

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.** (“*CFS*”), en autos caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros”, Rol C-436-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Conforme al artículo 27 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“*DL 211*”)<sup>1</sup>, interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 203/2025, de 6 de junio de 2025 (la “*Sentencia*”), notificada a esta parte el mismo día (foja 438), 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 Hernán Büchi Buc (“*Hernán Büchi*”), Banco de Chile, CFS y Falabella S.A. (“*Falabella*”), 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 *subsídio de lo anterior*, se deje sin efecto la multa impuesta a CFS; y, **(c)** en *subsídio de las solicitudes anteriores*, se reduzca sustancialmente la multa impuesta a CFS. La reclamación se basa en las siguientes consideraciones generales, que son desarrolladas posteriormente en detalle.

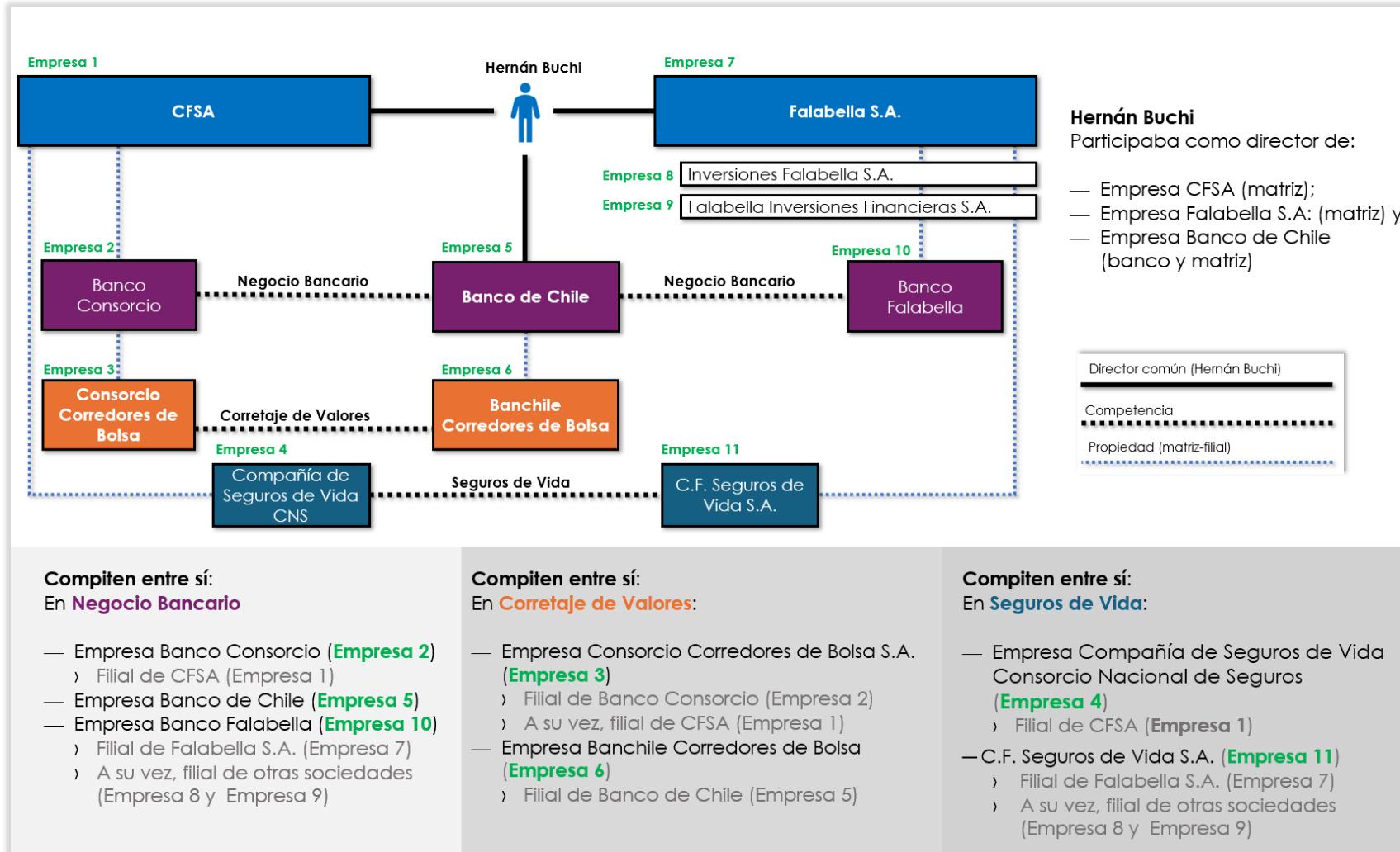
Este caso es jurídicamente insostenible. La Sentencia condenó a un tercero (CFS), por haber incurrido en una supuesta conducta *omisiva e imposible* (no impedir que Hernán Büchi fuera director de las empresas requeridas), constitutiva de una artificial infracción de *peligro abstracto (per se)*, supuestamente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

Los hechos son los siguientes: **(i)** Hernán Büchi participó simultáneamente como director de CFS, Falabella y Banco de Chile; **(ii)** dichas empresas son las matrices, respectivamente y a través de otras personas jurídicas, de diversas empresas filiales; **(iii)** la empresa filial de CFS (Banco Consorcio), la empresa filial de Falabella (Banco Falabella) y la empresa Banco de Chile, compiten *entre sí* en la provisión de servicios y productos bancarios; **(iv)** la empresa filial de CFS (Consorcio Corredores de Bolsa S.A.) y la empresa filial de Banco de Chile (Banchile Corredores de Bolsa S.A.), compiten *entre sí* en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros prestados por corredoras de bolsa; y **(v)** la empresa filial de CFS (Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A.) y la empresa filial de Falabella (C. F. Seguros de Vida S.A.), compiten *entre sí* en la emisión de seguros de vida y desgravamen (*ver. Figura 1*).

---

<sup>1</sup> 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 3º 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”<sup>2</sup>.

En *primer lugar*, la Sentencia estimó que Hernán Büchi infringió la norma por haber participado simultáneamente como director o ejecutivo relevante (*‘asesor del directorio’*) de las sociedades CFSA, Banco de Chile y Falabella. En particular, la Sentencia consideró que la acción típica infraccional del artículo 3º letra d) se verificaría con tal que la persona natural participe simultáneamente como director o ejecutivo relevante 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 determinado<sup>3</sup>.

Luego, en *esos* términos del literal d), resolvió que CFSA sería capaz de ‘desdoblarse’ para dar lugar, en forma simultánea, a 3 empresas distintas *entre sí*: (i) CFSA y su filial Banco Consorcio serían una misma empresa, al igual que lo serían Falabella con su filial Banco Falabella, en la provisión de servicios y productos bancarios (el “*Negocio Bancario*”); (ii) CFSA, Banco Consorcio y su filial Consorcio Corredores de Bolsa S.A. (“*Consorcio Corredores de Bolsa*”) serían una misma empresa, al igual que lo serían Banco de Chile y su filial Banchile Corredores de Bolsa S.A. (“*Banchile Corredores*”), en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros prestados por corredoras de bolsa (el “*Corretaje de Valores*”); y (iii) CFSA y su filial Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A. (“*Consorcio Seguros*”) serían una misma empresa, al igual que lo serían Falabella y su empresa filial C. F. Seguros de Vida S.A (“*CF Vida*”) en la emisión de seguros de vida y desgravamen (el “*Negocio de Seguros de Vida*”)<sup>4</sup>.

Finalmente, bajo *esa* concepción de la norma y de ‘empresa’, la Sentencia concluyó que: (i) en el Negocio Bancario, CFSA, Falabella y Banco de Chile serían “*empresas competidoras entre sí*”, (ii) en el Corretaje de Valores, CFSA y Banco de Chile serían “*empresas competidoras entre sí*”, (iii) en el Negocio de Seguros de Vida, CFSA y Falabella serían “*empresas competidoras entre sí*”; y (iv) en el Negocio de Seguros Generales, Banco de Chile y Falabella serían “*empresas competidoras entre sí*”; y, por tanto, la participación simultánea de Hernán Büchi como director de CFSA, Banco de Chile y Falabella bastaba para configurar la hipótesis infraccional de la letra d) del artículo 3º. En definitiva, cada

<sup>2</sup> Artículo 3º inciso 2º letra d) del DL 211.

