*, entendido este concepto como una hipótesis de hecho que no depende de otras condicionantes —como sus efectos en el mercado— para ser caracterizada como ilícita. En consecuencia, para que se configure el ilícito basta con acreditar los supuestos de hecho establecidos en la misma norma, de modo que no es necesario que se haya impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o una aptitud objetiva de la conducta para ello, o que quien la ejecute haya contado con poder de mercado o posición dominante.”).

⁶⁹ Ídem.

- (c) “**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.**”

51. No existe controversia en cuanto a que Juan Hurtado fue simultáneamente director de CFSA y Larraín Vial; dichas empresas son las matrices, respectivamente, de sus empresas filiales Consorcio Corredores de Bolsa y Larraín Vial Corredora de Bolsa; y estas dos últimas empresas (en las que Juan Hurtado nunca participó como director) compiten *entre sí* en el Corretaje de Valores (ver **Figura 1** *supra*). Si bien eso bastaba para descartar el Requerimiento, no fue así.

52. Estamos aquí porque la Sentencia no aplicó el literal d) del artículo 3°. En su lugar, yendo incluso más allá del Requerimiento, (i) llevó a cabo una **interpretación ilegal** de la norma, para incorporarle hipótesis *indirectas* desechadas por el legislador; y (ii) derechamente **inventó un tipo infraccional** que no está en la norma, conforme al cual las empresas asiento del director serían responsables de un ilícito de *peligro abstracto, per se* y de *omisión*, consistente en implementar mecanismos para impedir que el director común respectivo participe en ellas.

53. A pesar de que la Sentencia correctamente explica “*que, de conformidad con lo dispuesto en el § 4 del Título Preliminar del Código Civil, la interpretación de la ley debe buscar su sentido, para lo cual el intérprete debe ceñirse a las reglas establecidas en los artículos 19 a 24 del mismo ordenamiento legal*”⁷⁰, no aplicó esas reglas y las infringió todas.

54. En las secciones siguientes aplicaremos correctamente esas reglas, a la luz del derecho y el expediente.

II.A. PRIMER VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD DE LA PENA, AL REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN ILEGAL Y EXTENSIVA DE LA VOZ ‘EMPRESA’ DEL ARTÍCULO 3° LETRA D)

- (1) **Cuestión previa. Ante todo, es jurídicamente imposible que CFSA y LV hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores, y así se lo respondió la CMF a la FNE en este mismo juicio**

55. La tesis infraccional formulada en el Requerimiento y acogida por la Sentencia es jurídicamente insostenible. El DL 211 no es la única ley de la República.

56. CFSA es una sociedad *holding* que coordina los grandes lineamientos de sus filiales, administra las necesidades de capital de las empresas del grupo, realiza una gestión de riesgo consolidado, y se informa del desempeño de sus filiales con miras a ofrecer una alternativa integral y que comparta los mismos valores en todos sus productos y servicios. CFSA no realiza ninguna actividad económica, ni participa en el mercado de Corretaje de Valores en particular.

⁷⁰ Sentencia, c. 44°.

57. Por contraste, su filial Consorcio Corredores de Bolsa es una sociedad anónima de *giro único y exclusivo*, registrada y autorizada ante la CMF para realizar operaciones de corretaje de valores mediante la intermediación de operaciones bursátiles. Consorcio Corredores de Bolsa *sí* participa en el mercado de Corretaje de Valores.

58. En el proceso fue acreditado y no controvertido que CFSA y Consorcio Corredores de Bolsa son personas jurídicas distintas, con directorio y patrimonio propios. La Sentencia asimismo reconoce que CFSA y su filial Consorcio Corredores de Bolsa se relacionan conforme a derecho y la práctica habitual de los grupos empresariales en Chile⁷¹. De hecho, no les imputa (tampoco el Requerimiento) ningún fraude, irregularidad o ‘levantamiento del velo societario’.

59. No obstante, las únicas empresas requeridas por la FNE y condenadas por la Sentencia son CFSA y LV (no se requirió a Consorcio Corredores de Bolsa ni a Larraín Vial Corredora de Bolsa). Según el Requerimiento y la Sentencia, *esas* serían (i) *tanto* las empresas en que Juan Hurtado habría participado simultáneamente como director; (ii) *como* las empresas que compiten entre sí en el Corretaje de Valores. Si bien lo primero es correcto, lo segundo ni siquiera es posible jurídicamente.

60. La propia FNE aportó evidencia al juicio que confirmó, más allá de toda duda, que CFSA y LV no podrían competir en el mercado de Corretaje de Valores, ni aunque quisieran, pues no cumplen los requisitos legales y reglamentarios para operar como corredoras de bolsa⁷². El 9 de septiembre de 2022 la FNE le solicitó al TDLC que oficiara a la CMF, a fin de que la autoridad de valores informara: (i) “qué se entiende por ‘actuar como corredor de

⁷¹ Ver Sentencia, c. 110°, 111° y 196°.

⁷² Ver Informe Valdés, pp. 16 y 17, Sección II.3.1.2 (“La ausencia de análisis del mercado relevante en el cual incidiría la infracción prevista en la letra d) del artículo tercero del DL 211 queda corroborada por la afirmación de la FNE de que en aquel mercado participaría ‘Consorcio **junto con** su filial Consorcio Corredores de Bolsa S.A. Así, la FNE imagina que, en un mercado relevante al cual sólo puede accederse vía autorización de la autoridad pública correspondiente –Comisión para el Mercado Financiero (CMF)–, puede ingresar la matriz de una corredora tan sólo por la circunstancia de ser matriz de esta última. Semejante afirmación se halla reñida con la regulación legal del mercado de valores, toda vez que un corredor de bolsa es una persona que, actuando como miembro de una bolsa de valores y hallándose inscrita en el Registro de Corredores de Bolsa de la CMF, se dedica a operaciones de corretaje de valores, debiendo cumplir todas y cada una de las exigencias técnicas y patrimoniales imperadas por la Ley de Mercado de Valores y que la CMF determina mediante normas de aplicación general. Los corredores de bolsa se hallan, además de lo expuesto precedentemente, sometidos a exigencias legales especiales en lo referente a razón social y objeto exclusivo, lo que claramente impide que la matriz de un corredor de bolsa participe en el mismo mercado que éste. En consideración a lo expuesto, nos hallamos ante barreras a la entrada legales y reglamentarias para ingresar al mercado de corretaje de valores, las cuales son públicas y notorios e impiden el ingreso de una matriz al mismo por las circunstancias en que aquélla carece de las autorizaciones administrativas pertinentes y de un objeto exclusivo para competir en este mercado, no pudiendo ser título suficiente para desplegar esa actividad económica el que su filial haya cumplido con todas las correspondientes exigencias legales”). Ver *asimismo* los siguientes documentos acompañados por LV a folio 166, que además acreditan que JHV no podría haber sido director de una empresa de corretaje de valores, por no estar habilitado e inscrito para tales efectos: (i) listado de corredoras de bolsa fiscalizadas por la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”), donde no se encuentran CFSA ni LV (agregado a folio 161); (ii) Norma de Carácter General N°412 de 06.09.2016 de la Superintendencia de Valores y Seguros, donde constan los requisitos para ser director de una sociedad corredora de bolsa (agregado a folio 163); (iii) correo electrónico de 29.08.2022, asunto: “Solicitud de Certificado”, enviado por Claudia Bahamondes O., Ejecutiva del Comité de Acreditación de Conocimientos en el Mercado de Valores (“CAMV”), que acredita que JHV no está registrado en su sistema, con lo que no cumple con los requisitos necesarios para participar en el directorio de ninguna corredora de bolsa (agregado a folio 164); y (iv) Certificación notarial de 29.08.2022, que acredita que JHV no aparece en el registro público de personas acreditadas que mantiene el CAMV en su página web, por lo que no puede participar de forma alguna en el mercado de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredores de bolsa (agregado a folio 165). Ver *también* los siguientes documentos acompañados por JHV, que también dan cuenta de que JHV no es, ni fue, director de una corredora de bolsa: (i) certificado expedido por el Secretario General de la CMF de 05.04.2022, que da cuenta que la sociedad Larraín Vial S.A. Corredora de Bolsa, RUT N° 80.537.000-9, está inscrita en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, bajo el N° 6 de fecha 28 de mayo de 1982 (agregado a folio 178); (ii) certificado expedido por el Secretario General de la ex Superintendencia de Valores y Seguros, hoy CMF, de 07.02.2000, que da cuenta que la sociedad Consorcio Corredores de Bolsa S.A., RUT N° 96.772.490-4, está inscrita en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, bajo el N° 170, de 25.01.2000 (agregado a folio 179); (iii) certificado de fecha 19.08.2022, expedido por Andrés Trivelli González, Gerente General de Larraín Vial S.A. Corredora de Bolsa, que da cuenta de las personas que han desempeñado el cargo de directores de la sociedad, desde marzo de 2014 hasta el 30 de abril de 2019 (agregado a folio 180); y (iv) Certificado de fecha 23 de agosto de 2022, expedido por Pablo Onofre Lillo Dussallant, Gerente General de Consorcio Corredores de Bolsa S.A., que da cuenta de las personas que han desempeñado el cargo de directores de la sociedad desde marzo de 2014 a 30 de abril de 2019 (agregado a folio 181).

bolsa o agente de valores”⁷³ y (ii) “en qué tipo de situaciones podría afirmarse que una persona o sociedad no autorizada para actuar como corredor de bolsa o agente de valores ha invadido dicho giro en infracción al artículo 24 inciso final de la Ley N° 18.045 [(“LMV”)]”⁷⁴.

61. En su respuesta de 21 de octubre de 2022, junto con explicarle qué se entiende por ‘intermediación de valores’ y cómo actúa un ‘corredor de bolsa o agente de valores’, la CMF le aclaró tres cosas a la FNE:

- (a) “La intermediación de valores es una *actividad regulada*, de *objeto exclusivo*, sujeta a la fiscalización de la CMF”⁷⁵ (CFSA no tiene ese giro u objeto);
- (b) El artículo 24 de la LMV dispone una *obligación de autorización y registro* ante la CMF para poder proveer servicios de intermediación de valores⁷⁶ (CFSA nunca ha estado inscrita en ese registro); y
- (c) La sanción del artículo 24 de la LMV se aplica a “aquella *persona natural o jurídica* que *no estando inscrita* en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores *realiza la actividad descrita precedentemente*”⁷⁷ (CFSA no ha sido objeto de dicha sanción, pues nunca ha realizado actividades de Corretaje de Valores).

62. De ese modo, la CMF dejó muy claro que no es siquiera posible sostener que CFSA o LV participen –o compitan en– el Corretaje de Valores. Por si quedaran dudas, la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Chile le informaron al TDLC que ni CFSA, ni LV, son, ni han sido, corredores de bolsa en Chile⁷⁸.

63. Eso también debiera haber bastado para rechazar el Requerimiento, pero de nuevo no fue así. Como ya explicamos, la Sentencia sostiene que CFSA y LV serían empresas competidoras entre sí, por cuanto la sociedad CFSA y la sociedad Consorcio Corredores de

⁷³ Ver presentación de FNE “Solicitan oficio” (folio 169) (“Cuál es el criterio adoptado por la CMF, en aplicación de la facultad de interpretación administrativa conferida por el artículo 5 letra 1) de la Ley N° 21.000, en relación con el alcance de la prohibición consagrada en el artículo 24 inciso final de la Ley N° 18.045, citando la normativa y jurisprudencia administrativa aplicables en el caso de existir; y detallando en particular: 1. Qué se entiende por ‘actuar como corredor de bolsa o agente de valores’”).

⁷⁴ Ver presentación de FNE “Solicitan oficio” (folio 169) (“Cuál es el criterio adoptado por la CMF, en aplicación de la facultad de interpretación administrativa conferida por el artículo 5 letra 1) de la Ley N° 21.000, en relación con el alcance de la prohibición consagrada en el artículo 24 inciso final de la Ley N° 18.045, citando la normativa y jurisprudencia administrativa aplicables en el caso de existir; y detallando en particular: (...) 2. En qué tipo de situaciones podría afirmarse que una persona o sociedad no autorizada para actuar como corredor de bolsa o agente de valores ha invadido dicho giro en infracción al artículo 24 inciso final de la Ley N° 18.045”).

⁷⁵ Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (folio 285) (“En dicho contexto, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago manifestó en los considerandos 4° y 5° de su fallo ‘Cuarto: Que, es un hecho no controvertido, que la reclamante Magnus Agente de Valores S.A desde mayo de 2012 a enero de 2016 no ha realizado actividades de corretaje de valores, sino únicamente algunas actividades complementarias de asesoría contempladas en la Circular N° 887, de 1989, que define aquellas actividades para las que los intermediarios de valores no requieren autorización previa de la CMF (asesorías financieras). Quinto: Que, la intermediación de valores es una actividad regulada, de objeto exclusivo, sujeta a la fiscalización de la CMF, por encontrarse la fe pública involucrada en el corretaje de valores. Según el artículo 24 de la Ley N° 18.045 los intermediarios de valores pueden realizar 2 clases de actividades: 1) las que constituyen su objeto autorizado sin las cuales pierde la calidad de intermediario de valores, esto es, las actividades de corretaje de valores ya sea en bolsa (en el caso de los corredores de bolsa) o fuera de bolsa (en el caso de los agentes de valores); ‘y’ 2) las que sirven para complementar el giro de corretaje de valores. Como puede advertirse, un intermediario de valores para conservar su calidad en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, debe realizar ambas actividades o sólo las actividades de corretaje de valores, pero en ningún caso puede pretender mantenerse en dicho registro si desarrolla sólo las actividades complementarias, en virtud del principio ‘accessorium sequitur principale’ (que indica que las cosas accesorias que dependan de las principales correrán, material, ideal o jurídicamente la suerte de la cosa principal)”).

⁷⁶ Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (folio 285) (“De conformidad al texto de la ley transcrito, es posible desprender en términos generales que son corredores de bolsa o agentes de valores aquellas personas naturales o jurídicas que se dedican a la intermediación de valores, siendo éste su objeto exclusivo, sin perjuicio de las actividades complementarias que le autorice esta Comisión, debiendo encontrarse previamente inscritos en el registro que al efecto lleva esta Comisión, para poder ejercer dicha actividad. Por lo tanto, para efectos de lo requerido en su Oficio se requiere establecer el concepto de intermediación, y en particular, de valores”).

⁷⁷ Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (folio 285) (“En conclusión, es posible manifestar que actúa como corredor de bolsa o agente de valores, aquella persona natural o jurídica que se dedica a la intermediación de valores, esto es, quien en el desarrollo de su giro habitual adquiere o enajena valores de oferta pública, en cumplimiento de una orden o mandato con o sin representación, o compra o vende dichos valores por cuenta propia con el ánimo anterior de adquirirlos por o enajenarlos a quienes le encomendaron enajenar o adquirir esos valores. En virtud de lo anterior, se estima que se encontraría en infracción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Mercado de Valores, aquella persona natural o jurídica que no estando inscrita en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores realiza la actividad descrita precedentemente”).

⁷⁸ Ver (i) Respuesta al Oficio N° 151 de la Bolsa de Comercio de Santiago, el 6 de octubre de 2022, que consta a folio 260; y (ii) Respuesta al Oficio Ordinario N° 152 de la Bolsa Electrónica de Chile, de 23 de septiembre de 2022, que consta a folio 228.

Bolsa serían conjuntamente una (sola) ‘empresa’, a la vez que la sociedad LV y la sociedad Larraín Vial Corredora de Bolsa serían conjuntamente otra (una sola) empresa. Ello, como también adelantamos, infringe todas las reglas de interpretación que prescribe la § 4 del Título Preliminar del Código Civil. Lo demostraremos a continuación.

(2) Regla base de interpretación. La Sentencia infringió la regla del inciso primero del artículo 19 del Código Civil

64. La Sentencia explica que la primera regla legal de interpretación es el inciso primero del artículo 19 del Código Civil⁷⁹, precisando que “ante una situación en que una disposición tenga un *sentido claro o evidente*, está vedado al intérprete la utilización de criterios *pragmáticos* que se opongan al lingüístico”⁸⁰. En el mismo sentido, los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez previenen que “la determinación del *sentido literal posible* ha de tener *preeminencia* sobre los restantes elementos o recursos interpretativos y es su punto de partida y *límite*.”⁸¹

65. El TDLC infringió ese límite de entrada. Basta leer la letra d) del artículo 3° para comprobar que su sentido es claro, y revisar su unívoca aplicación para confirmarlo (*ver* § I). Por de pronto, el sentido de una disposición no deja de ser claro porque la FNE presente un requerimiento diciendo lo contrario; especialmente si lo allí sostenido contraviene lo señalado por la propia FNE y el TDLC, respectivamente, hasta antes del Requerimiento y la Sentencia⁸². En este caso no era legalmente procedente recurrir a criterios pragmáticos para interpretar la norma, como lo hizo la Sentencia.

66. Lo más grave, sin embargo, es que el ejercicio interpretativo de la norma que hace la Sentencia parte de un error basal, que priva de sustento a todos sus análisis subsecuentes. Si bien la Sentencia señala abocarse a la interpretación de la fórmula típica completa “*empresas competidoras entre sí*”⁸³; luego, para sostener que su sentido no sería claro, *solo* se refiere a la fórmula “*empresas competidoras*” (o incluso solo a “*empresa*”), omitiendo su calificativo típico “*entre sí*”.

67. En efecto, para eludir el límite interpretativo del artículo 19 del Código Civil, la Sentencia argumenta que el tenor literal de la letra d) “*da cuenta del uso de una expresión* (*‘empresa competidora’*) [no dice ‘empresas competidoras **entre sí**’] que carece de una definición estricta en derecho de la competencia o en las reglas generales, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro.”⁸⁴

⁷⁹ Ver Sentencia, c. 44°.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Matus y Ramírez (2021): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, (Valencia, 2° Edición, Tirant Lo Blanch) (“Matus y Ramírez (2021)”), p. 178.

⁸² Ver §I.B.

⁸³ Ver Sentencia, c. 38° (“Que, entonces, corresponde analizar los requisitos establecidos por la letra d) para que se configure una infracción a la libre competencia. Ante todo, la norma sanciona la participación simultánea de una misma persona como ejecutivo relevante o como director en dos o más empresas competidoras entre sí. A este respecto, en el proceso se ha debatido el sentido y alcance de la voz “participación”, en relación con el ejercicio del cargo de director por el señor Hurtado con posterioridad al 23 de julio de 2018. Asimismo, se ha cuestionado la inteligencia de la noción de “empresas competidoras entre sí”. Sobre el primero de estos aspectos se volverá en la subsección E.I siguiente, cuando se analice la excepción de prescripción basada en la renuncia del señor Hurtado al cargo de director en Larraín Vial. El segundo de ellos se tratará a continuación”).