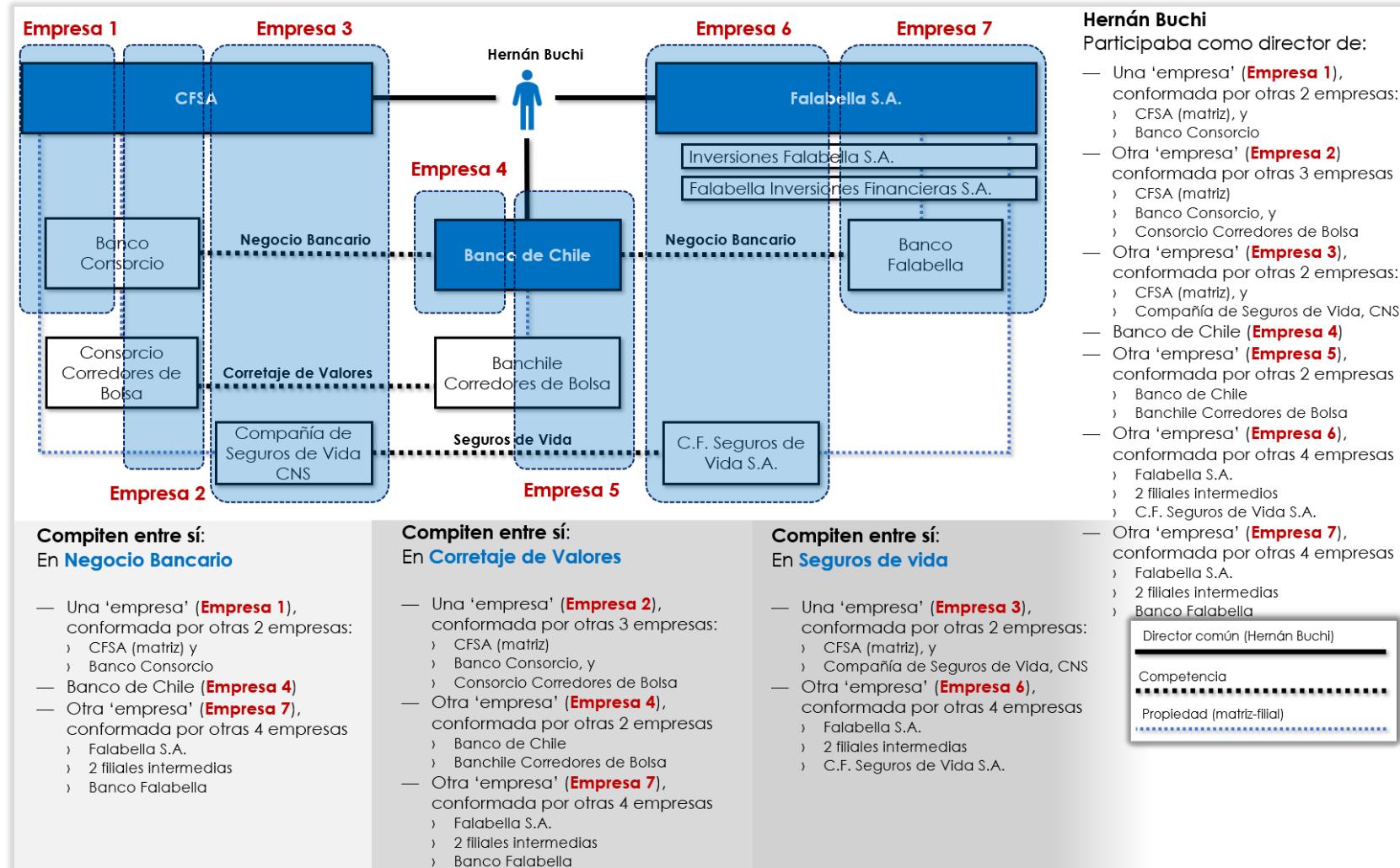
<sup>3</sup> Ver Sentencia, c. 213º (“Que, definido el sentido de la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211, conforme se expuso en la sección C, y desecharas las excepciones, corresponde analizar los hechos acreditados bajo ese prisma. En primer lugar, se revisará si corresponde calificar a cada sociedad requerida en conjunto con sus filiales como una sola empresa, en los términos de la norma recién citada; y, en segundo lugar, a la luz del examen anterior, se analizará si dichas sociedades son competidoras en los mercados descritos en el requerimiento”) y 214º (“Que, según se expuso en el considerando quincuagésimo octavo, la noción de única unidad económica 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 (v.g., sentencias N° 192/2024, c. 49º, y N° 200/2025, c. 40º)”).

<sup>4</sup> Adicionalmente, la Sentencia concluyó que en el Negocio de Seguros Generales Banco de Chile y su filial Banchile Corredores de Seguro Limitada (“*Banchile Seguros*”) serían una misma empresa, al igual que lo serían Falabella y su filial Seguros Falabella Corredores Limitada (“*Falabella Corredores*”).

matriz y su respectiva filial serían, respectiva y simultáneamente, cuatro veces la misma y única *cosa* ('empresa') en que se sentaba el director (Hernán Büchi) y competía con otra en el Negocio Bancario, el Corretaje de Valores, el Negocio de Seguros de Vida y el Negocio de Seguros Generales (los “*Negocios Relevantes*”). La **Figura 2** muestra esquemáticamente esta primera tesis infraccional del Requerimiento.

[continúa en la página siguiente]

**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 11 empresas y no coincidían (a) las empresas ***asiento*** del director o ejecutivo relevante *con* (b) las empresas ***competidoras*** entre sí en cada Negocio Relevante; *(ii)* la Sentencia *tuerce la realidad* para que pasen a haber solo siete empresas, de modo que *artificialmente* pasen a coincidir (a) las empresas ***asiento*** del director *con* (b) las empresas ***competidoras*** entre sí en cada uno de los Negocios Relevantes.

De ese modo, como también se observa, la Sentencia llega al sinsentido de sostener que CFSA, Banco de Chile y Falabella no serían, cada una de ellas, una sola empresa. En cambio, a lo menos: *(i)* CFSA sería tres empresas (1, 2 y 3); *(ii)* Banco de Chile sería otras dos empresas (4 y 5); y *(iii)* Falabella sería otras dos empresas (6 y 7). En otros términos, cada una de las empresas requeridas se desdoblaría para ser, simultáneamente, dos o más empresas, que además serían distintas de ellas mismas (CFSA, Banco de Chile y Falabella) individualmente consideradas. El derecho, las reglas de la lógica y las máximas de experiencia no permiten tal cosa.

En *segundo lugar*, la Sentencia determinó que CFSA y Banco de Chile también infringieron el literal d) del artículo 3º del DL 211<sup>5</sup>. En particular, el TDLC resolvió que CFSA quebrantó la norma por ***no*** haber implementado mecanismos para: *(i)* impedir que Hernán Büchi fuera elegido director en CFSA<sup>6</sup>, por sus *accionistas*<sup>7</sup>; *(ii)* forzar la revocación de todo el directorio por parte de su junta de *accionistas*, una vez que Hernán Büchi fuera elegido director por esos mismos accionistas<sup>8</sup>; e *(iii)* impedir luego que sus respectivos *accionistas* volvieran a elegir a Hernán Büchi como director de CFSA<sup>9</sup>.

Así, a pesar de que el literal d) del artículo 3º 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 Banco de Chile, argumentando que *(i)* el riesgo competitivo subyacente se refiere a las empresas requeridas (eventuales intercambios de información o coordinaciones por medio de Hernán Büchi); y, consecuentemente, *(ii)* serían

<sup>5</sup> La Sentencia no determinó que Falabella lo haya hecho, pues el proceso terminó anticipadamente respecto a ella en virtud de una conciliación parcial entre Falabella y la FNE. La conciliación fue aprobada por el H. Tribunal por resolución de 4 de noviembre de 2022 (folio 110).

<sup>6</sup> Hernán Büchi, además, fue asesor del directorio de Banco de Chile entre 2008 y la fecha en que asumió el cargo de director de Banco de Chile por primera vez, en agosto de 2019.

<sup>7</sup> Ver Sentencia, c. 183º (“Que, por consiguiente, Banco de Chile y Consorcio son sujetos pasivos de la acción interpuesta 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”).

<sup>8</sup> Ver Sentencia, c. 177º (“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”).

<sup>9</sup> Ver Sentencia, c. 183º (“Que, por consiguiente, Banco de Chile y Consorcio son sujetos pasivos de la acción interpuesta 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”).

las beneficiarias de la conducta reprochada en el literal d) del artículo 3º<sup>10</sup> (pese a que en el proceso no se acreditó que existiera un beneficio asociado a la infracción)<sup>11</sup>.

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 sí<sup>12</sup>.

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

<sup>10</sup> Ver Sentencia, c. 183º (“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”).

<sup>11</sup> Ver Sentencia, c. 277º (“Que, respecto al beneficio económico, la requirente no ahonda en el análisis de este factor, *ni tampoco aportó prueba sobre este aspecto* (...) En este caso, como se indicó en la consideración ducentésimo cuadragésimo, la cuantificación de un beneficio económico resulta difícil, especialmente considerando la *ausencia de prueba sobre el mismo* y que la norma infringida busca prevenir un riesgo, sin que sea necesario acreditar que éste se haya concretado”).

<sup>12</sup> Así también lo explicó con particular claridad el voto de minoría del Ministro Sr. Ricardo Paredes. Ver Sentencia, voto de minoría, p. 105 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”).

responsabilidad desde la persona natural (director) hasta las empresas donde aquella participa como director, mediante la *creación de una infracción por omisión*).

De ese modo, en definitiva, el Requerimiento intentó imputarles a Hernán Büchi, Falabella, Banco de Chile 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 3º del DL 211 que incluya hipótesis indirectas, así como ocurre en la normativa de los Estados Unidos<sup>13</sup>. 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 3º 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 3º letra d), conforme a la cual determinó ilegítimamente que Hernán Büchi participó simultáneamente en siete empresas competidoras entre sí, sin la concurrencia de los elementos típicos exigidos por la norma. De partida, demostraremos que es jurídicamente imposible que: (i) CFSA, Banco de Chile y Falabella hayan competido en el Negocio Bancario, porque, ni CFSA, ni Falabella están constituidas para tales efectos, ni están registradas y autorizadas para ello por la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”); (ii) CFSA y Banco de Chile hayan competido en el Corretaje de Valores, pues ni CFSA, ni Banco de Chile están constituidas para tales efectos, ni están registradas y autorizadas para ello por la CMF; y (iii) CFSA y Falabella hayan competido en el Negocio de Seguros de Vida, ya que CFSA y Falabella tampoco están constituidas para tales efectos, ni

---

<sup>13</sup> 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>.

están registradas y autorizadas para ello por la CMF<sup>14</sup>. Luego demostraremos que la Sentencia infringió absolutamente *todas* las reglas vinculantes de interpretación que dispone el Código Civil. Finalmente, en la **segunda sección** del segundo capítulo, comprobaremos que la Sentencia se atribuyó la potestad de crear un ilícito de *omisión y peligro abstracto*, conforme al cual condenó a CFSA 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. Adicionalmente, veremos que la Sentencia omitió por completo el análisis del informe en derecho del profesor Enrique Alcalde Rodríguez, que se extendió expresamente a dos atribuciones jurídicamente imposibles: (i) la de atribuir a CFSA la elección de Hernán Büchi en calidad de director y (ii) la de atribuir responsabilidad a CFSA por no revocar a Hernán Büchi de su cargo directoral.

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”<sup>15</sup>.

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 cómputo del plazo de prescripción iniciaría *solo* una vez que el director cesa en su cargo<sup>16</sup>. La ley dispone que el plazo se computa desde la ejecución de la supuesta conducta atentatoria y aquello tuvo lugar cuando Hernán Büchi fue nombrado por primera vez como director de CFSA, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.945.

<sup>14</sup> Por la misma razón, también resulta jurídicamente imposible que Banco de Chile y Falabella hayan competido en el Negocio de Seguros Generales.

<sup>15</sup> Informe en derecho elaborado por los profesores Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 331 (“*Informe Bascuñán-Tschorne*”), pp. 34 y 35.

<sup>16</sup> Esto también fue señalado por la Sentencia TDLC 202/2025, aunque de forma más explícita. Ver c. 147º (“(...) la fundamentación de las requeridas soslaya y torna en irrelevante la normativa societaria aplicable, que establece requisitos formales para la renuncia al cargo de director. Estos requisitos no son una ‘mera formalidad’ como se trata de presentar por las requeridas, pues, como se ha señalado, el cargo de director supone asumir la responsabilidad de resguardar el interés social en la administración de la compañía, estableciendo deberes para quien lo desempeñe, que pueden dar lugar a responsabilidad civil en caso de incumplimiento. En efecto, mientras no se concreta la renuncia de conformidad a las reglas de la LSA y su reglamento, las atribuciones y derechos del director, así como sus deberes, se mantienen incólumes, pudiendo en cualquier momento acceder a información de la sociedad, para el caso que anuncie su regreso o por la asistencia a una sesión futura previamente convocada (...)”).

Consecuentemente, la conducta *se habría ejecutado* el 26 de febrero de 2017, con la entrada en vigencia de la letra d) del artículo 3º. Entre esa fecha y la notificación del Requerimiento a CFSa (el 13 de enero de 2022) transcurrieron más de 4 años.

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.

## Índice

<b>I.</b>	<b>LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE INTERLOCKING CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3º LETRA D) DEL DL 211.....</b>	<b>13</b>
I.A.	La norma. El artículo 3º literal d) del DL 211 .....	13
I.B.	La aplicación específica de la norma. El sentido estricto y claro del literal d) del artículo 3º se confirma al revisar su específica recepción y entendimiento.....	17
(1)	La Fiscalía Nacional Económica .....	17
(a)	Los materiales de promoción de la FNE en materia de <i>interlocking</i> .....	17
(b)	Los Fiscales Nacionales Económicos durante la tramitación de la Ley 20.945 y la dictación del artículo 3º letra d), don Felipe Irarrázabal y don Mario Ybar.....	18
(c)	El Fiscal Nacional Económico a la época del Requerimiento, don Ricardo Riesco .....	19
(d)	El directivo de la FNE a cargo de la investigación que resultó en el Requerimiento, don Manfred Zink.....	19
(e)	Las actuaciones de la FNE ante el H. Tribunal, previo al Requerimiento (la <i>Consulta del Gas</i> ) .....	20
(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’) .....	21
(2)	El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia .....	23
(3)	Los ex Presidentes del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia .....	25
(a)	El ex Presidente del TDLC, don Tomás Menchaca .....	25
(b)	El ex Presidente del TDLC, don Enrique Vergara.....	26
(4)	Publicaciones académicas, exposiciones y memorias de grado, incluida una cuyo profesor guía fue el actual Fiscal Nacional Económico.....	28
<b>II.</b>	<b>LA SENTENCIA INFRINGIÓ LA LEY, AL VULNERAR DOBLEMENTE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD DE LA PENA.....</b>	<b>32</b>
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 3º letra d) .....	33
(1)	Cuestión previa. Ante todo, es jurídicamente imposible que CFSAs, Falabella y Banco de Chile hayan competido en los Negocios Relevantes.....	33
(a)	Es jurídicamente imposible que CFSAs y Banco de Chile hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores, y así se lo respondió la CMF a la FNE .....	33
(b)	Es jurídicamente imposible que CFSAs haya competido en el Negocio Bancario con Banco de Chile y/o con Falabella .....	36
(c)	Es jurídicamente imposible que CFSAs y Falabella hayan competido en el mercado de Seguros de Vida.....	36
(2)	Regla base de interpretación. La Sentencia infringió la regla del inciso primero del artículo 19 del Código Civil .....	36
(3)	Elemento semántico y gramatical. La Sentencia infringe las reglas de los artículos 20 y 21 del Código Civil .....	38
(4)	Elemento lógico y sistemático de contexto. La Sentencia infringe la regla del artículo 22 del Código Civil.....	39
(a)	La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘interna’. CFSAs no puede ser, al mismo tiempo, la empresa concreta (sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sienta Hernán Büchi como director; y las tres empresas abstractas conformadas por CFSAs con (i) Banco Consorcio, para el Negocio Bancario, (ii) Banco Consorcio y Consorcio Corredores de Bolsa, para el Corretaje de Valores, y (iii) con Consorcio Seguros para el Negocio de Seguros de Vida .....	40
(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 .....	41
(c)	La Sentencia infringe el ‘principio de identidad’ de forma ‘externa’ .....	43
(i)	La Sentencia no se refiere a los preceptos del DL 211 que emplean los mismos términos de la letra d) y se ocupan de riesgos específicos equivalentes .....	43
(ii)	La Sentencia ignora que el artículo 4 bis demuestra que la incorporación de la voz ‘grupo empresarial’ al artículo 3º 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’ .....	45
(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 .....	47
(5)	Elemento histórico. La Sentencia infringió la regla del inciso segundo del artículo 19 del Código Civil.....	49
(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 .....	51
(a)	Es errado e improcedente pretender aplicar en Chile una ley de los Estados Unidos, cuando hay una ley chilena que dice otra cosa.....	52
(b)	Es errado e improcedente pretender integrar el literal d) del artículo 3º, sosteniendo que de lo contrario la disposición (supuestamente) se volvería letra muerta .....	53
II.B.	Segundo vicio de la Sentencia. Se atribuyó la potestad de crear un ilícito de <i>omisión y peligro abstracto</i> , conforme al cual condenó a CFSAs por una infracción <i>imposible de cumplir y prever</i> , que analizó <i>per se</i> y que <i>derechamente no existe en el DL 211</i> .....	53