⁸⁴ Ver Sentencia, c. 44° (“Así, la primera de esas reglas, el inciso primero del artículo 19 del Código Civil dispone “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”. Esta norma establece que, ante una situación en que

68. Este error de la Sentencia es jurídicamente intolerable, porque desatiende la voluntad del legislador. El legislador sabe escribir. Como explicaron los profesores Felipe Irrarázabal (ex Fiscal Nacional Económico) y Soledad Krause: *(i)* es incorrecto analizar la voz “empresa” sin su calificativo de “competidora”, porque “*el adjetivo competidor, en su sentido técnico, [es] el que viene a ofrecer una restricción al sentido y alcance de la voz empresa. [pues] Como sucede gramaticalmente con todos los adjetivos, este viene a limitar, a condicionar o a calificar el sustantivo al que se refiere*”⁸⁵; y *(ii)* es igual o más grave analizar la voz “empresa”, o la fórmula “empresas competidoras”, sin su calificativo “entre sí”, pues “*esa cláusula da a entender, a mayor abundamiento del sentido ordinario y técnico de las palabras usadas por el legislador, que la competencia se plantea directamente entre ellas.*”⁸⁶

69. Como la Sentencia no aplicó adecuadamente la regla del artículo 19 del Código Civil, siguió adelante aplicando las reglas subsiguientes. Evidentemente se volvió a equivocar al hacerlo.

(3) Elemento semántico y gramatical. La Sentencia infringe las reglas de los artículos 20 y 21 del Código Civil

70. La Sentencia explica que, “de conformidad con el artículo 20 del Código Civil, la falta de una definición legal obliga a recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, según su uso general”⁸⁷. Acto seguido, recurre al diccionario de la “Real Academia Española”, precisando que aquel define “‘empresa’ como una ‘unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos’”⁸⁸. Finalmente, concluye que “la noción de empresa supone la existencia de una cierta organización común respecto del desarrollo de alguna actividad económica particular, con independencia de las formas jurídicas utilizadas para ello.”⁸⁹

71. Sin embargo, en este caso no era procedente recurrir al diccionario para despejar el significado de la voz ‘empresa’ como elemento del tipo infraccional de la letra d). En *primer lugar*, porque el elemento típico es la forma conjunta “*empresas competidoras entre sí*”, siendo por tanto impropio desatender la voluntad del legislador, que deliberadamente agregó los calificativos ‘competidoras’ y ‘entre sí’ a la voz ‘empresa’.

72. En *segundo lugar*, porque en línea con lo anterior y en base al artículo 21 del Código Civil, Matus y Ramírez (2021) aclaran que no se debe recurrir al “*sentido del Diccionario o natural, tratándose de ‘las palabras técnicas de toda ciencia o arte*”⁹⁰,

una disposición tenga un sentido claro o evidente, está vedado al intérprete la utilización de criterios pragmáticos que se opongan al lingüístico. Con todo, el inciso segundo del mismo artículo precisamente habilita a recurrir a criterios ajenos al tenor literal para interpretar expresiones oscuras, siempre y cuando ellos estén claramente manifestados en la propia ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento. Aplicando estas reglas al ilícito de la letra d), su tenor literal da cuenta del uso de una expresión (‘empresa competidora’) que carece de una definición estricta en derecho de la competencia o en las reglas generales, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro. Al mismo tiempo, la parte final de la norma utiliza la noción de “grupo empresarial”, concepto definido por la LMV. Las requeridas afirman que, atendida esa diferencia, no podría sostenerse que “empresa” sea equivalente a “grupo empresarial”, de modo que la primera no puede sino referirse a una persona jurídica singular.”)

⁸⁵ Informe Krause-Irrarázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 29.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Sentencia, c. 48°.

⁸⁸ Ídem.

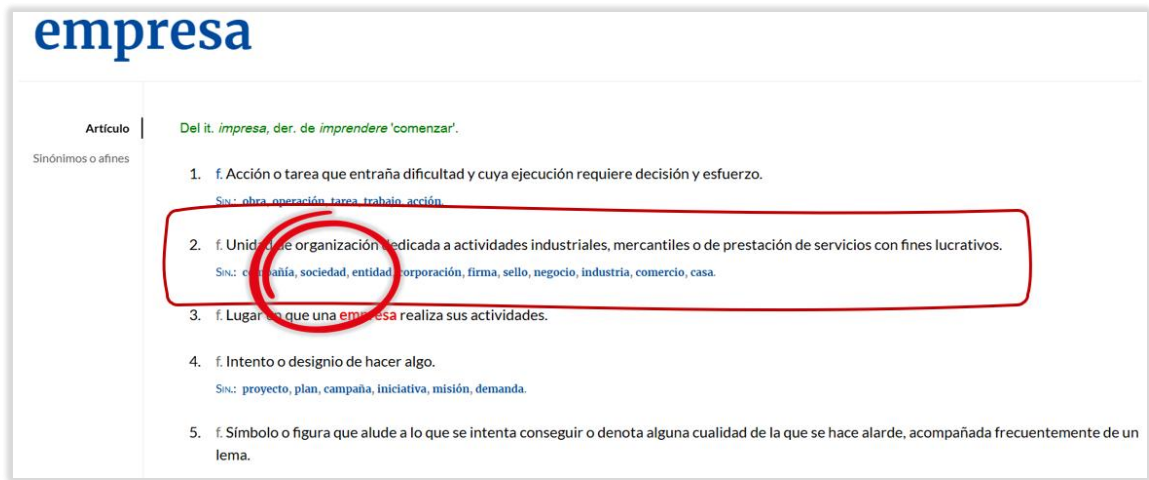
⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Matus y Ramírez (2021), p. 179.

precisando que, “*en la práctica, se acepta también que se recurra a la **doctrina de los autores y la jurisprudencia** para la interpretación de los términos jurídicos que carecen de definición legal o sentido natural*”⁹¹. En este caso, como vimos en el primer capítulo, toda la doctrina y jurisprudencia enseña que la voz ‘empresa’ del artículo 3º letra d), como elemento de *ese* tipo infraccional, se refiere a la sociedad o persona jurídica asiento del director respectivo. En consecuencia, *ese* es el significado que corresponde aplicar aquí de conformidad con las reglas vinculantes de interpretación de los artículos 20 y 21 del Código Civil.

73. Por último, el diccionario de la “Real Academia Española” no es concluyente en el sentido pretendido por la Sentencia. Si se consulta la voz ‘empresa’ y se revisa completo el resultado (ver **Figura 9**), se observa que la misma segunda acepción que transcribe la Sentencia indica, justo abajo, que los sinónimos de ‘empresa’ incluyen precisamente a la voz ‘sociedad’.

Figura 9 | Diccionario RAE, voz ‘empresa’



(4) Elemento lógico y sistemático de contexto. La Sentencia infringe la regla del artículo 22 del Código Civil

74. El inciso primero del artículo 22 del Código Civil dispone que “*el **contexto** de la ley servirá para **ilustrar el sentido** de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida **correspondencia y armonía**.*”

75. El elemento lógico exige que la fórmula típica “*empresas competidoras entre sí*” guarde relación y armonía, tanto *interna* (con el resto de los términos de la disposición), como *externa* (con el resto del DL 211 y el sistema jurídico en general). Esa relación y armonía con el contexto requiere, como mínimo, respetar “*los principios lógicos de **identidad** (algo no puede ser y no ser la mismo tiempo: si A es A, A es A y no otra cosa); **transitividad** (si A es B, y B es C, entonces A es C); **no contradicción** (es imposible que un atributo pertenezca y no pertenezca al mismo tiempo a un sujeto: si A es B, A no es lo contrario de B); y **tercero excluido** (dos proposiciones contradictorias no pueden ser verdaderas al mismo tiempo: no*

⁹¹ Ídem.

es posible que A sea B y no sea B al mismo tiempo).”⁹² La Sentencia infringe esos principios lógicos.

- (a) La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘interna’. CFSA no puede ser, al mismo tiempo, la empresa concreta (sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sienta Juan Hurtado como director; y la empresa abstracta conformada por CFSA, Banco Consorcio y su filial corredora de bolsa

76. El literal d) del artículo 3° considera la participación simultánea de una misma persona en dos empresas distintas, en calidad de “**director**” o “ejecutivo relevante”. En derecho, solo se puede participar como director de una sociedad o persona jurídica determinada. Sin ir más lejos, el propio Requerimiento aclara que “*la expresión ‘director’ ha de entenderse como miembro del directorio de una **sociedad** [no dice “**empresa**”], en los términos de la **regulación nacional pertinente***”⁹³.

77. En consecuencia, la lectura del elemento típico ‘empresa’ que establece la Sentencia es jurídicamente imposible. Si se revisa la norma, se observa que la letra d) del artículo 3° utiliza un *solo y mismo* término (‘empresa’): (i) tanto para la entidad en que participa el director; (ii) como para la entidad que compite con otra. Por tanto, la voz ‘empresa’ de la letra d) debe tener un **único** sentido en la norma y no puede ser otro que aquel que permita la acción de participar como director en ella: una sociedad o persona jurídica.

78. En definitiva, la interpretación *dual* de la empresa que pretende la Sentencia, como ‘sociedad asiento del director’ y como ‘conjunto de entidades (una o más personas jurídicas) bajo control común’, contraviene el principio de identidad del elemento lógico. Por simple lógica, CFSA no puede ser, al mismo tiempo y respecto del mismo tipo, la empresa **concreta** (una sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sienta Juan Hurtado como director; y la empresa **abstracta** conformada por CFSA, Banco Consorcio y su filial corredora de bolsa, que así entendida competiría en el Corretaje de Valores.

- (b) La Sentencia infringe el ‘principio del tercero excluido’ de forma ‘interna’. La concepción de ‘empresa’ que pretende, como el conjunto de entidades bajo control común, coincide con aquella de ‘grupo empresarial’ que también emplea la norma

79. La Sentencia sigue la tesis del Requerimiento, según la cual el término ‘empresa’ que emplea el literal d) del artículo 3° incluiría “a todas las **entidades controladas** por un **mismo centro de decisiones** independiente”⁹⁴.

80. Esa definición de ‘empresa’ que pretende la FNE y adopta la Sentencia ya existe en la legislación, pero corresponde a un concepto distinto y claro: el de ‘grupo empresarial’, definido en el artículo 96 de la LMV. Basta leer la norma y lo que sostiene el Requerimiento para confirmarlo. Para hacer más fácil ese ejercicio de lectura comparativa, la Tabla 5

⁹² Matus y Ramírez (2021), p. 179.

⁹³ Requerimiento, p. 10 (§28).

⁹⁴ Requerimiento, p. 11 (§33).

contrasta la definición de ‘empresa’ del Requerimiento y la Tabla 6, que le sigue, esquematiza ambos conceptos según sus núcleos centrales.

Tabla 5 | Definición de ‘empresa’ del Requerimiento vs. definición de ‘grupo empresarial’ de la Ley 18.045

Requerimiento: ‘empresa’ (¶ 33)	Ley 18.045: ‘grupo empresarial’ (Art. 96.b))
“[e]l concepto de empresa competidora del artículo 3 inciso segundo letra d) del DL 211 incluye a todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente . En efecto , 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 considerarse parte de la misma unidad económica ”.	“ 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: (...) b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, (...) ”.

Tabla 6 | Comparación esquemática ‘empresa’ del Requerimiento vs. definición de ‘grupo empresarial’ de la Ley 18.045

Base	Criterio del Requerimiento para definir a la empresa (Requerimiento, ¶ 33)	Criterio de la Ley 18.045 para definir al ‘grupo empresarial’	Resultado
Concepto	Forman la ‘empresa’: “todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente ”.	Forman el ‘grupo empresarial’: “todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, (...) ” (Art. 96.b)).	Mismo concepto (control común).
Factor determinante del concepto	Se está frente a un ‘ mismo centro de decisiones independiente ’ cuando: “una sociedad está en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de las filiales u otras empresas”.	Es ‘ controlador ’ de una sociedad, quien tiene poder para: “ influir decisivamente en la administración de la sociedad” (Art. 97 b)).	Mismo determinante (control por vía de influencia decisiva).

81. Llega a ser tan evidente esta identidad *entre* la voz ‘empresa’ que pretende la FNE, por una parte, y el término legal ‘grupo empresarial’, por otra, que el actual Fiscal Nacional Económico, en su informe acompañado por la FNE, señala que *su* pretensión extensiva de la voz ‘empresa’ *coincide* con la definición de ‘grupo empresarial’. Lo dice así, tal cual: “en el contexto de *la determinación de qué personas jurídicas forman parte de una empresa*, a nuestro juicio puede predicarse que del hecho que una sociedad tenga *derechos que le permitan influir decisivamente en la administración de otra* emana una presunción de que ambas sociedades forman parte de una misma entidad empresarial. [Nota al pie:] *Esta misma lógica* subyace al *concepto de grupo empresarial contemplado en el artículo 96 de la Ley N° 18.045* de Mercado de Valores (...).”⁹⁵

82. En definitiva, la FNE y su actual Fiscal nos plantean un verdadero ‘error de referencia circular’. Nos dicen que la voz ‘empresa’ excede a la persona jurídica; agregan que esa definición es propia (exclusiva) de libre competencia, por lo que no está ni debe buscarse en otras fuentes normativas; pero terminan reconociendo –con mayor o menor transparencia–

⁹⁵ Informe elaborado por Jorge Grunberg Pilowsky, acompañado por la FNE a folio 374 y agregado a folio 372, ¶ 74 y nota al pie 73, p. 25.

que esa definición *propia, exclusiva y excluyente*, es la misma del término legal ‘grupo empresarial’, que el legislador antimonopólico *conoce, emplea e incorporó* en el mismo literal d) del artículo 3º, por oposición a la ‘empresa’⁹⁶.

83. La Sentencia intenta infructuosamente salvar el punto. Señala que su concepción de ‘empresa’ como ‘unidad económica común’ se diferenciaría del término legal ‘grupo empresarial’, por cuanto los factores que determinan la existencia de un ‘centro de dirección común’ son distintos en cada caso. En la ‘empresa’ correspondería a la posibilidad, de *jure o de facto*, de determinar –o vetar– la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico⁹⁷; mientras que en el ‘grupo empresarial’ el control sería predeterminado por “una regla de clausura basada en una decisión del regulador, cuya discrecionalidad está limitada por los criterios establecidos en la misma disposición [literal c) del artículo 96 de la LMV]”⁹⁸.

84. Todo lo anterior, para sostener finalmente que “la referencia a grupo empresarial provino de una indicación del Poder Ejecutivo con miras a establecer un umbral de ingresos para eximir de la aplicación de la prohibición a las empresas de menor tamaño”⁹⁹, de modo tal que el *sentido* de la utilización por el legislador de la noción de grupo empresarial en la letra d) sería “determinar a los beneficiarios de esa exención [*regla de minimis* de UF 100.000] en forma *precisa*, sobre la base de información financiera *fácilmente verificable*, cuestión distinta a la prueba del carácter de ‘empresas competidoras’”¹⁰⁰.

85. El intento de la Sentencia falla, pues su concepción de ‘empresa’ impide que la voz ‘grupo empresarial’ cumpla la función normativa que el TDLC pretende atribuirle. *Primero*, porque para identificar *qué* grupos empresariales considerar a efectos de posteriormente sumar sus ventas y determinar el cumplimiento del umbral de UF 100.000, se requiere igualmente identificar *previamente* cuáles son las ‘empresas’ cuyos grupos empresariales se debe mirar. Esto último, como reconoce la Sentencia, supone un ejercicio complejo de prueba. Y, *segundo*, porque la concepción de ‘empresa competidora’ de la Sentencia puede

⁹⁶ Ver Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508, p. 22 (“El tipo infraccional imputado sólo utiliza la voz ‘empresa’ para hacer referencia a las personas jurídicas en las cuales el sujeto activo – definido como persona – ha de ocupar simultáneamente cargos de director y/o ejecutivo relevante. En efecto, la empresa a que hace referencia el tipo infraccional específico de interlocking necesariamente debe tratarse de una persona jurídica, puesto que en caso contrario no podría tener órganos colegiados, como directorios o bien órganos unipersonales, como ejecutivos relevantes. Asimismo, la empresa a que hace referencia el tipo infraccional específico de interlocking necesariamente debe consistir en una persona jurídica y no puede en caso alguno corresponder a un grupo empresarial, puesto los grupos empresariales carecen de órganos colegiados constituidos por directorios, así como de órganos unipersonales consistentes en ejecutivos relevantes”) e Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 29-30 (“Por lo demás, el mismo legislador diferencia entre empresa competidora y el grupo económico al que pertenece para efectos de tipificar la infracción, por una parte, y establecer la limitación de minimis por otra. Así queda en claro cuando dice que la conducta que se sanciona tiene lugar con ‘la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí’ y cuando fija como condición de relevancia de esa infracción ‘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 (...)’. La ley diferencia entre la empresa competidora y el grupo al que pertenece. La primera mención: empresa competidora sirve para discriminar aquello que se prohíbe; la segunda: grupo al que pertenece para delimitar el alcance de esa prohibición.”; “Si se está al tenor literal de la disposición es posible concluir que el legislador chileno exige que las empresas que mantienen el vínculo personal sean directamente competidoras y que, a mayor abundamiento, no entienda como conceptos idénticos empresa competidora y grupo económico al que pertenece como exigiría una interpretación de la regla que comprenda dentro del sentido y alcance del tipo el interlocking indirecto. Estando a las palabras del legislador puede concluirse que si este hubiere querido identificar empresa competidora y el grupo empresarial al que pertenece, la redacción del tipo infraccional no habría planteado la distinción que resulta del tenor literal. En otras palabras: una comprensión diferente haría sinónimos esos dos conceptos, o dejaría sin aplicar una distinción que el legislador realiza en la norma. Esa interpretación conduciría, por lo demás, a ampliar el sentido y alcance de la norma más allá de su tenor literal”).

⁹⁷ Ver Sentencia, c. 62º; FNE, Guía de Competencia, ¶ 54, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

⁹⁸ Sentencia, c. 51º.

⁹⁹ Sentencia, c. 52º.

¹⁰⁰ Ídem.

incluir personas jurídicas que no pertenezcan a un mismo grupo empresarial, en cuyo caso no será siquiera posible saber cuál o cuáles grupos empresariales considerar respecto de cada ‘empresa competidora’.

(c) La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘externa’

86. Al solo referirse a la fórmula “*empresas competidoras*” (o incluso solo a “*empresas*”), omitiendo su calificativo típico “*entre sí*”, la Sentencia incurre en varios errores propios de un sesgo de confirmación. En todos los casos, recurre a elementos *incompatibles* del sistema jurídico para intentar justificar su errada aplicación de la ley, y omite aquellos más obvios y efectivamente funcionales.

(i) *La Sentencia se remite a disposiciones del DL 211 que regulan otros supuestos, y omite las únicas dos que emplean los mismos términos y se ocupan de riesgos específicos equivalentes*

87. La Sentencia sostiene que la letra d) habría sido “clara en cuanto a que hubo una decisión deliberada del legislador de recurrir a un concepto como ‘empresa’, que no tiene un contenido específico, en lugar de ‘sociedad’ –noción que utiliza precisamente en oposición a ‘empresa’ en los artículos 11 y 39 f) del D.L. N° 211– o ‘persona jurídica’”¹⁰¹. En otros términos, el TDLC argumenta que la voz ‘empresa’ de la letra d) no podría referirse a la ‘sociedad’ o ‘persona jurídica’ en que se sienta el director, pues, de haber sido así, el legislador habría utilizado esas palabras como lo hizo en las disposiciones que cita.

88. La Sentencia se equivoca, porque los artículos 11 y 39 f) del DL 211 no emplean las voces “*sociedad*” y “*persona jurídica*” en oposición a la “*empresa*” como elemento típico del literal d). Por el contrario, lo hacen en complementariedad a la voz ‘empresa’ en su sentido *natural y obvio*, no calificado típicamente con la fórmula ‘*competidoras entre sí*’. La fórmula típica del literal d), ‘empresas competidoras entre sí’, como ya vimos (§ II.A(3)), se interpreta como un ‘término técnico’ y conforme con la doctrina asentada que revisamos en el primer capítulo.

89. Salvo por un evidente sesgo de confirmación, no se explica por qué la Sentencia solo se remitió a esas dos disposiciones perdidas y que no guardan relación alguna con la prohibición expresa de *interlocking*; y omitió en cambio referirse al artículo 4 bis y cuarto transitorio, que son las *únicas* disposiciones del DL 211 que, como el literal d) del artículo 3°: (i) emplean la fórmula ‘empresa competidora’; (ii) operan sobre un *vínculo* entre ‘empresas competidoras’ (de propiedad en el 4 bis y de administración en el literal d)); (iii) buscan evitar riesgos equivalentes (aquellos coordinados derivados de la respectiva vinculación); (iv) fueron incorporadas por la Ley 20.945; y, de hecho, (v) regulan hipótesis descritas en el Informe FNE (‘*interlocking*’ y ‘participaciones cruzadas’), fuente principal de la fórmula ‘empresas competidoras’ utilizada por ambas disposiciones.

¹⁰¹ Sentencia, c. 44°.

90. El artículo 4 bis dispone que “la adquisición, por parte de una *empresa* o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, *directa o indirecta*, en más del **10% del capital** de una *empresa competidora*, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento.”

91. Si el TDLC hubiera revisado esa norma, de partida habría notado que el legislador de la Ley 20.945 es explícito cuando quiere excluir o incorporar hipótesis *indirectas* matriz-filial, como aquella del Requerimiento. Como mostró gráficamente la **Figura 3** de la primera sección de este escrito, *mientras* en el artículo 3° letra d) el legislador limitó la norma a hipótesis *directas* de participación cruzada (por administración), agregando la limitación “*entre sí*” a la fórmula ‘*empresas competidoras*’; por contraste, en el artículo 4 bis incluyó hipótesis *indirectas* de participación cruzada (por propiedad), (i) no incorporando la limitación “*entre sí*” en la fórmula ‘*empresas competidoras*’ y (ii) señalando expresamente que la hipótesis de participación cruzada puede ser “*directa o indirecta*” (i.e., a través de otra empresa). En consecuencia, si el artículo 3° letra d) hubiera querido incluir la hipótesis matriz-filial que imputa el Requerimiento, así lo habría precisado la norma explícitamente, como en el artículo 4 bis.

92. Por último, de haber revisado el artículo 4 bis, la Sentencia habría confirmado que su interpretación amplia, general e indeterminada de ‘empresa’ es improcedente, por cuanto el artículo 4 bis opera sobre la adquisición de un 10% del **capital** de una ‘empresa competidora’, y solo las entidades específicas y determinadas tienen capital.

(ii) *La Sentencia ignora que el artículo 4 bis demuestra que la incorporación de la voz ‘grupo empresarial’ al artículo 3° letra d), por oposición al de empresa, descarta su tesis expansiva y abstracta de la norma; y con ello confirma que la Sentencia infringe el ‘principio del tercero excluido’ de forma ‘interna’*

93. El artículo 4 bis muestra muy bien que la acepción expansiva de ‘empresa’ que el Requerimiento y la Sentencia suponen incorporada en el literal d) simplemente *no existe*, pues cuando el legislador ha querido ir más allá de la persona jurídica que identifica a la ‘empresa’ así lo ha establecido, de forma clara y directa, recurriendo al término legal para ello (el ‘grupo empresarial’ de dicha empresa); utilizando términos propios del DL 211 más amplios (como “*agente económico*”¹⁰²); o precisando que la relación puede ser “*directa o indirecta*” (artículo 4 bis).

94. Comprobémoslo con un ejercicio comparativo. La columna izquierda de la **Figura 10** transcribe el texto del artículo 4 bis, donde es posible leer y comprobar que dicha norma *sí* contempla *explícitamente* la determinación de competencia entre, *por una parte*, la empresa

¹⁰² Ver artículo 47 del DL 211 (“Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más *agentes económicos* que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías (...) Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por *agente económico* 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”). El artículo 47 fue incorporado por la misma Ley 20.945 que incorporó el artículo 3° letra d) y el artículo 4 bis.

compradora y su grupo empresarial; y, por otra, la empresa adquirida y lo que ésta controla. Si para ello bastara el concepto de ‘empresa’, como postula la FNE, el artículo 4 bis no tendría las secciones tarjadas en la columna derecha de la **Figura 10**. En otras palabras, si lo que señala la Sentencia fuera cierto, el artículo 4 bis tendría una redacción completamente distinta (aquella de la columna derecha de la **Figura 10**).

Figura 10 | Artículo 4 bis, inc. primero y segundo

Texto original, destacado	Texto original, tarjado
La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°.	“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial , de participación, directa o indirecta , en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°.
La obligación de informar establecida en el inciso anterior sólo se aplicará en el evento que la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda, y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”	La obligación de informar establecida en el inciso anterior sólo se aplicará en el evento que la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda , y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”

95. Por último, la claridad del artículo 4 bis y su indudable utilidad para comprobar que la tesis del Requerimiento y la Sentencia es ilegal, también fue recogida y explicada por los profesores Soledad Krause y Felipe Irrázabal¹⁰³.

(iii) *La Sentencia se remite a jurisprudencia sobre la voz ‘empresa’ referida a otras disposiciones (que no la mencionan), y omite el único caso previo referido expresamente a interlocking*

96. En el Requerimiento la FNE sostuvo que el concepto de ‘empresa’ del literal d), que postula como “todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente”¹⁰⁴, obedece al “entendimiento que ha demostrado tener el H. Tribunal invariablemente en sus sentencias”¹⁰⁵. La Sentencia hizo suyo el argumento citando los mismos casos que el Requerimiento¹⁰⁶.

97. El argumento jurisprudencial de la FNE y la Sentencia falla en su origen, porque ninguno de los casos referidos que citan el Requerimiento y sus informantes son aplicables aquí. De partida, todos esos casos se refieren a otras disposiciones del DL 211, ninguna de

¹⁰³ Informe Krause-Irrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 30 (“Esa diferencia [tratamiento distinto de empresa competidora y grupo empresarial] no constituye, por lo demás, una inadvertencia o error del legislador. Si se atiende al artículo 4 bis, tendiente también a dotar de herramientas a la FNE para la sanción de comportamientos que constituyen vínculos estructurales entre competidores y para efectos de establecer la obligación de notificación por la adquisición de una participación en empresa de la competencia, la referida disposición diferencia también entre empresa competidora y grupo empresarial, lo que pone de manifiesto que se trata de una distinción que quiso hacer y a la que debe estarse al momento de determinar el sentido y alcance de la norma.”).

¹⁰⁴ Requerimiento, p. 11 (¶33).

¹⁰⁵ Requerimiento, pp. 10-11 (¶32).

¹⁰⁶ Ver Sentencia, c. 50°.

las cuales emplea la fórmula “*empresas competidoras entre sí*”, ni versa sobre hipótesis típicas equivalentes, como muestra la **Tabla 7**.

Tabla 7 | Disposiciones infringidas en los casos citados por la FNE y la Sentencia

Caso	Infracción del DL 211 imputada
STDLC 103/2010 <i>Caso Líder Valdivia</i>	Competencia desleal y prácticas predatorias <i>Art. 3 c), que no menciona siquiera la voz ‘empresa’</i>
STDLC 139/2014 <i>Caso Pollos</i>	Colusión <i>Art. 3 a), que no menciona siquiera la voz ‘empresa’</i>
STDLC 154/2016 <i>Caso 700 MHz</i>	Infracción al tipo universal <i>Art. 3, inc. primero, que no menciona siquiera la voz ‘empresa’</i>
STDLC 167/2019 <i>Caso Supermercados</i>	Colusión <i>Art. 3 a), que no menciona siquiera la voz ‘empresa’</i>
STDLC 176/2021 <i>Caso Uber</i>	Abuso de posición dominante, precios predatorios y competencia desleal <i>Art. 3 b) y c), que no mencionan siquiera la voz ‘empresa’</i>

98. Del mismo modo, ninguno de esos precedentes se refiere siquiera al significado del término ‘empresa’ como elemento típico en materia de libre competencia, sino que a quién puede ser demandado en dicha sede al resolver sobre la excepción de falta de legitimación pasiva. El Informe Krause-Irarrázabal lo explica muy bien: “lo que realiza la autoridad es identificar la voz *empresa* con los *sujetos que son susceptibles de imputación* en sede de libre competencia (...) *todas las sentencias mencionadas se pronuncian sobre la cuestión referida a quién puede ser demandado en sede de libre competencia, al resolver sobre la excepción de legitimación activa*. Ninguna de esas sentencias contiene una interpretación de la voz empresa que es aquello para lo que parece invocarlas la FNE (...) El argumento que esboza la autoridad, por consiguiente, *no tiene que ver con la voz empresa sino con quiénes pueden ser susceptibles de imputación en materia de libre competencia*”¹⁰⁷.

99. Por lo demás, en los casos citados por el Requerimiento concurren circunstancias que no están presentes en este caso. Por ejemplo, entre otras cosas, la Sentencia N° 176/2021 (*Caso Uber*) exigió que (i) se requiera conjuntamente a la matriz y la filial, lo que no se verifica en este caso¹⁰⁸; y (ii) se pruebe un acto reprochable a la filial, lo que tampoco se verifica en este caso¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por LV a folio 63 y agregado a folio 60, p. 38-40 . Ver asimismo Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508, p. 53 (“Los Requerimientos citan cierta jurisprudencia antimonopólica nacional que, a su entender, les permitiría fundamentar el concepto de empresa que han propuesto. Sin embargo, de esa jurisprudencia no fluye la noción de empresa que la FNE ha intentado articular. Ello se debe a varias circunstancias: A. Ninguno de los considerandos citados permite identificar como sujeto activo a una empresa en la noción propuesta, esto es, que comprenda tanto personas naturales como personas jurídicas. Por lo anterior, tales considerandos no autorizan la sustitución intentada por la FNE de una persona natural sujeto activo por una persona jurídica matriz como sujeto activo para efectos del artículo tercero, letra d), del DL 211. B. Ninguno de los considerandos citados reconoce la noción de ‘empresa’ imaginada por los Requerimientos, ya no sólo como sujeto activo de la letra d) sino que tampoco como antecedente normativo y presupuesto de aquel tipo infraccional antimonopólico o de otro previsto en el DL 211”).

¹⁰⁸ Ver Sentencia 176/2021 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 15 de marzo de 2021, en causa rol C-319-2017 (acum. C-320-2017) (“Noveno: Que, más aun, atendido que Uber International B.V. tiene el 100% de la propiedad accionaria de Uber Chile, se puede presumir que la primera es el núcleo de toma de decisiones del grupo y que ejerce una influencia decisiva en el actuar comercial de su filial (así se ha desarrollado por la jurisprudencia comparada V.gr. Caso C-97/08 P Akzo Nobel and Others v Commission [2009] ECR I-8237, § 60 y 61). De esta manera, en la medida que la acción se dirija contra la filial y su matriz, como ocurre en el caso de la acción impetrada por Sindicato Chile Taxis, si se acreditan los ilícitos que son imputados a Uber Chile, la responsabilidad por los hechos que ésta ha ejecutado puede atribuirse indistintamente a la filial o a la matriz de su grupo, esto es, a Uber International B.V. Así se ha resuelto por la doctrina y jurisprudencia comparada y por la jurisprudencia de este Tribunal (V.gr. Sentencia N° 139/2014, c. 294°; Sentencia N° 167/2019, c. 79°”).

¹⁰⁹ Ídem (“Noveno: Que, más aun, atendido que Uber International B.V. tiene el 100% de la propiedad accionaria de Uber Chile, se puede presumir que la primera es el núcleo de toma de decisiones del grupo y que ejerce una influencia decisiva en el actuar comercial de su filial (así se ha desarrollado por la jurisprudencia comparada V.gr. Caso C-97/08 P Akzo Nobel and Others v Commission [2009] ECR I-8237, § 60 y 61). De esta manera, en la medida que la acción se dirija contra la filial y su matriz, como ocurre en el caso de la acción impetrada por Sindicato Chile Taxis, si se acreditan los ilícitos que son imputados a Uber Chile, la responsabilidad por los hechos que ésta ha ejecutado puede atribuirse indistintamente a la filial o a la matriz de su grupo, esto es, a Uber International B.V. Así se ha resuelto por la doctrina y jurisprudencia comparada y por la jurisprudencia de este Tribunal (V.gr. Sentencia N° 139/2014, c. 294°; Sentencia N° 167/2019, c. 79°”).

100. Nuevamente, se hace patente el sesgo de confirmación de la Sentencia. Sin él, no se explica por qué solo se remitió a esos casos, que no guardan relación alguna con el *interlocking* y la fórmula típica ‘empresas competidoras (entre sí)’; y no se refirió en cambio al único caso previo, y que además es suyo, referido al *interlocking*.

101. Como adelantamos en la introducción, el TDLC ya se había pronunciado sobre hipótesis de *interlocking* con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 3° letra d) y antes de la interposición del Requerimiento. En la denominada *Consulta del Gas*, el TDLC:

- (a) ***Distinguíó*** la hipótesis de *interlocking* horizontal ***directo***, de aquel ***indirecto matriz-filial***, como el que imputa el Requerimiento en este caso; consecuentemente;
- (b) ***Le dio un tratamiento distinto*** a las hipótesis de hecho de ese caso, según cabían en una u otra hipótesis; y,
- (c) Conforme a ese tratamiento, ***(i)*** no impuso medidas respecto del riesgo de *interlocking* horizontal ***directo*** que podía darse entre las empresas competidoras entre sí (Abastible y Metrogas), pues sostuvo 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***” y, en cambio, ***(ii)*** sí impuso medidas respecto del riesgo de *interlocking* horizontal ***indirecto*** que podía verificarse en ese caso en su accionista común y relevante (Copec)¹¹⁰.

102. En ese caso el TDLC sí aplicó la ley y, conforme a ello, interpretó adecuadamente el artículo 3° letra d) del DL 211.

(5) Elemento histórico. La Sentencia infringió la regla del inciso segundo del artículo 19 del Código Civil

103. El inciso segundo del artículo 19 del Código Civil permite recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley para dar ‘claridad’ a sus eventuales puntos ‘oscuros’.

104. La Sentencia determinó que “***no existen antecedentes en la historia fidedigna del establecimiento de la ley*** que permitan vincular directamente el uso por el legislador de la ***frase ‘empresas competidoras entre sí’ con la noción doctrinaria de interlocking directo, de modo que la determinación de su verdadero sentido y alcance es una labor que corresponde al intérprete***”¹¹¹. En particular, sostiene que el Informe FNE de 2013 no sería parte de dicha historia, pues constituiría un antecedente previo a la reforma legal y, entonces, solo habría servido meramente de contexto¹¹². Finalmente, agrega que a lo largo de la tramitación de la Ley 20.945 no se habría debatido planteamiento alguno referente a la distinción entre *interlocking* horizontal *directo* o *indirecto*, limitándose el debate a otros aspectos de la norma¹¹³.

¹¹⁰ Ver § I.B(2), ¶¶ 32-35.

¹¹¹ Sentencia, c. 47°.

¹¹² Ver Sentencia, c. 45° (“Sin perjuicio de lo anterior, el Informe FNE 2013 es anterior a la reforma legal que incorporó la letra d) al artículo 3° del D.L. N° 211, de modo que sólo es un elemento de contexto para efectos de establecer su verdadero sentido”).

¹¹³ Ver Sentencia, c. 46° (“Asimismo, a lo largo de la tramitación de la Ley N° 20.945, si bien se descartó el llamado *interlocking* vertical (Historia de la Ley N° 20.945, p. 76), no se debatió planteamiento alguno referente a la distinción entre *interlocking* horizontal directo o indirecto, limitándose el debate a otros aspectos de la norma en comento, como el alcance de la noción de ejecutivo relevante, o la inclusión de una regla que excluyera a las empresas de menor tamaño”).

105. El problema, una vez más, surge porque el TDLC omitió y descartó evidencia relevante. Si bien el Informe FNE de 2013 es previo a la Ley 20.945, la prueba acompañada al expediente demuestra que dicho trabajo de la FNE fue el antecedente y fuente principal del literal d) del artículo 3°. Como ya revisamos:

- (a) Así se lo informó el Estado de Chile a la OCDE, señalando que “la discusión de la ley aprobada en 2016 [Ley 20.945] estuvo precedida por el *estudio de la FNE* ‘Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras’ publicado en noviembre de 2013, que podría señalarse como la *fuentes directa* de la nueva normativa.”¹¹⁴;
- (b) Así lo reconoció como testigo de este juicio el entonces Subfiscal Nacional Económico y autor de dicho informe, don Mario Ybar, declarando que (a) el Informe FNE tenía por objeto que los riesgos descritos se incorporaran a la institucionalidad regulatoria nacional¹¹⁵ y (b) su entendimiento al participar activamente en la discusión de la Ley 20.945 fue siempre que el literal d) solo sancionaba el *interlocking* horizontal *directo*¹¹⁶;
- (c) Así lo hizo presente un ex Ministro del TDLC al Congreso, explicando en comisión que la “nueva letra d) (...) recoge el trabajo expuesto por la FNE en documentos (Interlocking y participaciones minoritarias)”¹¹⁷; y
- (d) Así, de hecho, lo ha entendido y aplicado toda la comunidad jurídica nacional al interpretar la letra d)¹¹⁸.

106. Una vez que se considera la evidencia omitida por la Sentencia, y se compara la estructura de la letra d) con aquella del Informe FNE, se hace evidente que —como adelantamos— el legislador de la Ley 20.945, (i) tomó la estructura y conceptos de la hipótesis de *interlocking* horizontal *directo* **contenida en** el Informe de la FNE; (ii) la incorporó como la **única** hipótesis de *interlocking* expresamente prohibida en la ley; (iii) no incorporó en cambio la descripción típica matriz-filial contenida en dicho informe; y, (iv) despejó cualquier duda a dicho respecto, (a) calificando la conducta explícitamente mediante la agregación de la fórmula “entre sí” a la conjunción ‘empresas competidoras’ y (b) no incluyendo en ella la fórmula extensiva ‘directa e indirecta’, que sí incorporó al artículo 4 bis para extender la fórmula ‘empresa competidora’ a matrices y filiales.