(1) No es efectivo que CFSAs se encontraba en la obligación de impedir que Hernán Büchi fuera director de CFSAs, o lograr que finalizara su cargo; ni era siquiera posible que pudiera haberlo hecho. La propia Sentencia termina por reconocerlo .....	55
(a) La Sentencia se equivoca (y tácitamente lo reconoce). Es jurídicamente imposible que CFSAs designe a sus propios directores .....	55
(b) La Sentencia se vuelve a equivocar (y tácitamente lo vuelve a reconocer). Es jurídicamente imposible que CFSAs revoque a sus directores o impida que sean reelegidos .....	56
(2) Es jurídicamente errado y derechamente insostenible que la Sentencia invente un tipo infraccional de <i>omisión, per se, de peligro abstracto</i> y de cumplimiento <i>imposible</i> . Ello no supera ningún test de constitucionalidad.....	57
(3) Es jurídicamente improcedente y contrario a la lógica pretender sancionar a CFSAs porque, supuestamente, percibiría los eventuales beneficios de la consumación de los riesgos coordinados que subyacen a la prohibición expresa de <i>interlocking</i> .....	58
(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 .....	58
(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 .....	59
<b>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 CFSAs .....</b>	<b>59</b>
<b>III.A. La Sentencia incurre en un error de derecho <i>decisorio litis</i> al rechazar la admisibilidad de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSAs .....</b>	<b>60</b>
(1) La Sentencia rechazó erradamente la procedencia abstracta del efecto exculpante de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSAs. Confundió las eximentes de responsabilidad con las causales de exculpación .....	60
(2) La Sentencia analizó equivocadamente los presupuestos de procedencia de la excepción de error por confianza legítima. Exigió la concurrencia de actos administrativos <i>favorables, previos y concretos</i> que son solo propios de la dimensión patrimonial de la excepción.....	61
<b>III.B. El informe Bascuñán-Tschorne confirma la procedencia de la excepción invocada .....</b>	<b>63</b>
<b>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 CFSAs.....</b>	<b>65</b>
<b>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 CFSAs .....</b>	<b>66</b>
<b>V.A. La Sentencia impuso la multa sin atender al mérito del expediente .....</b>	<b>67</b>
(1) CFSAs actuó dentro del marco del ‘deficiente asesoramiento proporcionado’ y la ‘inactividad’ y ‘tolerancia’ de la FNE en este caso .....	67
(2) CFSAs actuó en base a asesoramiento letrado .....	67
<b>V.B. La Sentencia no justificó adecuadamente su decisión de imponer la sanción .....</b>	<b>68</b>
<b>V.C. La Sentencia infringió el régimen legal para la determinación del <i>quantum</i> de multas establecido en el artículo 26 del DL 211 .....</b>	<b>68</b>
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>70</b>

• • • • •

## I. LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE INTERLOCKING CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 3º 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 3º del DL 211<sup>17</sup>, 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 3º 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 3º LITERAL D) DEL DL 211

2. La prohibición *expresa* de *interlocking* del artículo 3º 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*”)<sup>18</sup>. El entonces jefe de la división de la FNE a cargo del referido informe, don Mario Ybar<sup>19</sup>, explicó ante el TDLC 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”<sup>20</sup>. 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 3º 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 *fuente directa* de la nueva normativa”<sup>21</sup>.

4. El Informe FNE, precedente y fuente directa del literal d) del artículo 3º, 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*”<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Ver Sentencia, c. 14º (“Que, sin desmedro de la plausibilidad de las defensas esgrimidas, para dirimir el litigio se debe aclarar cuál es el objeto perseguido por la acción deducida por la Fiscalía. (...)”), 15º (“Que, en consecuencia, cabe concluir que el objeto del requerimiento se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211. La mención al inciso primero de esa norma sólo se justificaría por la interpretación que hace la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre el ilícito genérico del inciso primero y los ilícitos establecidos en los literales del inciso segundo, sin que exista imputación a una infracción distinta o en carácter subsidiario, para el caso que los hechos no se subsuman en la hipótesis de la letra d)”) y 16º (“Que, en virtud de las consideraciones precedentes, en lo sucesivo se analizará si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211, para lo cual, previamente, se debe determinar el genuino sentido de esta disposición”).

<sup>18</sup> Documento acompañado bajo el N° 2 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88).

<sup>19</sup> Ver declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392.

<sup>20</sup> Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 19.

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> Informe FNE, acompañado por CFSA a folio 88 y agregado a folio 79, 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** íntegra el directorio **de dos o más empresas**”<sup>23</sup>.
- (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)<sup>24</sup>. 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 3º *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”<sup>25</sup>.

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**”<sup>26</sup>. 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**”<sup>27</sup>.

7. En *segundo lugar*, el ya citado artículo 3º 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)<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Informe FNE, acompañado por CFSAs a folio 88 y agregado a folio 79, p. 14.

<sup>24</sup> Ver Informe FNE, acompañado por CFSAs a folio 88 y agregado a folio 79, p. 15.

<sup>25</sup> Informe FNE, acompañado por CFSAs a folio 88 y agregado a folio 79, p. 15.

<sup>26</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSAs a folio 414 y agregado a folio 396, p. 29.

<sup>27</sup> Ver declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSAs a folio 414 y agregada a folio 392, p. 16.

<sup>28</sup> 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 CFSAs a folio 414 y agregado a folio 392, pp. 29-30. Ver asimismo Informe en derecho elaborado por el profesor Domingo Valdés Prieto, acompañado por CFSAs a folio 414 y agregado a folio 330 (“Informe Valdés”), p. 25.