107. Por último, es natural —y para nada extraño— que no se haya debatido *explícitamente* planteamiento alguno en la historia de la ley referente a la distinción entre *interlocking* horizontal *directo* o *indirecto* sobre el tipo del literal d), precisamente, porque desde un inicio

¹¹⁴ OECD, “Directorate for financial and enterprise affairs competition committee common ownership by institutional investors and its impact on competition – Note by Chile”, 6 de diciembre de 2017 p. 2. Traducción libre de “The discussion for the law approved in 2016 was preceded by the study of the FNE ‘Minority participations and common directors between competing companies’ published in November 2013, which could be pointed as the direct source of the new regulation. The study dealt with the competition analysis of both figures, with reference to the North American and European systems. For its preparation, special consideration was given to the contributions on the subject drafted by Mr. Michael Jacobs, who was commissioned for these purposes”. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)21/en/pdf).

¹¹⁵ Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 19.

¹¹⁶ Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022, cuya transcripción corregida consta a folio 485, p. 18.

¹¹⁷ Historia de la Ley N° 20.945 (“Perfecciona el sistema de la libre competencia”), acompañada a folio 192 y agregada al expediente a folio 191, p. 322. Las referencias a páginas de este documento (aquí o en otras notas al pie) se hacen en relación con la numeración del archivo *PDF, no la numeración interna del documento.

¹¹⁸ Ver §I.B

la norma describió aquel *directo* con total claridad y cuidado. Simplemente, no había aspectos dudosos que debatir sobre el punto.

(6) **La naturaleza estricta e infraccional del DL 211 excluye la aplicación de interpretaciones teleológicas. Especialmente si tienen pretensiones extensivas y de integración como ocurre en este caso**

108. De conformidad con el artículo 19 del Código Civil, el juez *solo* está habilitado a recurrir a la “intención o espíritu [de la norma], claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento,” *cuando el sentido de la ley no sea claro*.

109. En este caso concurren dos razones que hacen improcedente hacerlo. Desde luego, y según venimos revisando, porque el sentido del literal d) es claro y prueba de ello es que así ha sido interpretado por *todos* (salvo el Requerimiento y la Sentencia).

110. La *segunda razón* que excluye al elemento teleológico en este caso proviene de la naturaleza infraccional del literal d). El objeto del legislador al incorporarlo fue facilitar la detección, configuración y prueba de la conducta estricta descrita, eliminando la necesidad —o invirtiendo la carga— de probar sus efectos en la competencia, así como la posibilidad de invocar eventuales defensas de eficiencia. De lo anterior se sigue una consecuencia intransable y basal del elemento teleológico en este caso: definido el sentido del literal d) conforme a los elementos interpretativos revisados, éste debe ser interpretado *restrictivamente*, sin espacio a analogías ni integraciones.

111. Los informes en derecho acompañados al expediente son claros al respecto¹¹⁹, incluido el Informe Goldenberg (acompañado por la FNE)¹²⁰. En particular, los profesores Soledad Krause y Felipe Irrázabal explican que la configuración de la prohibición expresa de *interlocking* del artículo 3° letra d), “se traduce en las consecuencias prácticas antes mencionadas: una *simplicación de la prueba* para quien sustenta la acusación, y un *imperativo de interpretación restrictiva*.”¹²¹ Del mismo modo, el profesor Eduardo Cordero (i) describe la jerarquía constitucional del principio de tipicidad¹²², (ii) destaca su plena recepción en materia de libre competencia¹²³ y (iii) concluye advirtiendo que la

¹¹⁹ Ver Informe Krause-Irrázabal, acompañado por LV a folio 63, agregado a folio 60, p. 22; informe en derecho elaborado por el profesor Eduardo Cordero, acompañado por Banco de Chile en causa rol C-436-2021 a folio 303 y agregado a folio 301 (“Informe Cordero”), pp. 22-23 y 24; Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508, p. 3.

¹²⁰ Ver Informe Goldenberg, acompañado por la FNE a folio 374 y agregado a folio 373 p. 39 (“[E]l artículo 3°, inciso segundo letra d) del DL 211 tipifica una infracción a la libre competencia y, por tanto, y como toda infracción, su supuesto debe ser interpretado restrictivamente, ciñéndose de manera rigurosa al genuino sentido y alcance de la norma que se desprende de su tenor literal (artículo 23 del Código Civil)”).

¹²¹ Informe Krause-Irrázabal, acompañado por LV a folio 63, agregado a folio 60, p. 22 (“Si se está a las consideraciones anteriores, es posible señalar que concurren buenas razones para afirmar que el tipo infraccional de la letra d) del artículo 3 consagra una regla per se, de ahí que, para que se entienda configurada la prohibición, baste con acreditar la concurrencia de los elementos que permiten su configuración, sin necesidad de que quien sustenta la acusación demuestre la concurrencia de un resultado de peligro o de lesión. Ello se traduce en las consecuencias prácticas antes mencionadas: una simplicación de la prueba para quien sustenta la acusación, y un imperativo de interpretación restrictiva”).

¹²² Ver Informe Cordero, acompañado por Banco de Chile en causa rol C-436-2021 a folio 303 y agregado a folio 301, pp. 22-23 (“Estrechamente vinculado con el principio de legalidad, el principio de tipicidad ha sido proclamado como uno más de los principios a los que debe someterse la aplicación de toda sanción. [...] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la tipicidad requiere de “[...] la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”).

¹²³ Ver Informe Cordero acompañado por Banco de Chile en causa rol C-436-2021 a folio 303 y agregado a folio 301, p. 24 (“En materia de libre competencia la Corte Suprema también lo ha reconocido al señalar que el principio de tipicidad o descripción de la conducta sancionada exige que ‘La Conducta que se describe en la ley es la que marca la tipicidad, la cual es preciso que esté descrita por el legislador en forma previa a la realización del hecho en lo que constituye el núcleo esencial del injusto’”).

manifestación de dicho principio exige una interpretación restrictiva del literal d) del artículo 3º¹²⁴.

112. La Sentencia no observó ese principio básico de tipicidad y aplicación *estricta* de la ley sancionatoria. En cambio, (i) recurrió a interpretaciones ilegales (*extensivas y analogías*) para incorporar por la fuerza el *interlocking* horizontal *indirecto* (matriz-filial) al literal d) del artículo 3º; y (ii) sostuvo que, de lo contrario, la disposición sería letra muerta. Las dos cosas son erradas e improcedentes, como demostraremos a continuación.

(a) Es errado e improcedente pretender aplicar en Chile una ley de los Estados Unidos, cuando hay una ley chilena que dice otra cosa

113. La Sentencia sostiene que su interpretación abierta (*extensiva*) de ‘empresa’ sería consistente (*análoga*) con “el derecho norteamericano, jurisdicción de referencia para la inclusión de la figura del *interlocking* en Chile”¹²⁵. En el mismo sentido, el actual Fiscal Nacional Económico comentó a la *American Bar Association* en una entrevista que *mediante este caso* buscaría obtener una aplicación del literal d) del artículo 3º que incluya hipótesis indirectas, así como ocurre en la normativa de los Estados Unidos. El derecho chileno dicta empero otra cosa.

114. En *primer lugar*, basta leer la norma de los Estados Unidos para comprobar que sus conceptos esenciales son distintos (Tabla 8). Mientras la fórmula típica relevante en Chile es el conjunto “*empresas competidoras entre sí*”; la ley de Estados Unidos sanciona la relación entre ‘empresas’ que son o han sido ‘competidoras’ (dos palabras no-conjuntas y desprovistas del calificativo ‘entre sí’).

Tabla 8 | Ley chilena (DL 211) vs. ley de Estados Unidos (Clayton Act)

Artículo 3º, letra d (Chile)	Sección 8 de la Clayton Act (EE.UU.)
“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”.	“Ninguna persona al mismo tiempo podrá ser director en dos o más empresas , cualquiera de las cuales tenga capital, excedente y utilidades totales que sumen más de \$1,000.000 (...) si dichas empresas son o han sido hasta ahora (...) competidores , de modo que la eliminación de la competencia por acuerdo entre ellas constituiría una violación de cualquiera de las disposiciones en cualquiera de las leyes antimonopolio”

115. En *segundo lugar*, la referencia a la norma de los Estados Unidos para extender el sentido de la chilena es improcedente, porque desatiende la voluntad del legislador de la

¹²⁴ Ver Informe Cordero acompañado por Banco de Chile en causa rol C-436-2021 a folio 303 y agregado a folio 301, p. 24 (“Ahora bien, cabe tener presente que, tratándose de infracciones administrativas, las normas que establezcan ilícitos deben ser interpretadas restrictivamente dado su carácter sancionador, para lo cual cabe además tener presente que el ejercicio de la potestad sancionadora es lícito en la medida que se respeten los derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra, al menos en un Estado de Derecho, que el particular sepa cuál es la conducta castigada con una sanción”).

¹²⁵ Sentencia, c. 55º.

Ley 20.945. El legislador chileno tuvo a la vista la Sección 8 de la Clayton Act al redactar la letra d) del artículo 3° y, conscientemente, eligió escribir una norma distinta¹²⁶.

- (b) Es errado e improcedente pretender integrar el literal d) del artículo 3°, sosteniendo que de lo contrario la disposición (supuestamente) se volvería letra muerta

116. Por último, la Sentencia argumenta que “para el caso concreto que debe resolverse en estos autos, *de seguirse la interpretación restrictiva* de la noción de empresa propuesta por las requeridas, *bastaría con generar una capa societaria* superior –incluso meramente instrumental– a las sociedades que efectivamente participan en un determinado mercado para *eximirse de la aplicación de la norma contenida en la letra d)*, toda vez que esas sociedades aguas arriba no serían competidoras entre sí”¹²⁷.

117. Desde luego lo sostenido no es correcto. Los actos desplegados con el objeto de abusar de las formas corporativas para burlar la ley no son impunes. Según explica la propia Sentencia, en dichas hipótesis opera la institución del ‘levantamiento del velo’¹²⁸. En este caso, sin embargo, fue acreditado que CFSA no es una ficción y, como tal, ejerce activamente los derechos y deberes que le impone la ley de sociedades anónimas y de valores¹²⁹.

118. Finalmente, incluso obviando todo lo anterior, lo cierto es que la participación simultánea de una misma persona como director de dos matrices de filiales competidoras entre sí no quedaría fuera del alcance del DL 211, ni necesariamente impune. Dicha conducta es, y sería siempre, susceptible de acusación, sanción y reproche bajo el artículo 3°, inciso primero, del DL 211¹³⁰.

¹²⁶ Ver Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por LV a folio 63, agregado a folio 60, p. 31 (“[La Sección 8 de la Clayton Act] no exige que las empresas entre las que se plantea el vínculo personal sean competidoras *entre sí*, ni tampoco hace una distinción entre competidor y el grupo al que pertenece para efectos de establecer la regla *de minimis*. Por el contrario, para efectos de establecer la prohibición y fijar la regla de relevancia de la misma, la Clayton Act atiende a los mismos sujetos: las empresas competidoras. A diferencia de ella, la legislación chilena, al incorporar los términos *entre sí*, y al diferenciar entre *empresas competidoras* y el *grupo empresarial al que pertenecen*, toma una opción concreta por tipificar como infracción *per se* los supuestos en que quienes comparten un director o ejecutivo relevante son directamente competidores. Las demás formas de *interlocking*, como se verá, quedan sometidas al tipo infraccional genérico consagrado en el inciso 1° del artículo 3 del DL 211”).

¹²⁷ Sentencia, c. 50°.

¹²⁸ Ver Sentencia, c. 48°.

¹²⁹ Ver Sentencia, c. 111°.

¹³⁰ Ver Informe Krause-Irarrázabal, p. 32 (“Las demás hipótesis de *interlocking* que no se encuentran comprendidas dentro del tenor literal de la letra d) del artículo 3 del DL N° 211, pueden ser sancionadas de acuerdo con el tipo infraccional genérico establecido en el inciso primero de esa disposición, entendidos como una de las hipótesis de quien “ejecute o celebre individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir sus efectos”, siempre y cuando se demuestre la concurrencia de esos efectos de lesión o peligro. De esta manera, las demás figuras de *interlocking* no quedan sometidas al beneficio probatorio que les otorga la letra d) del artículo 3 y quien sustenta la pretensión sancionadora deberá demostrar la concurrencia de ese resultado de lesión o peligro que, en concreto, ha generado el referido comportamiento. De esta manera, en las demás hipótesis de *interlocking* no se produce una laguna de punibilidad, sino que el comportamiento potencialmente infractor queda sometido, para efectos de su valoración, a las reglas generales, pudiendo el imputado invocar razones de eficiencia, y encontrándose obligado quien sustenta la pretensión punitiva, de acreditar que efectivamente concurren efectos de lesión o peligro derivados de la participación simultánea.”); Ver *asimismo* Informe Valdés, sección II.3.2. Así también lo explicó con particular claridad el voto de minoría del Ministro Sr. Ricardo Paredes. Ver Sentencia, voto de minoría, p.99 y ss.

II.B. SEGUNDO VICIO DE LA SENTENCIA. SE ATRIBUYÓ LA POTESTAD DE CREAR UN ILÍCITO DE OMISIÓN Y PELIGRO ABSTRACTO, CONFORME AL CUAL CONDENÓ A CFSA (Y LV) POR UNA INFRACCIÓN IMPOSIBLE DE CUMPLIR Y PREVER, QUE ANALIZÓ PER SE Y QUE DERECHAMENTE NO EXISTE EN EL DL 211

119. Según adelantamos, la Sentencia determinó que la competencia material del TDLC en este caso se limita a la conducta descrita en el literal d) del artículo 3° del DL 211¹³¹, por lo que “el sentido y alcance de la letra d) del inciso segundo del artículo 3° debe fijarse en función de lo que ella dispone, *sin relación con lo establecido en el inciso primero de la misma norma*”¹³².

120. El literal d) del artículo 3° del DL 211 contempla una *única conducta*, que supone “la *participación* simultánea [acción] de una persona [un *solo* sujeto activo] en cargos ejecutivos relevantes o de *director* [sujeto activo calificado] en dos o más empresas competidoras entre sí”. Basta leer para comprobar que CFSA no puede ser el sujeto activo del tipo, por ninguna parte. No es una *persona* natural, no puede ostentar el cargo de director de una *sociedad*¹³³, y la norma excluye la existencia de más de un sujeto activo¹³⁴.

121. Al Requerimiento todo eso le dio lo mismo, y se dirigió *también* contra CFSA y LV. A la Sentencia también le dio lo mismo, y las condenó. Ni la FNE ni el TDLC se molestaron empero en explicar *cómo* las reglas legales de interpretación del Código Civil permiten sostener que CFSA sea sujeto activo y responsable del tipo infraccional descrito en el literal d) del artículo 3°. En lugar de eso se inventaron una infracción *nueva*.

122. No exageramos. Según la Sentencia, tanto CFSA como LV son responsables, (i) “por el hecho de encontrarse en la *obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito* acusado o lograr que finalizara, mediante actos positivos”¹³⁵; (ii) porque dicha conclusión sería supuestamente “consistente con el fin de la norma en cuestión, dado que la *infracción se presenta en relación con empresas competidoras*, y no es la persona natural que ocupa el cargo de director o ejecutivo relevante la que tiene tal carácter, sino que son las sociedades o empresas las que deben vincularse en una relación de competencia”¹³⁶; y (iii) porque serían “los *agentes económicos que se verán beneficiados* por algún acto de coordinación, producto de un entrelazamiento ilícito [como resultado del *interlocking*]”¹³⁷. Todas esas razones son improcedentes y su aplicación por la Sentencia infringe la ley.

¹³¹ Ver Sentencia, c. 9°-14°.

¹³² Sentencia, c. 36°.

¹³³ Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508, p. 5 (“[L]a única categoría de personas que puede participar en los cargos mencionados es una persona natural o física. Así también lo concluyó categóricamente la FNE al referirse al tipo específico de interlocking horizontal durante la tramitación de la Ley 20.945 que lo incorporó al DL 211. [Nota al pie 10:] “El Fiscal Nacional Económico acotó que la norma propuesta no *prohíbe* que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas.” [...] En este mismo sentido, el Fiscal Nacional Económico: ‘Enfatizó que el objetivo de la norma propuesta es prohibir que una misma persona natural ejerza el cargo de director en dos o más empresas competidoras al mismo tiempo, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas.’ (énfasis añadido) en Historia de la Ley 20.945, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, pg. 76, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile”).

¹³⁴ Ver Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 508, p. 51 (“[E]l DL 211 fue muy preciso en prescribir que *no se trata de una infracción colectiva* como pretenden los Requerimientos, sino que nos hallamos frente a una infracción individual. En efecto, el tipo de interlocking horizontal preceptúa: ‘la participación simultánea de una persona en cargos (...)’. Luego, la *acción sólo puede ser perpetrada por personas naturales* y la *acción corresponde exclusivamente a una persona natural* que realiza esta participación simultánea”).

¹³⁵ Sentencia, c. 162°.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

- (1) **No es efectivo que CFSA se encontraba en la obligación de impedir que Juan Hurtado fuera director de CFSA, o lograr que finalizara su cargo; ni era siquiera posible que pudiera haberlo hecho. La propia Sentencia termina por reconocerlo**

123. La Sentencia no señala de forma precisa qué actos positivos específicos, supuestamente, debía haber ejecutado CFSA para impedir que Juan Hurtado fuera elegido director de CFSA y, luego, para lograr que cesara en su cargo. Lo más cercano a eso está reseñado en los considerandos 160° y 156°, referidos, respectivamente, a la designación y revocación del director afectado. Los revisaremos en ese mismo orden.

- (a) La Sentencia se equivoca (y tácitamente lo reconoce). Es jurídicamente imposible que CFSA designe a sus propios directores

124. En su considerando 160°, la Sentencia señala que la sociedad sería responsable de la designación de sus directores, pues “si bien cada accionista es libre de distribuir libremente sus votos, ya sea para acumularlos en una persona o adoptar otra forma de distribución, el resultado de esa votación es un acuerdo (LSA, artículo 62 inciso cuarto) que da cuenta de la *decisión del órgano social denominado junta de accionistas, de cuyas consecuencias responde la sociedad en su conjunto*”.

125. La Sentencia se equivoca, porque no considera correctamente la naturaleza particular que supone la elección de un director. Si bien la junta de accionistas es un órgano societario y sus actos obligan a la sociedad, la elección de los directores no es propiamente un ‘acto de la sociedad’. Lo cierto es que los directores son elegidos por los accionistas¹³⁸ en *calidad de tales*, actuando según *su* mejor interés¹³⁹⁻¹⁴⁰.

126. En ese sentido, el profesor Enrique Alcalde explica que “*el acto de elegir un director, materia de la Junta de Accionistas, no es un acto de la sociedad propiamente tal, sino que del accionista que participa en dicha instancia. Y se trata, además, de un derecho de carácter absoluto*, en el sentido de que no le corresponde a la sociedad calificar el mérito, oportunidad, conveniencia o legalidad del nombramiento, sin perjuicio de las incompatibilidades e inhabilidades que fija la ley”¹⁴¹.

127. El profesor Alcalde precisa asimismo que “*es jurídicamente imposible que el acto de designar un candidato a director se pueda atribuir infraccionalmente a la sociedad*. [pues] La conducta que prohíbe la letra d) sólo nace o se consume una vez que la persona

¹³⁸ Ver artículo 31 de la LSA.

¹³⁹ Ver Sandoval López, Ricardo (2010): *Derecho Comercial*. Tomo I. Volumen 2 (Editorial Jurídica de Chile, Santiago), p. 145 (“La designación de los miembros del directorio definitivo corresponde, por el contrario, a los socios reunidos en junta general, según la forma prevista en la ley, en el reglamento y en los estatutos sociales.”).

¹⁴⁰ Ver artículo 66 inc. 1° de la LSA. Sin ir más lejos, la propia FNE ha reconocido que son los *accionistas* quienes designan al directorio de la sociedad y no la sociedad misma. Esto es claro, por ejemplo, en los acuerdos extrajudiciales que celebró con Tianqi y LATAM, donde se tomaron una serie de medidas que incluyeron, entre otras, limitaciones a los directores “*elegidos por Tianqi en el directorio de SQM*” y a los directores de LATAM que eran “*designados con los votos de Delta*”. Ver (i) Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Tianqi Lithium Corporation de 27 de agosto de 2018, ¶37, aprobado por resolución del H. Tribunal de 28 de octubre de 2021, Rol TDLC AE16-18) (una copia del referido Acuerdo extrajudicial fue acompañada por CFSA a folio 571 bajo el numeral 32 y agregado al expediente a folio 538) y; (ii) Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Delta Airlines Inc. con Latam Airlines Group S.A., ¶46 aprobado por resolución del H. Tribunal de 4 de octubre de 2018, Rol TDLC AE23-21 (una copia del referido Acuerdo extrajudicial fue acompañada por CFSA a folio 571 bajo el numeral 33 y agregado al expediente a folio 539).

¹⁴¹ Informe Alcalde, acompañado por CFSA en causa rol C-436-2021 a folio 414 y agregado a folio 399, p. 20.

nominada y elegida acepta el cargo de director, que es un hecho *personalísimo* del designado y que la sociedad no puede legalmente impedir, por lo que el solo nombramiento que precede a la aceptación no forma la infracción ni puede tampoco reprocharse a la persona jurídica, como pretende la FNE”¹⁴².

128. Por último, la propia Sentencia termina asumiendo la improcedencia de imputarle responsabilidad a CFSA por la designación de Juan Hurtado como director, al no condenarlo por dicha acción. De hecho, la infracción que le imputa es distinta y puramente omisiva (**no “impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado”**¹⁴³), precisamente, porque es otro (los accionistas) el que ejecuta la acción que CFSA *debía* supuestamente impedir (la elección del director). Por simple lógica, no se puede imponer la carga de impedir una acción al mismo sujeto que ejecuta esa acción.

- (b) La Sentencia se vuelve a equivocar (y tácitamente lo vuelve a reconocer). Es jurídicamente imposible que CFSA revoque a sus directores o impida que sean reelegidos

129. La Sentencia correctamente explica que: (i) “el directorio sólo puede ser revocado en su totalidad por junta ordinaria o extraordinaria de accionistas, no procediendo la revocación individual o colectiva de uno o más miembros (LSA, artículo 38)”¹⁴⁴; (ii) “en caso de renuncia de un director, sólo hay obligación de nombrar un reemplazante en caso de que la vacancia impida alcanzar el quórum para sesionar (Reglamento LSA, artículo 71)”¹⁴⁵; y, en consecuencia, (iii) “la administración social no tiene atribuciones para revocar a un director designado por la junta de accionistas, aun si su mantención en el cargo supone la comisión de un ilícito”¹⁴⁶.

130. No obstante, la Sentencia igualmente sostiene que CFSA es responsable por la no revocación de Juan Hurtado como su director. En particular, le reprocha que su directorio no haya citado a una junta de accionistas, para que dicha junta procediera a la revocación del directorio y su renovación sin designar a Juan Hurtado como director¹⁴⁷.

131. Lo planteado por el TDLC no funciona en derecho, porque la *efectiva* remoción de un director de la sociedad está fuera del control de CFSA; tanto a nivel de su directorio, como de su junta de accionistas. Si bien el directorio de CFSA podría hipotéticamente citar a una junta de accionistas conforme a lo planteado en la Sentencia, no puede: (i) asegurar que lleguen accionistas suficientes para cumplir los *quorum* estatutarios y legales aplicables; de lograrse el *quorum* y hacerse la junta, (ii) controlar que en ella se vote y apruebe revocar el directorio; ni, en caso de que esto último ocurra, (iii) evitar que uno o más accionistas no vuelvan a elegir al mismo director que se quiso remover (en este caso, a Juan Hurtado)¹⁴⁸.

¹⁴² Informe Alcalde, acompañado por CFSA en causa rol C-436-2021 a folio 414 y agregado a folio 399, p. 20.

¹⁴³ Sentencia, c. 162°.

¹⁴⁴ Sentencia, c. 154°.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Ver Sentencia c. 156° y 157°.

¹⁴⁸ Ver Informe Alcalde, acompañado por CFSA en causa rol C-436-2021 a folio 414 y agregado a folio 399, p. 18 (“[E]l Directorio de una sociedad anónima no posee atribuciones legales o regulatorias para remover a uno de sus miembros. Enfrentada a este obstáculo,

132. Por lo mismo, no sorprende que la propia Sentencia termine asumiendo nuevamente su error. En su considerando 157° señala que sería posible y procedente “*eximir a la sociedad como responsable directo del cese de la conducta y **hacer responsable a los accionistas que se expresan en la asamblea o junta***”, en caso de “*haberse adoptado por el directorio, como órgano principal de administración social, y sus ejecutivos todas las medidas de cumplimiento regulatorio destinadas a corregir la situación ilícita.*” En otras palabras, la Sentencia admite que el directorio y la junta de accionistas de CFSA carecen de control sobre el resultado que les reprocha no haber evitado y, entonces, se busca otro culpable: los accionistas que eligieron al director con su voto.

(2) Es jurídicamente errado y derechamente aberrante que la Sentencia invente un tipo infraccional de omisión, per se, de peligro abstracto y de cumplimiento imposible. Ello no superaría ningún test de constitucionalidad

133. Las secciones anteriores (§ II.B(1)(a)(b)) expusieron tres cuestiones esenciales para la resolución de este recurso.

- (a) La Sentencia condenó a CFSA por una conducta *omisiva*: no haber desplegado “*actos positivos*” para impedir que Juan Hurtado participara como director de CFSA.
- (b) CFSA carecía (y sigue careciendo) de facultades para impedirlo. La Sentencia sabe que CFSA no puede controlar la designación, remoción y no reelección de uno o más de sus directores; y consecuentemente extiende la responsabilidad a sus accionistas.
- (c) En consecuencia, no importa lo que CFSA haga. Sus actos positivos jamás serán aptos ni suficientes para impedir efectivamente el perfeccionamiento de la infracción del literal d) del artículo 3° que le imputa la Sentencia.

134. Luego, de seguirse la tesis de la Sentencia, cada vez que se identifique la participación simultánea de una persona como director de dos empresas competidoras, dichas empresas serán, automática e indefectiblemente, responsables junto al director respectivo (un tercero independiente que tampoco controlan).

135. En definitiva, como se observa, la infracción imputada a CFSA por la Sentencia supone admitir la *creación ilegal* (mediante un fallo) de un tipo infraccional de *omisión, per se, de peligro abstracto* y de *cumplimiento imposible*. Evidentemente, la Constitución Política de la República y las garantías esenciales del debido proceso lo impiden. La tesis infraccional de la Sentencia no supera ningún *test* de constitucionalidad.

la FNE indica que el Directorio debía citar a una Junta de Accionistas con la finalidad de que dicha instancia proceda a la renovación total del Directorio, con exclusión del director afectado por la prohibición, pero **la FNE no repara en que se trata de una decisión privativa de los accionistas, de modo que la Junta puede perfectamente perseverar en el director afectado, renovándolo en su cargo y con su posterior aceptación, haciendo inútil la determinación del Directorio**. Como mucho, el Directorio podría exhortar al director en cuestión para que renuncie al cargo, porque carece de competencia legal para citar una junta cuyo objeto o materia precisa es la renovación total del Directorio con exclusión de una persona determinada, pero **no le es exigible ni se puede responsabilizar a la sociedad por el sólo hecho de que se mantenga en él, pues aquello equivale a hacerlo responsable por algo que no tiene manera de evitar y a cuyo respecto, adicionalmente, carece de un deber jurídico**”).

- (3) **Es jurídicamente improcedente y contrario a la lógica pretender sancionar a CFSA porque, supuestamente, percibiría los eventuales beneficios de la consumación de los riesgos coordinados que subyacen a la prohibición expresa de *interlocking***

136. Por último, en ninguna parte del ordenamiento jurídico se permite al juzgador integrar el tipo infraccional para introducirle sujetos activos ajenos a su descripción típica. Mucho menos en razón de supuestos beneficios hipotéticos y no acreditados. En este caso eso sería aún más grave por dos razones.

- (a) Es jurídicamente improcedente hacer responsable al supuesto beneficiario de una acción sobre la que no tiene control. El derecho descarta su tesis en abstracto

137. Según vimos recién, el control del curso causal de la conducta imputada aquí no operaría como criterio de atribución y límite de responsabilidad (CFSA sería responsable a pesar de carecer de facultades para evitar el resultado que supuestamente debe prevenir), por lo que el *único* y *exclusivo* criterio de atribución que quedaría a salvo sería la eventual percepción de beneficios derivados de la conducta.

138. Consecuentemente, el universo de eventuales condenados por el TDLC pasaría a ser infinito e indeterminado. Por de pronto, podría llegar a incluir a los demás competidores, en caso de aumentos de precio en el mercado de Corretaje de Valores; a los inversionistas de fondos que participen en la sociedad, en caso de que aumente el precio de la acción; o incluso al Fisco, si la empresa termina pagando más impuesto a la renta.

- (b) La propia Sentencia reconoce que en este caso no se acreditó un beneficio económico como resultado de la infracción. La prueba descarta su tesis en concreto

139. La Sentencia establece que las empresas requeridas alegaron no haber recibido beneficios producto de los hechos imputados; señala que la FNE no rindió prueba a dicho respecto; y, en definitiva, no establece la existencia ni el monto de dicho hipotético beneficio¹⁴⁹.

140. En consecuencia, incluso en el hipotético caso de admitirse un criterio de responsabilidad por obtención de beneficios derivados de la infracción, en este caso no existieron esos beneficios.

¹⁴⁹ Ver Sentencia, c. 215° (“Que, conforme a lo expuesto en la consideración ducentésimo duodécima, procede revisar cada una de las circunstancias en torno a la infracción, así como otros elementos que fueron alegados por las partes. *Respecto al beneficio económico, la requirente no ahonda en la materia, ni aportó prueba sobre este aspecto. Por su parte, ambas empresas requeridas señalan que no obtuvieron beneficio económico con motivo de la infracción. En este caso, la cuantificación de un beneficio económico resulta dificultosa*, especialmente considerando la *ausencia de prueba* sobre el mismo. Con todo, durante el proceso quedó establecido que hubo un beneficio ilegítimo obtenido a través de la conducta. En efecto, como explican los motivos centésimo nonagésimo quinto y centésimo nonagésimo séptimo precedentes, Juan Hurtado accedió a información comercialmente sensible de ambas empresas, la cual, durante su desempeño como director, pudo afectar sus decisiones respecto del proceso competitivo de ambas empresas. En cualquier caso, ante la falta de antecedentes concretos sobre la cuantificación de este beneficio y su eventualidad, no se considerará como un agravante de la infracción para efectos del cálculo de la multa, sin perjuicio de que los ingresos obtenidos por las empresas requeridas resultan un aspecto relevante a considerar en la fijación de la cuantía;”).

III. TERCER VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE CULPABILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO, AL RECHAZAR LA FUNDADA EXCEPCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA SUBSIDIARIA INTERPUESTA POR CFSA

141. Como fue explicado y acreditado en el proceso, incluso en el hipotético caso que el literal d) del artículo 3° se hubiera referido al conjunto de agentes económicos que tienen un centro o núcleo de toma de decisiones común y opera en un mismo mercado relevante, y las sociedades anónimas pudieran ser sujetos activos de dicha infracción, CFSA no sería responsable en este caso pues habría actuado bajo un ‘error por confianza legítima’.

142. Estructuraremos este capítulo en dos partes. En la *primera parte*, demostraremos que la Sentencia incurrió en una serie de errores de derecho al analizar (i) la naturaleza y (ii) los requisitos de procedencia de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA. En la *segunda parte*, daremos cuenta que el informe elaborado por los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne confirma los errores de derecho de la Sentencia denunciados y la procedencia de la excepción por confianza legítima opuesta por CFSA.

143. En definitiva, comprobaremos que la Sentencia incurrió en un vicio de ilegalidad, consistente en condenar a CFSA con prescindencia de la no concurrencia del elemento típico de culpabilidad en sentido estricto.

III.A. LA SENTENCIA INCURRE EN UN ERROR DE DERECHO *DECISORIO LITIS* AL RECHAZAR LA ADMISIBILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE ERROR POR CONFIANZA LEGÍTIMA OPUESTA POR CFSA

(1) La Sentencia rechazó erradamente la procedencia abstracta del efecto exculpante de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA. Confundió las eximentes de responsabilidad con las causales de exculpación

144. La Sentencia rechazó la procedencia abstracta del efecto exculpante de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA, sobre la base de un error de derecho respecto de su naturaleza. Declara equivocadamente que dicha excepción no sería aplicable, pues “*en esta sede las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley*”¹⁵⁰. Ese es el único argumento que ofrece la Sentencia y es equivocado.

145. La excepción de error por confianza legítima no constituye jurídicamente una eximente de responsabilidad, sino una causal de exculpación. Mientras que las *eximentes* de responsabilidad dicen relación con la antijuridicidad de una conducta, por la vía de impedir que un hecho *formalmente* antijurídico (*típico*) sea jurídicamente calificado como tal (*i.e.*, de *materialmente* antijurídico), las *causales de exculpación* dicen relación con el juicio de culpabilidad que se hace al agente que, pudiendo adecuar su comportamiento a lo prescrito por el derecho, no lo hace. En ese sentido, y debido a su naturaleza inespecífica, las causales de exculpación no se encuentran reguladas expresamente en la ley (*v.gr.*, el error de

¹⁵⁰ Sentencia, c. 171°.

prohibición en materia penal). Sin ir más lejos, la propia Sentencia reconoce este criterio, al conceder un eximente de responsabilidad para las personas jurídicas como sujetos activos de la infracción del literal d) del artículo 3°, en virtud del cual su responsabilidad pasaría a sus accionistas¹⁵¹.

146. En la especie, la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA no invoca una causal de justificación. Se funda en que CFSA se encontraba imposibilitado de actuar de otra forma en relación con la (novísima e ilegal) interpretación que el Requerimiento y la Sentencia pretenden darle a la letra d). Según revisamos, existía un entendimiento general en la sociedad sobre el sentido y alcance de la prohibición expresa de *interlocking* del artículo 3° letra d), que solo contemplaba hipótesis de *interlocking horizontal directo* y que era avalado por el Estado de Chile, la FNE, la más autorizada doctrina nacional en libre competencia (incluyendo a ex Fiscales Nacionales Económicos) y la jurisprudencia del propio TDLC (*Consulta del Gas*).

147. Ese entendimiento global, pacífico y difundido provocó en CFSA un error invencible sobre la pretendida ilicitud de la participación simultánea de Juan Hurtado en los directorios de LV y CFSA, debidamente acreditado en juicio. Sin ir más lejos, la propia Sentencia consideró como *atenuantes* de la multa impuesta a los materiales de promoción (*advocacy*) publicados por la FNE relativos al *interlocking*¹⁵².

148. En consecuencia, basta la corrección del error de derecho de la Sentencia denunciado para que sea plenamente aplicable la excepción de confianza legítima de CFSA, como factor de exculpación de su responsabilidad.

(2) La Sentencia analizó equivocadamente los presupuestos de procedencia de la excepción de error por confianza legítima. Exigió la concurrencia de actos administrativos favorables, previos y concretos que son solo propios de la dimensión patrimonial de la excepción

149. La confianza legítima se manifiesta de diversas formas en materia administrativa. Las que interesan a este caso son dos: (i) como principio protector de los efectos patrimoniales de un acto de la administración; y (ii) como principio protector de los ciudadanos sobre la base de una limitación al *ius puniendi* estatal. Si bien ambas manifestaciones parten de un tronco común, sus condiciones de procedencia y marco de análisis difieren por referirse a ámbitos distintos de aplicación.

150. Equivocadamente, la Sentencia conceptualizó en este juicio el principio de confianza legítima de forma acotada, limitándolo exclusivamente a su dimensión patrimonial. En base

¹⁵¹ Sentencia, c. 157° (“Que la eventualidad de *eximir a la sociedad como responsable* directo del cese de la conducta y hacer responsable a los accionistas que se expresan en la asamblea o junta, sólo es factible si se cumplen determinadas condiciones. En particular, deben haberse adoptado por el directorio, como órgano principal de administración social, y sus ejecutivos todas las medidas de cumplimiento regulatorio destinadas a corregir la situación ilícita. Si por alguna razón, demostrable, habiéndose hecho las prevenciones pertinentes, el director cuya permanencia supone un ilícito no renuncia, debe citarse a la correspondiente junta de accionistas para que ésta haga cesar la conducta”).

¹⁵² Ver Sentencia. C. 220° (“Que, como se trató en la subsección E.3, se ha acreditado que la FNE ha publicado información en términos generales sobre el ilícito de la letra d) que puede calificarse de ambigua (véase, considerando centésimo octogésimo quinto), y ha mantenido disponibles al público documentos que, si bien son anteriores a la dictación de la Ley N° 20.945, distinguen entre casos de *interlocking* directo e indirecto, elementos que serán considerados como atenuantes para el cálculo de la multa”).

a ese error, desechó la excepción opuesta por esta parte alegando que la FNE no había emitido actos administrativos *favorables, previos y concretos* respecto a la interpretación del artículo 3° letra d) del DL 211¹⁵³.

151. El error de la Sentencia se produjo porque el TDLC basó su análisis sobre una sentencia de la Excma. Corte Suprema que no es aplicable a este caso¹⁵⁴. Si bien la sentencia de 13 de abril de 2022 (Rol 10841-2022) de la Excma. Corte entrega explicaciones *generales* aplicables a la institución de la confianza legítima en todas sus extensiones,¹⁵⁵ su sustancia versó *exclusivamente* sobre la dimensión *patrimonial* de la confianza legítima. Específicamente, respecto a un reclamo de ilegalidad deducido en contra de una resolución de la Ittre. Municipalidad de Temuco que denegó una *patente comercial* al recurrente, tras haber emitido una serie de actos administrativos concretos, autorizando y validando la edificación del parque de estacionamientos construido por éste. En ese caso, la Excma. Corte Suprema revocó la decisión de la Ittma. Corte de Apelaciones de Temuco que había denegado la acción argumentando que dicha municipalidad había generado en el administrado la confianza legítima de que obtendría la *patente comercial* que solicitó, pues le había permitido edificar, construir los estacionamientos, realizar obras complementarias, proyecciones y obras menores de una plaza de estacionamientos, sin haber representado la incompatibilidad territorial que adujo en la resolución denegatoria reclamada¹⁵⁶.