8. El legislador de la Ley 20.945 fue igualmente explícito cuando (*sí*) 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’: 3º 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 3º 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
<p>“La <b>participación</b> simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más <b>empresas competidoras entre sí</b>, 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.”</p>	<p>“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de <b>participación, directa o indirecta</b>, en más del 10% del capital de una <b>empresa competidora</b>, 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 3º”.</p>

[continúa en la página siguiente]

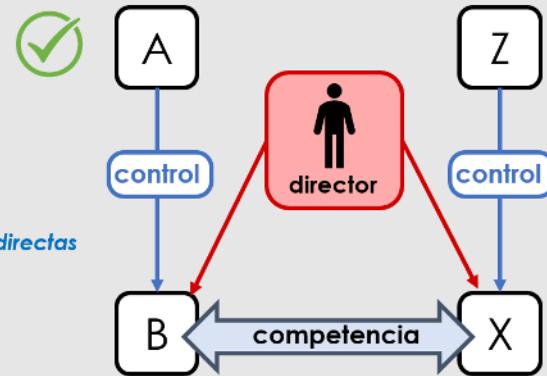
Figura 3 | Análisis comparativo gráfico 3 d) vs. 4 bis

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

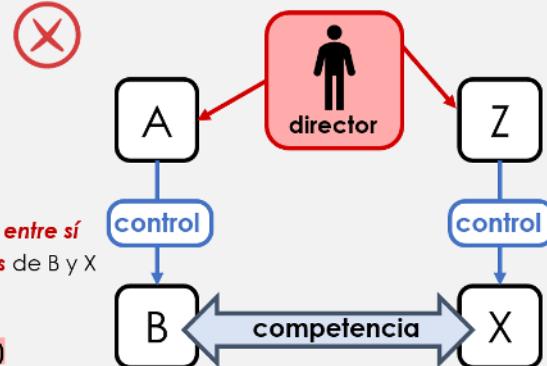
"La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más **empresas competidoras entre sí** (...)"

**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**

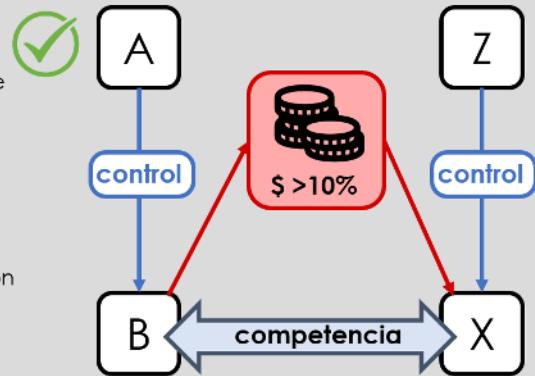
- Relación común (director) se da en las empresas A y Z
- Relación de competencia se da en sus empresas filiales B y X
- En consecuencia
  - A y Z **no son** empresas competidoras **entre sí**
  - Son empresas competidoras **a través** de B y X y, por tanto, de forma **indirecta**
  - **No opera** la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

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

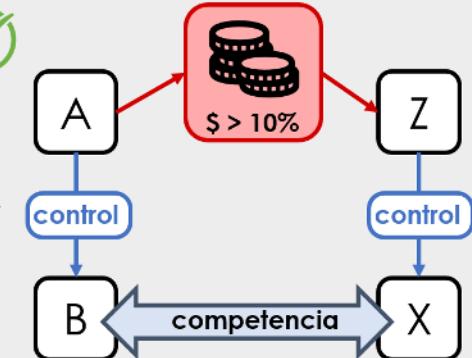
"La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, **directa o indirecta**, en más del 10% del capital de una **empresa competidora** (...)"

**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*”<sup>29</sup>. La claridad era entonces absoluta.

#### **I.B. LA APLICACIÓN PACÍFICA DE LA NORMA. EL SENTIDO ESTRICTO Y CLARO DEL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 3º 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 3º 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 3º 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 3º *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)<sup>30</sup>. 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”<sup>31</sup>.
- (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”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> 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 88).

<sup>30</sup> La Sentencia sostiene que *supuestamente* “no constan antecedentes en autos que permitan establecer la fecha inicial de publicación de esta información” (c. 207º). En realidad, tales antecedentes sí constan en autos, al menos en: (i) a través del Sr. Mario Ybar (*ver* transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad en el proceso Rol TDLC C-437-2021 (agregada a folio 392), p. 17: “no recuerdo el acto de haber escrito o revisado esto, pero si 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. 77º, 107º, 199º).

<sup>31</sup> Documento acompañado bajo el N° 1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88), p. 3 (primer párrafo). La Sentencia lo extractó en el c. 207º.

<sup>32</sup> Documento acompañado bajo el N° 1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88), p. 3 (segundo párrafo). La Sentencia lo extractó en el c. 207º.

(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 la libre competencia, en virtud del artículo 3 inciso 1° de la misma norma”<sup>33</sup> y disponibiliza para revisión y descarga el Informe FNE<sup>34</sup>, 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 estando disponibles para consulta y descarga desde el sitio *web* de la FNE<sup>35</sup>.

15. La FNE también mantiene publicado<sup>36</sup> un informe en derecho encargado a los Sres. Alejandro Awad, Antonio Bascuñán, Miguel Chaves y Marcos Contreras, acerca de “la justificación de su decisión de elaborar una Guía Interna que explice los criterios a los que FNE se sujetará en el futuro (...)<sup>37</sup>. Dicho informe justifica la procedencia y abona la conveniencia de que la FNE elabore materiales de promoción que den cuenta de “los **criterios orientadores** de la actividad interna de la FNE”<sup>38</sup>, precisamente, porque “la formulación anticipada y con carácter general y abstracto de la interpretación que la FNE da a las disposiciones legales **excluye la posibilidad** de una **reacción institucional ex post facto basada en consideraciones particulares** por **motivos distintos de la imparcial** sujeción a la ley”<sup>39</sup>. En este caso no se cumplió ese objetivo.

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

16. 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 Irarrázabal, mientras que el Subfiscal fue don Mario Ybar, quien además oficiaría como Fiscal Nacional Económico Subrogante.

17. En este juicio consta cuál era (y sigue siendo) su entendimiento de la norma. En un informe en derecho encargado por Larraín Vial S.A. y presentado por CFSA, don Felipe Irarrázabal 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*”<sup>40</sup>, aclarando que “sin perjuicio de lo anterior, las conductas constitutivas de *interlocking indirecto* pueden ser

<sup>33</sup> Documento acompañado bajo el N°1 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88), p. 3 (tercer párrafo). La Sentencia lo extractó en el c. 207º.

<sup>34</sup> Documento acompañado bajo el N°2 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88)

<sup>35</sup> Ver <https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/interlocking/>.

<sup>36</sup> Ver <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-guia-de-querellas-en-casos-de-colusion/>. El Informe también está disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf).

<sup>37</sup> Awad, A; Bascuñán, A; Chaves, M; y Contreras, M: (2017): Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión (Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf)), p. 4.

<sup>38</sup> Awad, A; Bascuñán, A; Chaves, M; y Contreras, M: (2017): Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión (Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf)), p. 13.

<sup>39</sup> Awad, A; Bascuñán, A; Chaves, M; y Contreras, M: (2017): Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión (Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf)), p. 16.

<sup>40</sup> Informe en derecho elaborador por los profesores Soledad Krause y Felipe Irarrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396 (“Informe Krause-Irarrázabal”), p. 1.

objeto de sanción bajo el tipo infraccional del **inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley N° 211**<sup>41</sup>.

18. Por su parte, don Mario Ybar, declarando como testigo citado por CFSA en el proceso Rol TDLC C-437-2021, 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 3º] 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 confie porque la norma solamente se refiere a esto [*interlocking horizontal directo*], sino que, usted también puede infringir la competencia por hipótesis que están **fuerza de la 3º letra d)**”<sup>42</sup>.

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

19. 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 3º.

20. La posición de don Ricardo Riesco consta en el artículo “Nueva ley de competencia en Chile”<sup>43</sup>. En sus palabras: “*interlocking directo* es *per se* un ilícito anticompetitivo, ya que **cumpliéndose 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*”<sup>44</sup>.

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

21. 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.

22. 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 3º 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

<sup>41</sup> Informe Krause-Irrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, p. 1.

<sup>42</sup> Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 18.

<sup>43</sup> Una copia de dicho documento se acompañó bajo el N° 3 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88).