152. Por contraste, por sentencia de 23 de diciembre de 2020 (Rol 237-2020) la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un caso *efectivamente* referido a la confianza legítima como principio protector de los ciudadanos sobre la base de una limitación al *ius puniendi* estatal, dio lugar a una exculpación por confianza legítima *sin exigir* para tales efectos la concurrencia de actos administrativos *favorables, previos y concretos*. Allí, como en este caso, el reclamante invocó **“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”**¹⁵⁷.

¹⁵³ Ver Sentencia, c. 187° (“Que cabe señalar que el presente requerimiento es la primera acción ejercida respecto de la infracción contemplada en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. No han existido actos o conductas previas de parte de esta entidad que se hayan pronunciado sobre la materia formalmente en el ejercicio de sus potestades persecutorias, sea en el marco de una investigación o en presentaciones en sede judicial”).

¹⁵⁴ Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022.

¹⁵⁵ Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022, C. 12° (“En el orden constitucional, como señala un autor [Jorge Bermúdez Soto], el principio de confianza legítima se deduce desde los principios constitucionales de Estado de Derecho (arts. 5, 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR). En virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico [...] Si tal actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver, solo estará legítimamente autorizada para hacerlo, si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación”).

¹⁵⁶ Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022, C. 13° (“En este contexto, concurriendo la confianza invocada y siendo legítima la expectativa de la actora de que se mantendría el estado de cosas creado por la demandada en orden a permitir la explotación comercial de los estacionamientos por su carácter accesorio al edificio principal, sin que pudiera invocarse —como se hizo— una incompatibilidad territorial, esta confianza legítima debe ser protegida, pues el no otorgamiento de la patente de estacionamientos en base a aquella supuesta incompatibilidad, ha estado desprovista de la motivación o razonamiento que le era exigible de conformidad con la ley”).

¹⁵⁷ Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 14°.

153. En un sentido similar, la doctrina nacional reconoce que una de las (variadas) hipótesis de falta de culpabilidad, y que excluye de responsabilidad al sujeto imputado, es aquella en que concurre un error por confianza legítima invencible derivada “*del deficiente asesoramiento proporcionado por la propia administración*”.¹⁵⁸ Esa hipótesis se ve agravada cuando la administración incurre en actos de tolerancia respecto de la conducta que después pretende perseguir¹⁵⁹. En este caso la FNE recién interpuso su requerimiento después de haber transcurrido más de cinco años de haber entrado en vigencia la norma, a pesar de señalar que este sería un caso claro de *interlocking* sancionado bajo la regla *per se* y de que los hechos en que funda su acusación ya eran públicos a esa fecha.

154. En fin, no es correcto, como señala la Sentencia, que para la concurrencia de la excepción por confianza legítima invocada por CFSA deba existir un “*acto administrativo formal que otorgue algún nivel de confianza a los particulares*”¹⁶⁰, pues, como resolvió la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, lo que esta excepción requiere es acreditar que existe un error invencible en el particular que le provoca una “*ignorancia de la antijuridicidad en la conducta*”¹⁶¹, el que puede provenir –como en este caso– ‘del deficiente asesoramiento proporcionado por la propia administración’.

155. Por último, sobre los antecedentes suficientes y concluyentes que configuraron el error de prohibición invocado, nos remitimos a lo señalado en la segunda sección del primer capítulo de este escrito (§ I.B).

III.B. EL INFORME BASCUÑÁN-TSCHORNE CONFIRMA LA PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN INVOCADA

156. Al analizar la procedencia de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA, la Sentencia *solo* revisó dos informes en derecho acompañados al proceso. Aquel elaborado por el profesor Pedro Pierry (el “*Informe Pierry*”) y acompañado por la FNE, y aquel elaborado por los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, acompañado por esta parte (el Informe Bascuñán-Tschorne).

157. El Informe Pierry es un documento *abstracto* (no analiza los antecedentes relativos a la interpretación que la FNE hizo de la letra d) antes de interponer el Requerimiento) y exclusivamente enfocado en la *dimensión patrimonial* de la confianza legítima.

158. El Informe Bascuñán-Tschorne, en cambio, es *concreto*, pues analiza todos los antecedentes públicos de la FNE en su página *web* en materia de *interlocking* y el Requerimiento; *pertinente*, pues se refiere a si esos antecedentes podían ser atribuidos a la

¹⁵⁸ Barrientos Castro, Elías (2019): *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Santiago, Ediciones Der), pp. 89-96

¹⁵⁹ Ver Barrientos Castro, Elías (2019): *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Santiago, Ediciones Der), p. 97 (“La tercera hipótesis de error de prohibición invencible tendría lugar cuando se genere confusión sobre la licitud de una conducta debido a la tolerancia de la Administración con actuaciones análogas durante un prolongado lapso de tiempo. Ahora bien, solo estaremos en presencia de un error de prohibición invencible cuando se trate de situaciones dudosas, no en las situaciones claras”).

¹⁶⁰ Esta equivocada interpretación es repetida en el c. 187º (“[...] el presente requerimiento es la primera acción ejercida respecto de la infracción contemplada en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211. No han existido actos o conductas previas de parte de esta entidad que se hayan pronunciado sobre la materia formalmente en el ejercicio de sus potestades persecutorias, sea en el marco de una investigación o en presentaciones en sede judicial”).

¹⁶¹ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 13º.

FNE y provocar confianza legítima en los particulares, y *jurídicamente relevante*, puesto que analiza la institución de la confianza legítima¹⁶² en el marco de un proceso sancionatorio, no meramente patrimonial.

159. La Sentencia, sin embargo, solo consideró el Informe Pierry como apoyo de sus propias conclusiones¹⁶³. Desestimó por completo el Informe Bascuñán-Tschorne pues consideró que los hechos allí invocados, referidos a los actos de la FNE que ya hemos revisado¹⁶⁴, no serían útiles por no consistir en un acto administrativo concreto de la FNE (“una resolución administrativa válida”)¹⁶⁵.

160. El desarrollo del Informe Bascuñán-Tschorne, contrastado con la prueba aportada al proceso, demuestra que la Sentencia se equivoca. En *primer lugar*, el Informe Bascuñán-Tschorne analizó todos los antecedentes publicados por la FNE en su página *web* en materia de *interlocking* antes de interponer el Requerimiento. Sobre la base de ellos, concluyó (como *todos*) que la FNE tenía una interpretación clara y consistente de la letra d) del artículo 3° del DL 211¹⁶⁶.

161. En *segundo lugar*, el Informe Bascuñán-Tschorne demostró que los antecedentes emanados de la FNE, aunque no sean ‘actos administrativos’ en sentido estricto, son pronunciamientos oficiales atribuibles a la FNE y aptos para dar lugar a la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA, ya que dan cuenta de una práctica interpretativa consistente seguida por la FNE¹⁶⁷.

162. Por lo demás, el rol interpretativo y orientador de los antecedentes de la FNE que fueron considerados por el Informe Bascuñán-Tschorne fue acreditado a través de la declaración testimonial del Sr. Mario Ybar, quien fue jefe de la división de Estudios e

¹⁶² El Informe Bascuñán-Tschorne también explicó que el error invencible de interpretación sobre el alcance de un precepto sea o no provocado por la Administración, es apto para exculpar a un particular de una imputación de responsabilidad infraccional, *ver* p. 32 (§84) (“La exención de responsabilidad infraccional por error excusable de interpretación de la norma de comportamiento es por lo demás bien conocida en el derecho comparado. Al respecto basta con hacer referencia a la obra más influyente del derecho administrativo sancionador español, que extiende el concepto de error de prohibición —esto es, desconocimiento o equivocada representación del derecho— desde la ‘ignorancia absoluta’ hasta ‘el grado más atenuado de error excusable de interpretación’, especialmente en los casos de error inducido por la Administración”).

¹⁶³ *Ver* Sentencia, c. 174° (“Que la doctrina anterior va en línea con lo expuesto en el Informe Pierry respecto de que, para la aplicación de la doctrina de la confianza legítima, debe existir en primer término un acto administrativo formal que otorgue algún nivel de confianza a los particulares. Además, se debe comprobar que la situación jurídica modificada por la actuación de la Administración debe ser esencialmente imprevisible para el administrado (Informe Pierry, folio 498, acompañado a folio 499, p. 37”).

¹⁶⁴ *Ver* Sentencia, c. 189° (“No obstante ello, no se comparten las conclusiones del Informe Bascuñán-Tschorne (informe de folio 509, acompañado a folio 571, p. 34), pues éstas se fundan en la caracterización de los documentos antes señalados como una ‘práctica interpretativa’ de la FNE. En particular, el referido informe, si bien da cuenta de que el grueso de los documentos señalados es previo a la dictación de la Ley N° 20.945, subsana esa objeción sobre la base de la consistencia entre ellos y lo indicado en el ya mencionado sitio *web* de la FNE”).

¹⁶⁵ *Ver* Sentencia, c. 189° (“Con todo, previo a la interposición del requerimiento no existió pronunciamiento oficial alguno de ese organismo, por vía de una resolución administrativa válida, que diera cuenta de la interpretación que daría a la norma contenida en la letra d), sin que sea posible caracterizar a una definición de una página *web* de un organismo público como suficiente para fundar una alegación de confianza legítima, en ausencia de otros antecedentes posteriores a la incorporación de la letra d) al D.L. N° 211”).

¹⁶⁶ *Ver* Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 509, p. 20 (“La lectura de la página de la FNE en conjunto con los documentos exhibidos en ella conduce a la conclusión de que la FNE: (i) interpreta la expresión ‘empresas competidoras’ conforme a una concepción jurídico-formal, al igual que los documentos exhibidos en su página, y, por lo tanto, (ii) asume que la Ley 20.945 ‘no equiparó el tratamiento legal del interlock horizontal indirecto en la modalidad matriz-subsidiaria al tratamiento del interlock horizontal directo’”).

¹⁶⁷ *Ver* Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 509, p. 34 (“El análisis de la práctica interpretativa de la FNE previa al requerimiento y del cambio de criterio que éste supone, ha permitido concluir que para fundar su requerimiento la FNE ha sustituido una interpretación comparativamente restrictiva de la prohibición del interlock fundada en una concepción jurídico-formal de empresa, por una interpretación comparativamente extensiva de la prohibición del interlock fundada en una concepción económico funcional de empresa. Crucialmente, por tanto, este cambio de criterio interpretativo por parte de la FNE afecta de manera adversa a los regulados: conforme a la interpretación previa don Juan Hurtado Vicuña no era director de empresas competidoras, conforme a la interpretación extensiva posteriormente adoptada por el requerimiento, en cambio, don Juan Hurtado Vicuña sí lo sería. El requerimiento, en consecuencia, supone un cambio de criterio por parte de la FNE que afecta adversamente a los requeridos y que se aparta de lo que podían legítimamente esperar dado el criterio interpretativo previamente manifestado por la propia autoridad administrativa”).

Informes de la FNE a la época de elaboración del Informe FNE 2013, y el Subfiscal Nacional Económico durante la tramitación y dictación de la Ley 20.945. El Sr. Ybar declaró en estrados que la información publicada por la FNE en su página *web* era considerada por la FNE como un **“documento orientador” dirigido a los particulares**¹⁶⁸; y dio cuenta de que las explicaciones sobre las *“formas indirectas de interlocking”* y su régimen sancionatorio buscaban informar a los particulares que la FNE investigaría y perseguiría los interlocking horizontales *indirectos* al amparo del inciso primero del artículo 3° (y no de la letra d), reservada para los casos de interlocking horizontal *directo*)¹⁶⁹.

163. Finalmente, y en *tercer lugar*, el Informe Bascuñán-Tschorne: (i) analizó la admisibilidad de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSA como límite a la potestad punitiva del Estado; y (ii) concluyó que la **“pretensión [de la FNE] de hacer valer el nuevo criterio interpretativo retrospectivamente** constituye una **vulneración particularmente grave del principio de confianza legítima** toda vez que el cambio de criterio de la FNE recae en la interpretación de una norma prohibitiva que pretende utilizar como fundamento para la imputación de responsabilidad infraccional, lo que infringe a su vez una **elemental exigencia del principio de culpabilidad que exime de responsabilidad**, por error de prohibición excusable, a quien ha ajustado su comportamiento al criterio manifestado previamente por la propia autoridad administrativa”¹⁷⁰.

• • • • •

164. En el capítulo siguiente veremos que, incluso en el hipotético caso que el literal d) del artículo 3° se hubiera referido a ‘*grupos empresariales* competidores’, las sociedades anónimas pudieran ser sujetos activos de dicha infracción y se resolviera que a CFSA no lo asiste el ‘error por confianza legítima’, la acción de la FNE estaría igualmente prescrita de acuerdo a la ley.

IV. CUARTO VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES Y DESESTIMÓ LOS HECHOS ACREDITADOS EN EL EXPEDIENTE QUE HACÍAN PROCEDENTE LA EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE PRESCRIPCIÓN INTERPUESTA POR CFSA. POR ERROR, ESTIMÓ QUE EL CESE DE LA CONDUCTA HABRÍA OCURRIDO RECIÉN EL 29 DE ABRIL DE 2019, FECHA EN QUE SE RENOVÓ EL DIRECTORIO DE LV SIN LA NOMINACIÓN DE JUAN HURTADO

165. De conformidad con el artículo 20 del DL 211, las acciones infraccionales prescriben en el plazo de tres años, contados desde la *ejecución* de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Según la Sentencia, la acción típica del literal d) del artículo 3° es de carácter permanente¹⁷¹, por lo que el elemento determinante para que comience a

¹⁶⁸ Transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad (folio 485), p. 20.

¹⁶⁹ Transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad (folio 485), p. 18.

¹⁷⁰ Ver Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSA a folio 571 y agregado a folio 509, ¶ 92.

¹⁷¹ Ver Sentencia, c. 142° (“Que, de esta manera, es de toda lógica concebir la conducta perseguida por la norma, como una de carácter permanente o continuado, siendo aplicable la regla por la cual es el cese de la conducta imputada el hito que permite iniciar el cómputo del plazo de prescripción, (v., Excma. Corte Suprema, sentencia de 18 de abril de 2022, Rol N° 125.433-2022, c. 14°; Sentencia N° 191/2024, c. 64°”).

correr el plazo de prescripción sería el cese de la conducta imputada¹⁷². Así, el cálculo de la prescripción se debe realizar desde el cese de la participación simultánea de Juan Hurtado como director de CFSA y LV.

166. La Sentencia considera que el cese de la conducta habría ocurrido recién el 29 de abril de 2019, fecha en que se renovó el directorio de LV sin la nominación de Juan Hurtado¹⁷³. Según el TDLC, la voz ‘participación’ de la acción típica “*participación*” simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de *director*” equivaldría a ocupar formalmente la posición de director¹⁷⁴. Valiéndose exclusivamente de su propia exégesis del elemento teleológico de interpretación, la Sentencia argumenta que “la *noción de participación se vincula con la existencia de las condiciones necesarias para que se produzca ese intercambio de información* [entre empresas competidoras], a saber, que quien se desempeña en ambas empresas tenga una *posición jurídica que le permita acceder a información relevante* para la marcha de la compañía o *adoptar decisiones significativas* para su desenvolvimiento competitivo.”¹⁷⁵ Finalmente, precisa que la posición de director “habilita a esa persona a conocer información relevante e, incluso, a tener el *deber de recabarla y conocerla*.”¹⁷⁶

167. Esa conclusión es *contraria al tipo infraccional, errada* y está viciada por ser *contradictoria*.

IV.A. LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA ES CONTRARIA AL TIPO INFRACCIONAL

168. Es desde luego *contraria al tipo infraccional*, porque omite todas las reglas de interpretación vinculantes del Código Civil. La acción típica de la infracción imputada *exige* ‘participar’, lo que supone una conducta *positiva* (una acción permanente) del sujeto activo que no se condice con la mera formalidad de su aceptación al cargo o la aceptación de su renuncia por parte del directorio. Conforme fue acreditado en el expediente, Juan Hurtado cesó la ejecución de su participación como director en LV el 23 de julio de 2018, al dejar definitivamente de asistir a, y participar en, los directorios de LV¹⁷⁷. Ese día cesaron los eventuales riesgos competitivos subyacentes a su posición de director en LV.

¹⁷² Ver Sentencia, c. 143° (“Que, como se desprende de los considerandos anteriores, la conducta imputada no se extingue con el nombramiento del acusado en el cargo de director, sino que la participación se sigue materializando y ejecutando mientras se mantenga la simultaneidad en el ejercicio de los dos cargos y esta no se interrumpa por medio de la renuncia o cese en alguno de ellos”).

¹⁷³ Ver Sentencia, c. 148° (“En consecuencia, cabe concluir que la conducta imputada solo cesó el 29 de abril de 2019 con la renovación del directorio completo de Larraín Vial, sin incluir a Juan Hurtado en dicho cargo”).

¹⁷⁴ Ver Sentencia, c. 140° (“En consecuencia, para que se configure la participación relevante para esta figura en el caso en comento basta con ocupar el cargo de director, pues es esa posición jurídica la que habilita a esa persona a conocer información relevante e, incluso, a tener el deber de recabarla y conocerla”).

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Según consta en el certificado de 30 de agosto de 2022, emitido por el gerente general de LV (documento acompañado por Juan Hurtado a folio 174, agregado a folio 173), Juan Hurtado asistió por última vez al directorio de LV del 23 de julio de 2018; no asistió a ninguna de las sesiones de directorio sucesivas celebradas por el directorio de LV; la última dieta o remuneración percibida por Juan Hurtado como director de LV correspondió a la sesión de 23 de julio de 2018; y, durante el período comprendido entre el 24 de julio de 2018 y el 29 de abril de 2019, Juan Hurtado no solicitó información relativa a la marcha de LV, conforme a los artículos 39 inciso 2° de la LSA y 78 de su reglamento. Adicionalmente, a folio 197 Juan Hurtado acompañó un certificado emitido el 31 de enero de 2022 por el gerente general de LV que da cuenta de las asistencias e inasistencias de Juan Hurtado a las reuniones de directorio de LV, celebradas durante los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y parte de 2019. Allí se observa que en el año 2017 Juan Hurtado dejó paulatinamente de asistir a las reuniones de directorio y que, en el año 2018, solo asistió a las sesiones de 22 de enero, 18 de junio y 23 de julio, suspendiendo totalmente su asistencia y participación a partir de esta última fecha y hasta la renovación total del directorio, ocurrida en la junta ordinaria de accionistas de 29 de abril de 2019, en la cual no resultó electo. Por último, lo informado por el gerente general de LV fue corroborado por la firma de auditores Ernst & Young, en su “Informe de Procedimientos Acordados, Larraín Vial SpA, Santiago, Chile, 18 de octubre de 2020”, elaborado a partir de una revisión independiente de los documentos contables y actas (de directorio y juntas de accionistas) de LV. Ver Ernst & Young, documento “Informe de Procedimientos Acordados, Larraín Vial SpA, Santiago, Chile, 18 de octubre de 2020”, acompañado por LV a folio 389 y tenido por acompañado a folio 392.

IV.B. LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA ES ERRADA

169. La conclusión de la Sentencia es además *errada*. Como explica el profesor Carlos Pizarro, el exigir un acto formal de renuncia o revocación para comenzar a contar el plazo de prescripción conllevaría confundir dos cosas: *(i)* los elementos que configurarían –darían inicio a– la conducta típica del literal d) (la aceptación de cargos simultáneos como director en empresas competidoras); *versus (ii)* aquellos que le darían carácter continuado a la conducta (la ejecución en el tiempo de la acción típica generadora de riesgo)¹⁷⁸.

IV.C. LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA ES CONTRADICTORIA

170. Finalmente, la conclusión de la Sentencia es *contradictoria*, por cuanto no se puede imputar una infracción de ejecución continua y, al mismo tiempo, sostener que el sujeto activo (CFSA) no puede cesar en la conducta sin el concurso formal de otros: *(i)* la junta de accionistas que revoca al directorio y *(ii)* los accionistas que no vuelven a elegirlo. Es de la esencia que el sujeto activo pueda controlar la ejecución y cese de la acción, toda vez que solo es admisible imputar responsabilidad por una conducta continuada si el sujeto activo puede dejar de cometer la infracción que justifica el reproche (por el riesgo continuado) y la consecuente no interrupción de la prescripción¹⁷⁹.

V. QUINTO VICIO DE LA SENTENCIA. INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES Y DESESTIMÓ LOS HECHOS ACREDITADOS EN EL EXPEDIENTE QUE HACÍAN IMPROCEDENTE LA SANCIÓN DE MULTA APLICADA A CFSA

171. La Sentencia no solo condenó a CFSA por una infracción inexistente en el DL 211, y en base a una aplicación ilegal de la ley y contraria a los actos propios del TDLC y la FNE durante años. También le impuso una multa.

172. La Sentencia impuso a CFSA una improcedente multa de UTA 1.148, equivalentes a casi mil millones de pesos, que debe ser dejada sin efecto por haber sido establecida en base a tres graves vicios que revisaremos en este capítulo. Demostraremos que la Sentencia: *(i)* impuso la multa sin atender al mérito del expediente; *(ii)* no justificó adecuadamente su decisión de imponer la sanción; e *(iii)* infringió el régimen legal para la determinación del *quantum* de eventuales multas establecido en el artículo 26 del DL 211.

V.A. LA SENTENCIA IMPUSO LA MULTA SIN ATENDER AL MÉRITO DEL EXPEDIENTE

173. CFSA obró diligentemente, por lo que es improcedente que haya sido objeto de una sanción de multa¹⁸⁰. En efecto, actuó *(i)* dentro del marco del ‘deficiente asesoramiento

¹⁷⁸ Ver informe en derecho elaborado por el profesor Carlos Pizarro Wilson (“Informe Pizarro”), acompañado por Juan Hurtado a folio 497 y agregado a folio 496, pp. 13 y 14.

¹⁷⁹ Ver Informe Pizarro, acompañado por Juan Hurtado a folio 497 y agregado a folio 496, p. 11.

¹⁸⁰ Conforme ha sido fallado por H. TDLC en el pasado. Ver sentencia de 17.11.2011, STDLC 115/2011 (Caso Tabacos II) c. 65-67 (“Que, entonces, si se pondera conjuntamente que la requerida *(i)* incluyó cláusulas referentes a la libertad de exhibición y venta de productos de la competencia, las que se elevaron expresamente al carácter de esenciales; *(ii)* estipuló cláusulas de salida del contrato sin indemnización;

proporcionado’ por la FNE y su ‘inactividad’ y ‘tolerancia’ en este caso; y (ii) en base a asesoramiento letrado.

(1) CFSA actuó dentro del marco del ‘deficiente asesoramiento proporcionado’ y la ‘inactividad’ y ‘tolerancia’ de la FNE en este caso

174. Si bien la Sentencia reconoce que la FNE publicó “*información en términos generales sobre el ilícito de la letra d)*”¹⁸¹, la califica de “*ambigua*”. Se equivoca. El deficiente asesoramiento prestado por la FNE sobre la letra d) fue *real y efectivo*, como revisamos en la Sección I.B(1). Si hubiera sido ‘ambiguo’ no habría existido el pacífico entendimiento de la norma que revisamos en las secciones subsiguientes del primer capítulo (I.B(2)-(4)).

175. Por último, la Sentencia guarda silencio respecto de la inactividad de la FNE en este caso. No se hace cargo de que la FNE recién presentó su Requerimiento en diciembre de 2021, a pesar de sostener que la conducta imputada operaría *per se*, y de que todos los hechos que invoca para su configuración eran públicos en 2017 (al entrar en vigencia la ley) y en 2019 (al iniciar su investigación antecedente del Requerimiento)¹⁸².

(2) CFSA actuó en base a asesoramiento letrado

176. Según revisamos secciones arriba (§ III.A(2)), por sentencia de 23 de diciembre de 2020 (Rol 237-2020) la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago dio lugar a una exculpación por confianza legítima basada en que el reclamante invocó “**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**”¹⁸³.

177. En este caso ocurrió lo mismo. Juan Hurtado y el gerente general de CFSA confirmaron al absolver posiciones que CFSA solicitó una opinión legal experta sobre la letra d) del artículo 3º¹⁸⁴, que, conforme con el entendimiento pacífico de la norma, les informó que el artículo 3 literal d) prohíbe de forma expresa *únicamente* el ‘interlocking **directo** de carácter horizontal’ y que en todos los demás casos de interlocking rige la regla general en materia de libre competencia (la ‘regla de la razón’), acorde a la cual su licitud o ilicitud se determina de acuerdo a un análisis *concreto* de riesgos y eficiencias.

(iii) sometió previamente a la consideración de la autoridad fiscalizadora [FNE] el borrador de los contratos en comento y obtuvo su beneplácito, es posible sostener que adoptó un actuar diligente. Sin embargo esta diligencia fue menor de la que es exigible [...] dada su posición en el mercado y atendida la posterior promulgación de la Ley N° 20.105 [...] estos sentenciadores consideran que la negligencia [...] no es de una entidad tal que amerite la imposición de una multa a beneficio fiscal pero si la adopción de las medidas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero, parte final del D.L. N° 211, se impondrán a CCT, en la parte dispositiva del fallo”.

¹⁸¹ Sentencia, c. 220º.

¹⁸² En este sentido, toda la información en que se basa el Requerimiento era conocida por la FNE desde, al menos, el 11 de septiembre de 2019, como ella misma señala en la resolución de inicio de la investigación que dio lugar al Requerimiento.

¹⁸³ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 14º.

¹⁸⁴ Ver (i) absolución de posiciones de don Patricio Parodi Gil (CFSA) agregada al expediente a folio 486 (pp. 46 y 47) y; (ii) absolución de posiciones de don Juan Hurtado Vicuña, agregada al expediente a folio 487 (p. 46).

178. En consecuencia, CFSA actuó diligentemente. Buscó asesoría experta y obró en conformidad. No es justo ni razonable que se le exija haber actuado de forma distinta, en el marco de una legislación técnica y especializada como es aquella regulada en el DL 211.

V.B. LA SENTENCIA NO JUSTIFICÓ ADECUADAMENTE SU DECISIÓN DE IMPONER LA SANCIÓN

179. La Sentencia no dedica una sola línea a justificar que la imposición de una sanción de multa a CFSA sea una medida *idónea, necesaria y proporcional*, a pesar de que dicho análisis es un requisito esencial del ejercicio de la potestad punitiva del Estado como manifestación del principio de proporcionalidad, baremo regulador de la injerencia del Estado sobre los derechos fundamentales de los particulares¹⁸⁵.

180. Desde luego la multa impuesta no procede de un análisis de *idoneidad*, pues la Sentencia no se hace cargo de que CFSA no tenía cómo saber que la FNE accionaría bajo una interpretación del literal d) distinta al texto de la norma y a lo que el Estado de Chile, la propia FNE y sus funcionarios habían manifestado hasta antes del Requerimiento.

181. La multa impuesta tampoco procede de un análisis de *necesidad*, ni de *proporcionalidad en sentido estricto*, pues la Sentencia no explica por qué impuso la sanción de multa a pesar de haber cesado ya la participación simultánea de Juan Hurtado.

182. Por último, el violento cambio que la Sentencia generaría sobre la aplicación de la letra d) del artículo 3° (en el improbable evento de ser confirmada) sería suficiente para lograr los fines de prevención general que la FNE pretendía conseguir con el Requerimiento.

V.C. LA SENTENCIA INFRINGIÓ EL RÉGIMEN LEGAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM DE MULTAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 26 DEL DL 211

183. La letra c) del artículo 26 del DL 211 establece las circunstancias que se *deben* considerar para determinar la cuantía de las multas susceptibles de ser impuestas por el TDLC y los límites máximos que pueden alcanzar, dando lugar a un proceso reglado de determinación. Durante la tramitación de la Ley 20.945 que estableció el proceso vigente de determinación de la multa, el entonces Fiscal Nacional Económico, don Felipe Irrarrázabal, destacó que dichos criterios “son la *medida de la proporcionalidad de la potestad punitiva infraccional*, y *limitan la discrecionalidad de los jueces* que determinan la sanción”¹⁸⁶.

184. En este caso no se respetó esa proporcionalidad. La Sentencia impuso a CFSA una multa que es *muy superior* a aquellas aplicadas hasta antes del Requerimiento en casos

¹⁸⁵ Ver Cisternas Velis, Giovanni Víctor, “El Derecho Penal y Procesal Penal en la Reciente jurisprudencia Constitucional de Inaplicabilidad”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 44, año 2011, p. 66. También, Viera-Gallo Quesney, José Antonio, Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 46, año 2011, p. 50. Adicionalmente, pueden revisarse la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, rol 2922-2015, 29 de septiembre de 2016, c. 22°. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional, rol 541-2006, 26 de diciembre de 2006, c. 15°; rol 1046-2008, 22 de julio de 2008, c. 22°; rol 1061-2008, 28 de agosto de 2008, c. 17°; rol 1182-2008, 18 de noviembre de 2008, c. 21°; rol 1193-2008, 18 noviembre de 2008, c. 21°; rol 1201-2008, 18 de diciembre de 2008, c. 21°; rol 1204-2008, 25 de mayo de 2009, c. 13°; rol 1260-2008, 7 de mayo de 2009, c. 34°; y rol 1262-2008, 2 de abril de 2009, c. 24.

¹⁸⁶ Historia de la Ley, p. 558.

graves, a pesar de que en este caso el TDLC: *(i)* correctamente descartó de forma explícita la concurrencia de los agravantes del artículo 26 (*beneficio económico obtenido*¹⁸⁷, *gravedad de la conducta*¹⁸⁸, *efecto disuasivo*¹⁸⁹ y *reincidencia*¹⁹⁰); e, incluso, *(ii)* consideró dos de las principales atenuantes invocadas por CFSA¹⁹¹.

185. Las **Tabla 9** siguiente muestra de forma esquemática que la multa impuesta a CFSA es varias veces mayor que las multas impuestas por el TDLC en casos graves.

**Tabla 9 | Algunas multas impuestas por el TDLC en casos de colusión
v. la impuesta en la Sentencia**

Sentencia/Caso	Multa aplicada (UTA)	Diferencial con la multa impuesta a CFSA (1.148 UTA)
STDLC 134/2014 <i>Caso Terminales de Buses</i>	Entre 52 y 1.800	La multa impuesta a CFSA es 22 veces mayor que la más baja aplicada
STDLC 141/2014 <i>Caso Taxibuses de Valdivia</i>	Entre 2,5 y 15	La multa impuesta a CFSA es 76 veces mayor que la más alta aplicada y 459 veces mayor que la más baja aplicada
STDLC 145/2015 <i>Caso Ginecólogos de Ñuble</i>	Entre 1,66 y 10	La multa impuesta a CFSA es 114 veces mayor que la más alta aplicada y 691 veces mayor que la más baja aplicada
STDLC 148/2015 <i>Caso Asfaltos</i>	Entre 718 y 1.790	La multa impuesta a CFSA es 1,6 veces mayor que la más baja aplicada
STDLC 172/2020 <i>Caso Suero Fisiológico</i>	200 a cada uno	La multa impuesta a CFSA es 5 veces mayor que la multa aplicada
STDLC 175/2020 <i>Colusión microbuses de Temuco y Padre Las Casas</i>	Entre 20,6 y 160,5	La multa impuesta a CFSA es 7 veces mayor que la más alta aplicada y 55 veces mayor que la más baja aplicada
STDLC 179/2022 <i>Colusión del Fuego I</i>	Entre 1.900 y 6.100	La multa impuesta a CFSA es similar a una de las últimas multas impuestas por el H. Tribunal por colusión

186. Por último, carece de sentido que las ventas consideradas para el cálculo de la multa correspondan a aquellas de Consorcio Corredores de Bolsa, sociedad en que Juan Hurtado jamás participó como director. En cualquier caso, CFSA no tuvo ventas en el periodo relevante. Una prueba más de que la teoría del caso de la Sentencia no se sostiene.

¹⁸⁷ Ver Sentencia, c. 215° (“Respecto al **beneficio económico**, la requirente no ahonda en la materia, ni aportó prueba sobre este aspecto. Por su parte, ambas empresas requeridas señalan que no obtuvieron beneficio económico con motivo de la infracción. En este caso, la cuantificación de un beneficio económico resulta dificultosa, especialmente considerando la ausencia de prueba sobre el mismo (...) ante la falta de antecedentes concretos sobre la cuantificación de este beneficio y su eventualidad, **no se considerará como un agravante de la infracción para efectos del cálculo de la multa**, sin perjuicio de que los ingresos obtenidos por las empresas requeridas resultan un aspecto relevante a considerar en la fijación de la cuantía”).

¹⁸⁸ Ver Sentencia, c. 216° (“Que, en relación con la **gravedad de la conducta**, (...) El ilícito regulado en la letra d), aunque tiene una finalidad análoga a la prohibición de los acuerdos, actúa en forma preventiva, en un estadio más temprano, con miras a evitar el intercambio de información comercialmente sensible entre agentes del mercado. En consecuencia, la **multa a ser impuesta debe caer en el rango inferior del porcentaje** de las ventas a que se refiere el artículo 26”).

¹⁸⁹ Ver Sentencia, c. 217° (“Que, respecto al **efecto disuasivo de la sanción**, este debe ser considerado para desincentivar la comisión futura de ilícitos anticompetitivos, considerando que la pérdida asociada a la multa ponderada por la probabilidad que enfrentan los agentes a ser sancionados por su actuar debiera ser mayor al beneficio económico que esperan obtener de la infracción (...) Por estas razones, **no se considerará este factor para incrementar la multa que será impuesta**.”).

¹⁹⁰ Ver Sentencia, c. 218° (“Que, sobre la **calidad de reincidente**, no consta en autos que Consorcio o Larraín Vial hayan sido condenadas previamente por infracciones anticompetitivas en Chile, por lo que **tampoco se considerará esta circunstancia como un agravante**”).

¹⁹¹ Ver Sentencia, c. 220° (“Que, como se trató en la subsección E.3, se ha acreditado que la FNE ha publicado información en términos generales sobre el ilícito de la letra d) que puede calificarse de ambigua (véase, considerando centésimo octogésimo quinto), y ha mantenido disponibles al público documentos que, si bien son anteriores a la dictación de la Ley N° 20.945, distinguen entre casos de **interlocking** directo e indirecto, elementos que **serán considerados como atenuantes para el cálculo de la multa**”); c. 221° (“sobre la base de las consideraciones anteriores, y especialmente el hecho que **la conducta ilícita concluyó con anterioridad al inicio de la Investigación** que dio lugar al requerimiento, se fijará prudencialmente la multa en una suma equivalente al 1% de las ventas de las empresas requeridas. En consecuencia, se impondrá una multa a Larraín Vial de 1.889 UTA, mientras que, para Consorcio, una de 1.148 UTA”).

VI. CONCLUSIONES

187. El derecho y el expediente son categóricos. No dejan espacio a dudas. La Sentencia debe ser dejada sin efecto porque incurre en los siguientes graves vicios e infracciones legales.

(1) La Sentencia infringió los principios de tipicidad y de legalidad de la pena, al realizar una interpretación ilegal y extensiva de la voz ‘empresa’ del artículo 3° letra d), que infringe todas y cada una de las reglas vinculantes de interpretación de la ley establecidas en el párrafo 4 del Título Preliminar del Código Civil.

(a) Ante todo, es jurídicamente imposible que CFSA y LV hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores. Como informó la CMF en el juicio, CFSA y LV no podrían competir en el mercado de Corretaje de Valores, ni aunque quisieran, pues no cumplen los requisitos legales y reglamentarios para operar como corredoras de bolsa. Aún más, la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Chile informaron en juicio que ni CFSA, ni LV, son, ni han sido, corredores de bolsa en Chile.

(b) La Sentencia infringió la regla del inciso primero del artículo 19 del Código Civil.

— Transgredió la prohibición de recurrir a criterios pragmáticos de interpretación frente al sentido claro del artículo 3° letra d) del DL 211, no obstante que la claridad del sentido de la norma es evidente de su sola lectura y así lo confirma su pacífica aplicación *por todos*.

— La FNE (hasta antes del Requerimiento), el TDLC (hasta antes de la Sentencia), los dos últimos presidentes del TDLC, todos los ex Fiscales Nacionales Económicos desde 2010, el ex jefe de *interlocking* en la FNE y encargado de la investigación antecedente del Requerimiento, el Estado de Chile a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, la doctrina, los centros de competencia, las memorias de grado, las alertas legales de los estudios de abogados y los manuales de libre competencia de las empresas, entendían y explicaban por escrito que el literal d) del artículo 3° literal del DL 211 sancionaba lo que la norma describe: la acción *positiva*, ejecutada por una persona natural, de participar simultáneamente como director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras “*entre sí*” (*i.e.*, directamente entre esas empresas (personas jurídicas) y no *indirectamente* por medio de otras empresas (personas jurídicas) matrices o filiales).

(c) La Sentencia infringió las reglas de los artículos 20 y 21 del Código Civil (elemento gramatical).

— Si bien la Sentencia señala abocarse a la interpretación de la fórmula típica completa “*empresas competidoras entre sí*”, luego, para sostener que su sentido no sería claro, *solo* se refiere a la fórmula “*empresas competidoras*” (o incluso solo a “*empresa*”). De hecho, procedió a buscar el sentido de la norma en el diccionario, consecuentemente, lo hizo sin atender a su configuración *técnica-jurídica* (“*empresas competidoras entre sí*”),

consultando solo la voz ‘empresa’, y, de hecho, omitió que incluso ese errado mecanismo de interpretación daba luces de que la voz empresa ha de considerar a la ‘sociedad’ (persona jurídica).