<sup>44</sup> Documento acompañado bajo el N° 3 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88), p. 119.

o tenga un cargo ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras”<sup>45</sup>; 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”<sup>46</sup>.

23. 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 3º solo prohíbe el *interlocking* horizontal **directo**<sup>47</sup>. Ese mismo año 2021, la FNE anunció el nombramiento del Sr. Zink como Jefe de la nueva División de Fiscalización de Cumplimiento, informando que dicha división tendría a su cargo “*la investigación de infracciones relacionadas al (...) vulneración de la prohibición de interlocking*”<sup>48</sup>.

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

24. 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)”<sup>49</sup>.

25. 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 20.945<sup>50</sup>. 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 3º; 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.

---

<sup>45</sup> 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 88), p. 12 (¶28).

<sup>46</sup> 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 88), p. 12 (pie de página N° 34).

<sup>47</sup> 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 88) y está agregado a folio 82.

<sup>48</sup> Ver 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/>.

<sup>49</sup> Consulta de Conadecus, de 27 de octubre de 2014, en causa rol NC-427-2014, ¶35.

<sup>50</sup> Documento acompañado bajo el N° 8 de la presentación de CFSA de 15 de marzo de 2024 (folio 414), agregada a folio 337.

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

**Descripción gráfica del *interlocking* descrito en el ¶ 76 por la FNE**

```

graph LR
    A[Empresas Copec S.A.  
(empresa matriz)] --- B[Jorge Ferrando Y  
Rodrigo Huidobro A.]
    B --- C[Metrogas S.A.]
    D[Abastible S.A.  
(empresa matriz)] --- E[Interlock]
    E --- F[Competencia (gas)]
    E --- G[Matriz-filial]
    style B fill:#ccc,stroke:#000
    style C fill:#ccc,stroke:#000
    style E fill:#000,stroke:#000,color:#fff
    style F fill:#000,stroke:#000,color:#fff
    style G fill:#000,stroke:#000,color:#fff
    
```

The diagram shows two grey square boxes representing holding companies: 'Jorge Ferrando Y Rodrigo Huidobro A.' and 'Metrogas S.A.'. Above them are two blue square boxes representing the 'Empresas Copec S.A.' and 'Abastible S.A.' groups. Dotted lines connect each blue box to its corresponding grey box. Below the boxes is a legend with three entries: 'Interlock' (horizontal line), 'Competencia (gas)' (dotted line), and 'Matriz-filial' (dashed line).

**Aporta Antecedentes FNE  
Consulta del Gas**

“76. Cabe destacar que los casos de los señores **Jorge Ferrando y Rodrigo Huidobro**, constituyen para esta Fiscalía un tipo de **interlocking indirecto**, que se produce **entre una empresa (Metrosgas) 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 **interlocking horizontal directo**”<sup>51</sup>.

(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’)

26. 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.

27. 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.

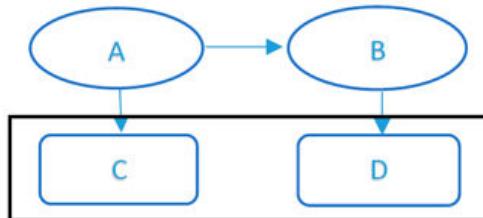
28. En concreto, y como se lee, parte explicando que existe una empresa “A” (matriz de C), que controla a otra empresa “C” (filial de A); y una empresa “B” (matriz de D) que controla a una empresa “D” (filial de B). Luego, señala que la Empresa A (matriz de C) adquiere más del 10% de participación en 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’.

<sup>51</sup> Una copia del aporte de antecedentes de la FNE en la causa rol NC-427-2014 fue acompañada por CFSA a folio 414 y se agregó al expediente a folio 337.

**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



29. 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”<sup>52</sup>. 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 ‘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’).

30. Tiempo después, la FNE volvió a emplear la voz ‘empresa’ como equivalente a una persona jurídica determinada en sus requerimientos del *Caso Banmédica*<sup>53</sup> y el *Caso Los Orientales*<sup>54</sup>.

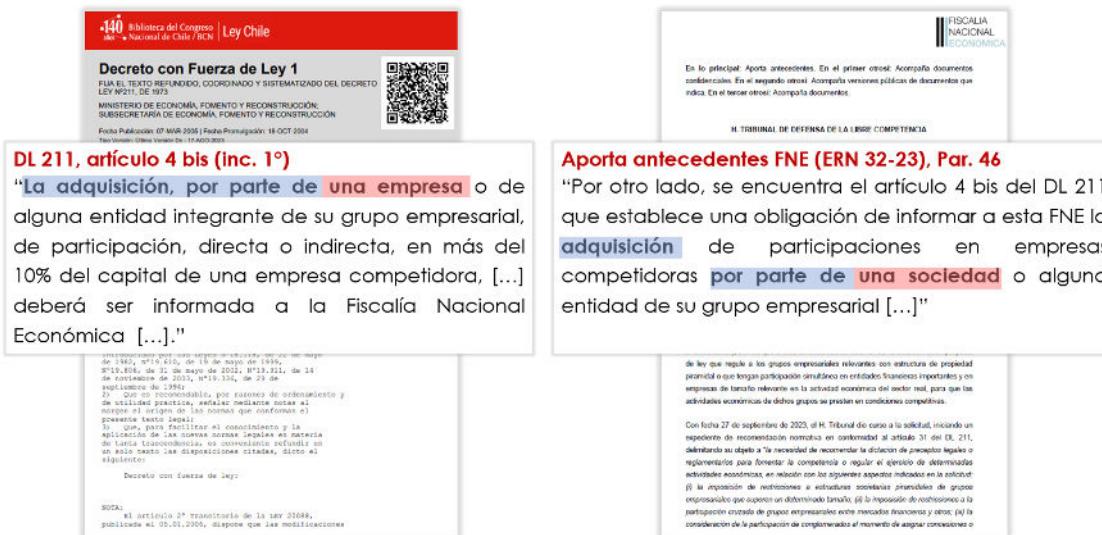
<sup>52</sup> Documento titulado “Formulario para informar adquisición de participación en competidores artículo 4 bis del D.L. N° 211”, Instrucciones, punto 5. Una copia del referido documento fue acompañada bajo el N° 6 del primer otrosí de la contestación de CFSA (folio 88) y agregada a folio 83.

<sup>53</sup> 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 414 y agregado a folio 332. 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’).

<sup>54</sup> 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 414 y agregado a folio 333. 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 414 y agregada a folio 334.

31. 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)<sup>55</sup>, 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**



32. La FNE no fue la única que entendió, explicó y/o aplicó el artículo 3º 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.

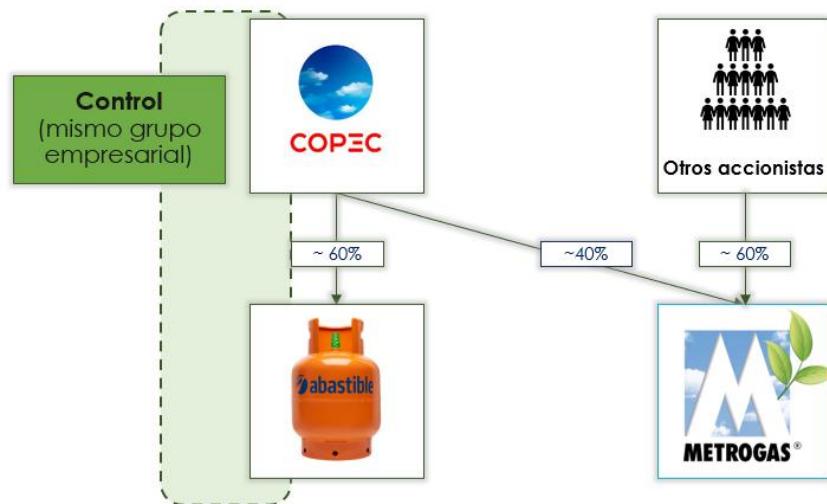
## (2) El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

33. 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 industria<sup>56</sup>, 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).

<sup>55</sup> 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).

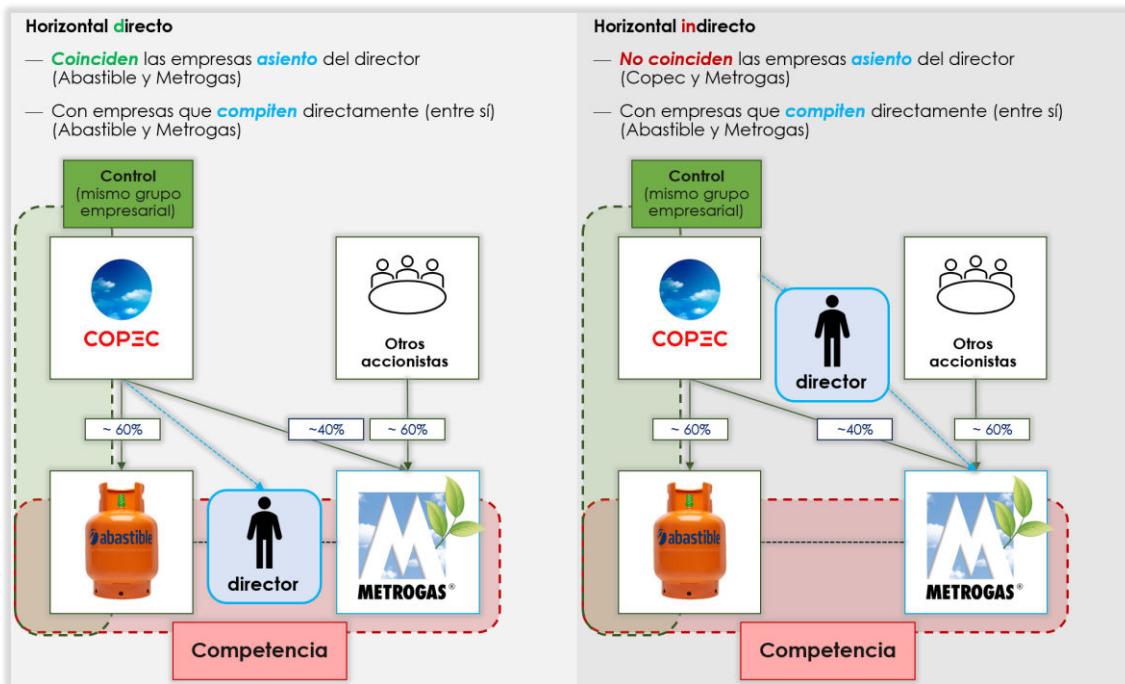
<sup>56</sup> Ver Consulta de Conadecus, de 27 de octubre de 2014, en causa rol NC-427-2014, ¶35.

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



34. 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**).

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



35. El TDLC dictó sentencia el 11 de enero de 2018 (Resolución N° 51/2018), cuando ya estaba vigente el artículo 3º letra d)<sup>57</sup>. 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 3º letra d). En sus palabras: “Para efectos del

<sup>57</sup> Ver Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

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 3º** 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”<sup>58</sup>.

- (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 resolutiva de su Resolución N° 51/2028, el TDLC solo dispuso medidas respecto de los directores de Copec: “el directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible”<sup>59</sup>.

36. 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**

37. 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. Asimismo, intervino directamente en la tramitación legislativa de la Ley 20.945 en su calidad de presidente del TDLC. 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.

38. 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 3º *solo* prohíbe el *interlocking horizontal directo*<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, §§116 y 117.

<sup>59</sup> Resolución N°51/2018 de 17 de enero de 2018, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 72.

<sup>60</sup> 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 414 y agregado a folio 338.

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

39. 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).

40. 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 3º (*per se*); lo distinguió de aquel *indirecto*; y aclaró que una forma de *interlocking indirecto* es aquel a nivel *matriz-filial*<sup>61</sup>.

41. En síntesis, como muestra la Tabla 2, los últimos dos presidentes del TDLC y todos los Fiscales Nacionales Económicos desde 2010 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 Requerimiento) queda sujeto al tipo universal del inciso primero del artículo 3º del DL 211, que exige prueba de sus efectos.

---

<sup>61</sup> 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)”).

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

Autoridad	Cita
 <p><b>Tomás Menchaca Olivares</b> Ex Presidente del H. Tribunal (2010-2016) Académico PUC</p>	<p>“el <b>interlocking directo horizontal</b> 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 <b>artículo 3 inciso 2 del DL 211</b>.<sup>62</sup>”<sup>63</sup></p>
 <p><b>Enrique Vergara Vial</b> Ex Presidente del H. Tribunal (2016-2022) Ex Ministro del H. Tribunal (2012-2016) Ex Fiscal Nacional Económico (2006-2010)</p>	<p>“<b>Pero hay [interlocking] indirecto.</b> (...) Tiene efectos muy parecidos al <b>interlocking directo</b>, ¿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 <b>hay que verlo caso a caso</b>, es menos claro que el interlocking directo.”<sup>64</sup></p>
 <p><b>Felipe Irarrázabal Philippi</b> Ex Fiscal Nacional Económico (2010-2018)</p>	<p>“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 <b>interlocking directo</b> (...) sin perjuicio de lo anterior, las conductas constitutivas de <b>interlocking indirecto</b> pueden ser objeto de sanción bajo el tipo infraccional del <b>inciso primero del artículo 3</b> del Decreto Ley N°211.”<sup>64</sup></p>
 <p><b>Mario Ybar Abad</b> Ex Fiscal Nacional Económico (2018-2019) (Subrogante)</p>	<p>“si bien la letra se refiere a situaciones de <b>interlocking directo entre empresas competidoras</b>, existe riesgo a la libre competencia no solamente en esos casos limitados, sino que, en casos bastante más amplios, por ejemplo, el <b>interlocking indirecto matriz-filial</b> ¿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 3º letra d).”<sup>65</sup></p>
 <p><b>Ricardo Riesco Philippi</b> Ex Fiscal Nacional Económico (2019-2023)</p>	<p>“[N]uestra hermenéutica de la nueva ley es que, por un lado, el <b>interlocking directo</b> 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, <b>situaciones de interlocking indirecto</b> han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como <i>rule of reason</i>.<sup>66</sup></p>

<sup>62</sup> Documento acompañado por CFSa a folio 414 bajo el N° 9 y agregado a folio 338, p. 222.

<sup>63</sup> Apuntes de clases Diplomado Libre Competencia Universidad Adolfo Ibáñez 2020.

<sup>64</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSa a folio 414 y agregado a folio 396, p. 1.

<sup>65</sup> Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSa a folio 414 y agregada a folio 392, p. 18.

<sup>66</sup> Documento acompañado por CFSa a folio 88 bajo el N° 3 y agregado a folio 80, p. 119.

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

42. La introducción del literal d) del artículo 3º 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.

43. 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 en la causa Rol TDLC C-437-2021 y consultado sobre el entendimiento general académico y forense sobre el literal d) del artículo 3º 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 3º letra d) solo se refiere al *interlocking directo*<sup>67</sup>. Precisó 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”<sup>68</sup>.

44. Lo mismo se observa en las guías del Centro de Competencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibañez<sup>69</sup>, en el Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile<sup>70</sup>, en el Informe Panorámico Anticorrupción de ReAL elaborado por Espacio Público (2018)<sup>71</sup>, en las alertas legales de estudios de abogados (Tabla 3)<sup>72</sup> y en los programas de libre competencia de las empresas (Tabla 4)<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Ver declaración testimonial de don Domingo Valdés Prieto de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA y folio 414 y agregada a folio 364, 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*”).

<sup>68</sup> Declaración testimonial de don Domingo Valdés Prieto de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA y folio 414 y agregada a folio 364, p. 23

<sup>69</sup> Ver “Guía Interlocking” Centro de Competencia (CeCo), pp. 4 y 5. Documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el N° 10, agregado a folio 339.

<sup>70</sup> Ver “Programa UC Libre Competencia”, p. 4. Documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el N° 11, agregado a folio 340.

<sup>71</sup> Ver “Informe Panorámico Anticorrupción de ReAL (2018)”, p. 14. Documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el N° 18, agregado a folio 347.