- Este error semántico y gramatical de la Sentencia desatiende la voluntad *explícita* del legislador. El legislador sabe escribir: *(i)* el adjetivo ‘competidor’, en su sentido técnico, viene a ofrecer una *restricción* al sentido y alcance de la voz ‘empresa’, pues, como sucede gramaticalmente con todos los adjetivos, éste viene a limitar, a condicionar o a calificar el sustantivo al que se refiere; y *(ii)* su calificativo “*entre sí*”, explícita a mayor abundamiento el sentido ordinario y técnico de las palabras usadas por el legislador, en el sentido que la competencia se plantea directamente entre las empresas respectivas, conformando así una fórmula típica conjunta “*empresas competidoras entre sí*”.
- Por lo mismo, en este caso no era procedente recurrir al diccionario. El elemento típico a analizar (“*empresas competidoras entre sí*”) corresponde a una fórmula técnico-jurídica, por lo que procedía recurrir a la regla del artículo 22 del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia.
- El expediente demuestra que toda la doctrina y jurisprudencia coincide en que la voz ‘empresa’ del artículo 3º letra d), como elemento de *ese* tipo infraccional, se refiere a la sociedad o persona jurídica asiento del director respectivo.

(d) La Sentencia infringió la regla del artículo 22 del Código Civil (elemento lógico y sistemático de contexto).

- La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘interna’, pues CFSA no puede ser, al mismo tiempo, *(i)* la empresa concreta (sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sienta Juan Hurtado como director; y *(ii)* la empresa abstracta conformada por CFSA, Banco Consorcio y su filial corredora de bolsa.
- La Sentencia infringe el ‘principio del tercero excluido’ de forma ‘interna’, pues la concepción de ‘empresa’ que pretende, como el conjunto de entidades bajo control común, coincide con aquella de ‘grupo empresarial’ que también emplea la norma.
- La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘externa’, porque se remite a disposiciones del DL 211 que regulan otros supuestos, y omite las únicas dos que emplean los mismos términos y se ocupan de riesgos específicos equivalentes. El artículo 4 bis transitorio demuestra que la voz ‘empresa’ del literal d) del artículo 3º se refiere a una sola y misma persona jurídica, en que: *(i)* la persona natural se sienta como director y *(ii)* compite con otra persona jurídica donde esa misma persona jurídica también se sienta como director.
 - El legislador de la Ley 20.945 (que incorporó ambas disposiciones y se basó en el mismo informe de la FNE como fuente principal) es explícito cuando quiere excluir o incorporar hipótesis *indirectas*

matriz-filial, como aquella del Requerimiento. *Mientras que* en el artículo 3° letra d) el legislador limitó la norma a hipótesis ***directas*** de participación cruzada (por administración), agregando la limitación “*entre sí*” a la fórmula ‘*empresas competidoras*’; por contraste, en el artículo 4 bis incluyó hipótesis ***indirectas*** de participación cruzada (por propiedad), **(i)** no incorporando la limitación “*entre sí*” en la fórmula ‘*empresas competidoras*’ y **(ii)** señalando expresamente que la hipótesis de participación cruzada puede ser “***directa o indirecta***” (*i.e.*, a través de otra empresa). Si el artículo 3° letra d) hubiera querido incluir la hipótesis matriz-filial que imputa el Requerimiento, así lo habría precisado la norma explícitamente, como en el artículo 4 bis.

- Asimismo, ambas disposiciones muestran que la interpretación amplia, general e indeterminada de ‘empresa’ que pretende la Sentencia no funciona. El artículo 3° d) supone participar como ***director*** en una ‘empresa’, y solo se puede hacerlo en una persona jurídica precisa (las unidades abstractas no tienen directorio); y el artículo 4 bis supone adquirir más del 10% del ***capital*** de una ‘empresa’, y solo las entidades específicas y determinadas tienen capital (las unidades abstractas no).
- Por último, el artículo 4 bis demuestra que la incorporación de la voz ‘grupo empresarial’ al artículo 3° letra d), por oposición al de empresa, descarta su tesis expansiva y abstracta de la norma; y con ello confirma que la Sentencia infringe el ‘principio del tercero excluido’ de forma ‘interna’.

— La Sentencia infringe asimismo el ‘principio de identidad’ de forma ‘externa’, porque se remite a jurisprudencia sobre la voz ‘empresa’ referida a otras disposiciones (que no la mencionan), y omite el único caso previo y suyo referido a *interlocking*. En ese caso (*Consulta del Gas*), el TDLC: **(i)** *distinguió* la hipótesis de *interlocking* horizontal ***directo***, de aquel ***indirecto matriz-filial***, como el que imputa el Requerimiento en este caso; consecuentemente; **(ii)** *le dio un tratamiento distinto* a las hipótesis de hecho de ese caso, según cabían en una u otra hipótesis; y, **(iii)** conforme a ese tratamiento, no impuso medidas respecto del riesgo de *interlocking* horizontal ***directo*** que podía darse entre las empresas competidoras entre sí (Abastible y Metrogas), pues sostuvo 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*”.

(e) La Sentencia infringió la regla del artículo 19 inciso 2° del Código Civil (elemento histórico).

— La Sentencia pretendió quitarle valor al Informe FNE (2013) como precedente y fuente directa del artículo 3° literal d) del 211, omitiendo y descartando evidencia relevante. La prueba acompañada al expediente demuestra que dicho trabajo de la FNE fue el antecedente y fuente principal

del literal d) del artículo 3°. Así: *(i)* se lo informó *expresamente* el Estado de Chile a la OCDE; *(ii)* lo reconoció como testigo de este juicio don Mario Ybar, entonces Subfiscal Nacional Económico, autor de dicho informe y partícipe en las comisiones el Congreso en que se discutió la incorporación del literal d) del artículo 3° al DL 211; *(iii)* lo hizo presente un ex Ministro del TDLC al Congreso; y *(iv)* así, de hecho, lo ha entendido y aplicado toda la comunidad jurídica nacional al interpretar la letra d).

- Una vez que se considera la evidencia omitida por la Sentencia, y se compara la estructura de la letra d) con aquella del Informe FNE (2013), se hace evidente que el legislador de la Ley 20.945, *(i)* tomó la estructura y conceptos de la hipótesis de *interlocking* horizontal *directo* **contenida en** el Informe FNE; *(ii)* la incorporó como la *única* hipótesis de *interlocking* expresamente prohibida en la ley; *(iii)* no incorporó en cambio la descripción típica matriz-filial contenida en dicho informe; y, *(iv)* despejó cualquier duda a dicho respecto, *(a)* calificando la conducta explícitamente mediante la agregación de la fórmula “*entre sí*” a la conjunción ‘empresas competidoras’ y *(b)* no incluyendo en ella la fórmula extensiva ‘directa e indirecta’, que sí incorporó al artículo 4 bis para extender la fórmula ‘empresa competidora’ a matrices y filiales.

- (f) La Sentencia infringió la proscripción de analogía *in malam parte*, recurriendo de forma improcedente al elemento teleológico. No obstante tratarse de un ilícito infraccional de *peligro abstracto* y *juzgado per se*, la Sentencia infringió los principios básicos de tipicidad y aplicación *estricta* de la ley sancionatoria, *(i)* recurriendo a interpretaciones ilegales (*extensivas* y *analogías*) para incorporar por la fuerza el *interlocking* horizontal *indirecto* (matriz-filial) al literal d) del artículo 3°; y, para intentar justificarlo, *(ii)* sostuvo que de interpretarse ‘empresa’ como la persona jurídica en que se sienta el director y compite con otra, la disposición sería letra muerta, pues “*bastaría con generar una capa societaria superior —incluso meramente instrumental— a las sociedades que efectivamente participan en un determinado mercado para eximirse de la aplicación de la norma.*” (c. 50°). Desde luego lo sostenido no es correcto, por dos razones. *Primero*, porque los actos desplegados con el objeto de abusar de las formas corporativas para burlar la ley no son impunes. Según explica la propia Sentencia, en dichas hipótesis opera la institución del ‘levantamiento del velo’. En este caso, sin embargo, fue acreditado que CFSA no es una ficción y, como tal, ejerce activamente los derechos y deberes que le impone la ley de sociedades anónimas y de valores. *Segundo*, porque incluso obviando todo lo anterior, lo cierto es que la participación simultánea de una misma persona como director de dos matrices de filiales competidoras entre sí no quedaría fuera del alcance del DL 211, ni necesariamente impune. Dicha conducta es, y sería siempre, susceptible de acusación, sanción y reproche bajo el artículo 3° inciso primero del DL 211.

(2) La Sentencia volvió a infringir los principios de tipicidad y de legalidad de la pena, pues atribuyó la potestad de crear un ilícito de *omisión y peligro abstracto*, conforme al cual condenó a CFSA (y LV) por una infracción *imposible de cumplir*, que analizó *per se* y que derechamente no existe en el DL 211.

(a) La conducta imputada a CFSA no está prescrita en el artículo 3° letra d) DL 211, ni en ninguna otra parte. El literal d) del artículo 3° del DL 211 contempla una *única conducta*, que supone “la *participación* simultánea [acción] de una persona [un *solo* sujeto activo] en cargos ejecutivos relevantes o de *director* [sujeto activo calificado] en dos o más empresas competidoras entre sí”. Basta leer para comprobar que CFSA no puede ser el sujeto activo del tipo, por ninguna parte. No es una *persona* natural, no puede ostentar el cargo de director de una *sociedad*, y la norma excluye la existencia de más de un sujeto activo.

(b) CFSA no se encontraba en la obligación de impedir que Juan Hurtado fuera director de CFSA, o lograr que finalizara su cargo. Ni siquiera era posible que pudiera haberlo hecho. La propia Sentencia termina por reconocerlo.

— CFSA no designó a Juan Hurtado como su director, ni tenía facultades para hacerlo. La propia Sentencia termina asumiendo la improcedencia de imputarle responsabilidad a CFSA por la designación de Juan Hurtado como director, al no condenarlo por dicha acción. De hecho, la infracción que le imputa es distinta y puramente omisiva (*no “impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado”*), precisamente, porque es otro (los accionistas) el que ejecuta la acción que CFSA *debía* supuestamente impedir (la elección del director). Por simple lógica, no se puede imponer la carga de impedir una acción al mismo sujeto que ejecuta esa acción

— CFSA carecía de facultades legales para forzar la revocación de Juan Hurtado como su director, así como para impedir que fuera nuevamente elegido en caso de ser revocado. Si bien el directorio de CFSA podría hipotéticamente haber citado a una junta de accionistas para someter a su decisión la revocación del directorio, por ley no puede: (i) asegurar que lleguen accionistas suficientes para cumplir los *quorum* estatutarios y legales aplicables; de lograrse el *quorum* y hacerse la junta, (ii) controlar que en ella se vote y apruebe revocar el directorio; ni, en caso de que esto último ocurra, (iii) evitar que uno o más accionistas no vuelvan a elegir al mismo director que se quiso remover. Por lo mismo, no sorprende que la propia Sentencia termine asumiendo nuevamente su error. En su considerando 157°, la Sentencia admite que el directorio y la junta de accionistas de CFSA carecen de control sobre el resultado que les reprocha no haber evitado y, entonces, se busca otro culpable: los accionistas que eligieron al director con su voto.

(c) Es jurídicamente errado y derechamente aberrante que la Sentencia invente un tipo infraccional de omisión, per se, de peligro abstracto y de cumplimiento imposible. La propia Sentencia establece las siguientes tres cosas: (i) condenó a CFSA por un conducta *omisiva*, consistente no haber desplegado “actos

positivos” para impedir que Juan Hurtado participara como director de CFSA; (ii) CFSA carecía (y sigue careciendo) de facultades para impedirlo y la Sentencia lo sabe; y, en consecuencia, (iii) no importa lo que CFSA haga, pues sus actos positivos jamás serán aptos ni suficientes para impedir efectivamente el perfeccionamiento de la infracción del literal d) del artículo 3° que le imputa la Sentencia.

- De seguirse la tesis de la Sentencia, cada vez que se identifique la participación simultánea de una persona como director de dos empresas competidoras, dichas empresas serán, automática e indefectiblemente, responsables junto al director respectivo (un tercero independiente que tampoco controlan).
- En consecuencia, la infracción imputada a CFSA por la Sentencia supone admitir la *creación ilegal* (mediante un fallo) de un tipo infraccional de *omisión, per se, de peligro abstracto* y de *cumplimiento imposible*. Evidentemente, la Constitución Política de la República y las garantías esenciales del debido proceso lo impiden. La tesis infraccional de la Sentencia no supera ningún *test* de constitucionalidad.

(d) Es jurídicamente improcedente y contrario a la lógica pretender sancionar a CFSA porque, supuestamente, percibiría los eventuales beneficios de la consumación de los riesgos coordinados que subyacen a la prohibición expresa de *interlocking*.

- *Es jurídicamente improcedente hacer responsable al supuesto beneficiario de una acción sobre la que no tiene control (el derecho lo impide).* Atendido que el control del curso causal de la conducta imputada aquí no operaría como criterio de atribución y límite de responsabilidad (CFSA sería responsable a pesar de carecer de facultades para evitar el resultado que supuestamente debe prevenir), el *único* y *exclusivo* criterio de atribución que quedaría a salvo sería la eventual percepción de beneficios derivados de la conducta. Consecuentemente, el universo de eventuales condenados por el TDLC pasaría a ser infinito e indeterminado. Por tanto, inútil e injusto.
- *Es jurídicamente improcedente en concreto hacer responsables a CFSA, porque este caso no se acreditó un beneficio económico como resultado de la infracción (los hechos lo impiden).* La propia Sentencia establece que las empresas requeridas alegaron no haber recibido beneficios producto de los hechos imputados; señala que la FNE no rindió prueba a dicho respecto; y, en definitiva, no establece la existencia ni el monto de dicho hipotético beneficio. Incluso en el hipotético caso de admitirse un criterio de responsabilidad por obtención de beneficios derivados de la infracción, en este caso no existieron esos beneficios.

(3) La Sentencia infringió los principios de tipicidad y de culpabilidad en sentido estricto, al rechazar la fundada excepción de confianza legítima *subsidiaria* interpuesta por CFSA, en base a tres errores de derecho.

- (a) CFSA se encontraba imposibilitado de actuar de otra forma en relación con la (novísima e ilegal) interpretación que el Requerimiento y la Sentencia pretenden darle a la letra d), pues, según fue acreditado en juicio, existía un entendimiento global, pacífico y difundido en la sociedad sobre el sentido y alcance de la prohibición expresa de *interlocking* del artículo 3° literal d).
- (b) No obstante que la propia Sentencia consideró tales antecedentes como *atenuantes* de la multa impuesta, rechazó la excepción de confianza legítima opuesta por CFSA en base a tres errores de derecho: *(i)* confundió los eximentes de responsabilidad con las causales de exculpación; *(ii)* exigió presupuestos de procedencia de la excepción propios de actos administrativos patrimoniales, no aplicables a este caso; y *(iii)* desestimó el informe en derecho de los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, producto de una errada apreciación de los elementos probatorios del juicio.
- (c) La corrección de estos tres errores de derecho de la Sentencia basta para que la excepción de confianza legítima impuesta por CFSA, erradamente concedida solo como atenuante, opere ahora (subsidiariamente) como factor de exculpación de su responsabilidad.

(4) La Sentencia infringió las normas legales aplicables y desestimó los hechos acreditados en el expediente que hacían procedente la excepción *subsidiaria* de prescripción interpuesta por CFSA.

- (a) Producto de una errada aplicación del DL 211, e infringiendo los principios de tipicidad y legalidad de la pena, la Sentencia determinó que la *acción típica* calificada del literal d) del artículo 3° (‘participar como director’) se ejercía mediante la ostentación *formal* del cargo de director y, consecuentemente, solo cesaría por la aceptación formal de su renuncia o la revocación del directorio por parte de la junta de accionistas de la sociedad. Basada en ese error, la Sentencia determinó que el cese de la conducta imputada habría ocurrido recién el 29 de abril de 2019, fecha en que se renovó el directorio de LV sin la nominación de Juan Hurtado.
- (b) No obstante, el derecho y la evidencia del expediente prueban que Juan Hurtado cesó la ejecución de la acción típica de ‘participar como director’ de LV el 23 de julio de 2018, al dejar definitivamente de asistir a, y participar en, los directorios de LV.
- (c) De conformidad con el artículo 20 del DL 211, las acciones infraccionales prescriben en el plazo de tres años, contados desde la *ejecución* de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan y hasta la notificación del

requerimiento. Entre el 23 de julio de 2018 y la notificación del Requerimiento a CFSA, el 13 de enero de 2022, transcurrieron aproximadamente tres años y seis meses.

(5) La Sentencia infringió las normas legales y desestimó los hechos acreditados en el expediente que hacían improcedente la sanción de multa aplicada a CFSA. La multa aplicada a CFSA por la Sentencia debe ser dejada sin efecto, por cuanto fue impuesta: *(i)* sin atender al mérito del expediente (CFSA fue víctima de un ‘deficiente asesoramiento proporcionado’ por la FNE, que fue agravado por la ‘inactividad’ y ‘tolerancia’ de dicha autoridad en este caso); *(ii)* sin fundamentos de reproche (CFSA actuó diligentemente, habiendo buscado asesoría experta y obrando en conformidad con ella, en el marco de una legislación técnica y especializada como es aquella regulada en el DL 211); y *(iii)* en infracción del régimen legal para la determinación del *quantum* de eventuales multas establecido en el artículo 26 del DL 211.

(6) La Sentencia infringió las normas legales y el principio de proporcionalidad de la pena, que, en subsidio, hacían improcedente el monto de la sanción de multa aplicada a CFSA. La Sentencia impuso a CFSA una multa que es *muy superior* a aquellas aplicadas hasta antes del Requerimiento en casos graves, a pesar de que en este caso el TDLC: *(i)* correctamente descartó de forma explícita la concurrencia de los agravantes del artículo 26 (*beneficio económico obtenido, gravedad de la conducta, efecto disuasivo y reincidencia*); e, incluso, *(ii)* consideró dos de las principales atenuantes invocadas por CFSA.

188. Estos numerosos y graves vicios e infracciones legales de la Sentencia le causan un serio agravio a CFSA, que, conforme al derecho y la justicia, solo puede ser corregido mediante la revocación de la Sentencia y el consecuente rechazo del Requerimiento en todas sus partes, con costas.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pedimos: tener por interpuesto fundado recurso de reclamación, para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N° 202/2025, de 14 de abril de 2025, notificada a esta parte al día siguiente (foja 601), dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y recaída en el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en estos autos; concederlo y elevarlo a la Excma. Corte Suprema, para que dicho Excmo. Tribunal *(a)* revoque la Sentencia N° 202/2025, declarando que se rechaza el Requerimiento en todas sus partes, con costas; *(b)* en *subsidio de lo anterior*, se deje sin efecto la multa impuesta a CFSA; y, *(c)* en *subsidio de las solicitudes anteriores*, se reduzca sustancialmente la multa impuesta a CFSA.

CRISTOBAL
EYZAGUIRRE BAEZA

Santiago Bravo .