<sup>72</sup> Es usual que algunos estudios jurídicos elaboren ‘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 3º 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 3º solo alcanzaba al *interlocking horizontal directo*.

<sup>73</sup> 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. Esta 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
	“Nuevo ilícito anticompetitivo. Se incorpora el <i>interlocking horizontal directo</i> 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)
	<p><b>“Interlocking directo:</b> 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.</p> <p><b>Interlocking indirecto:</b> 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)</p>
	<p>“¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción?</p> <p><b>Interlocking directo:</b> 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 que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos que excedan USD \$ 3.8 millones en el último año calendario”. (3)</p>
	<p>“El caso contemplado en el artículo 3 letra d) del DL 211 es un caso de <i>interlocking horizontal directo</i>, pero existen otros tipos de <i>interlocking 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 indirecto</i>: (...) (b) <i>Interlocking entre una empresa y la matriz de su competidora</i>. Esto tiene el mismo efecto de un <i>interlocking horizontal directo</i>”. (4)</p>
	“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 horizontal directo</i> >>, 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)
	“Además, se incorpora el <i>interlocking horizontal directo</i> 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 414 bajo el número 19, agregado a folio 348;(2) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 20, agregado a folio 349; (3) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 21, agregado a folio 350; (4) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 22, agregado a folio 351;(5) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 23, agregado a folio 352; (6) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 24, agregado a folio 353.

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

Empresa	Cita
 <i>"Política de Libre Competencia"</i> (1)	<p><b>“5. Interlocking Horizontal Directo”</b>            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)</p>
 <i>“Manual del Programa de Cumplimiento de los Principios y Regulaciones de Libre Competencia”</i> (2)	<p><b>“Interlocking.”</b>            La legislación chilena prohíbe, de manera general, el denominado <i>interlocking horizontal directo</i>, 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)</p>
 <i>“Política de Cumplimiento de Libre Competencia Cencosud (2023)”</i> (3)	<p><b>“1.5 Interlocking Horizontal directo.”</b>            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 “<i>interlocking horizontal directo</i>”, 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)</p>
 <i>“Manual de cumplimiento de normas de libre competencia (2018), elaborado por Prieto Abogados”</i> (4)	<p><b>“Riesgos de interlocking y participaciones minoritarias.”</b>            Un <i>interlocking horizontal directo</i> 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 <i>interlocking</i> 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 <i>interlocking horizontal directo</i> tiene prohibición expresa en sede de libre competencia, se debe tener presente que las distintas posibles estructuras de <i>interlocking</i> sí pueden presentar riesgos anticompetitivos y que la FNE ha enfocado su atención en los mismos, como se refleja en el estudio que realizará el año 2013, denominado ‘Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras’”. (4)</p>
 <i>“Manual de Libre Competencia de Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi”</i> (5)	<p><b>“5.3. Interlocking.”</b>            El <i>interlocking</i> se define como la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o el directorio de dos o más empresas.            El <i>interlocking</i> es <b>directo</b> 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 <i>interlocking</i> es <b>indirecto</b> 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)</p>

*"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 3º 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 colusones 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)

Fuente: (1) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 25, agregado a folio 354; (2) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 26, agregado a folio 355; (3) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 27, agregado a folio 356; (4) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 28, agregado a folio 357; (5) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 29, agregado a folio 358; (6) documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el número 30, agregado a folio 359.

45. Por último, la tesis de grado muestra que el actual Fiscal Nacional Económico habría coincidido entonces con este entendimiento pacífico<sup>74</sup>. 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.

46. 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**”<sup>75</sup> 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’”<sup>76</sup>.

47. 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.

• • • • •

48. 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 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 competitora*’ a matrices y filiales. De ese modo, *todos*

<sup>74</sup> Lo mismo señala la tesis de grado de don Michael Alexander Mc Donnell B., para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, bajo la guía de don Simón Accorsi O. Este documento fue acompañado por CFSA a folio 414 y fue agregado a folio 346.

<sup>75</sup> Documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el N° 16, agregado a folio 345, p. 29.

<sup>76</sup> Documento acompañado por CFSA a folio 414 bajo el N° 16, agregado a folio 345, pp. 29 y 30.

entendieron la norma; salvo la FNE y el TDLC, y solo recién desde el Requerimiento y la Sentencia, respectivamente. Los dos están equivocados.

49. 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

50. 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 3º del DL 211<sup>77</sup>, por lo que “*el sentido y alcance de la letra d) del inciso segundo del artículo 3º debe fijarse en función de lo que esta dispone, sin relación con lo establecido en el inciso primero de la misma norma*”<sup>78</sup>; y *(ii)* calificó dicha conducta *per se*<sup>79</sup>, 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*”<sup>80</sup>.

51. 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 3º 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*”.
- (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.*”

52. No existe controversia en cuanto a que Hernán Büchi fue simultáneamente director de CFSA, Banco de Chile (director o asesor) y Falabella; y que dichas empresas son las matrices, respectivamente (directamente o a través de otras sociedades), de las empresas filiales *(i)* Banco Consorcio y Banco Falabella; *(ii)* Consorcio Corredores de Bolsa y

<sup>77</sup> Ver Sentencia, c. 14º (“Que, sin desmedro de la plausibilidad de las defensas esgrimidas, para dirimir el litigio se debe aclarar cuál es el objeto perseguido por la acción deducida por la Fiscalía. (...)”), 15º (“Que, en consecuencia, cabe concluir que el objeto del requerimiento se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211. La mención al inciso primero de esa norma sólo se justificaría por la interpretación que hace la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre el ilícito genérico del inciso primero y los ilícitos establecidos en los literales del inciso segundo, sin que exista imputación a una infracción distinta o en carácter subsidiario, para el caso que los hechos no se subsuman en la hipótesis de la letra d)”) y 16º (“Que, en virtud de las consideraciones precedentes, en lo sucesivo se analizará si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211, para lo cual, previamente, se debe determinar el genuino sentido de esta disposición”).

<sup>78</sup> Sentencia, c. 38º.

<sup>79</sup> Ver Sentencia, c. 40º (“Que, se puede concluir entonces, que 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 (...”).”).

<sup>80</sup> Sentencia, c. 40º.

Banchile Corredores; y (*iii*) Consorcio Seguros y CF Vida<sup>81</sup>. Asimismo, tampoco existe controversia de que (*i*) son las empresas Banco Consorcio y Banco Falabella (en las que Hernán Büchi nunca participó como director), junto con Banco de Chile, las que compiten *entre sí* en el Negocio Bancario; (*ii*) son las empresas Consorcio Corredores de Bolsa y Banchile Corredores (en las que Hernán Büchi nunca participó como director), las que compiten *entre sí* en el Corretaje de Valores; y (*iii*) son las empresas Consorcio Seguros y CF Vida (en las que Hernán Büchi nunca participó como director) las que compiten *entre sí* en el Negocio de Seguros de Vida<sup>82</sup>. Todo esto se encuentra esquematizado en la Figura 1 de la introducción y bastaba para descartar el Requerimiento, pero no fue así.

53. 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 fallar en (no) implementar mecanismos para impedir que el director común respectivo participe en ellas.

54. 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*”<sup>83</sup>, no aplicó esas reglas y las infringió todas.

55. 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, Falabella y Banco de Chile hayan competido en los Negocios Relevantes**
  - (a) Es jurídicamente imposible que CFSA y Banco de Chile hayan competido en el mercado de Corretaje de Valores, y así se lo respondió la CMF a la FNE

56. 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.

57. 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

---

<sup>81</sup> Adicionalmente, que Banco de Chile es la empresa matriz de la empresa filial Banchile Seguros; y que Falabella es la empresa matriz de la empresa filial Falabella Corredores.

<sup>82</sup> Adicionalmente, son las empresas Banchile Seguros y Falabella Corredores (en las que Hernán Büchi nunca participó como director) las que compiten *entre sí* en el Negocio de Seguros Generales.

<sup>83</sup> Sentencia, c. 47°.

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.

58. 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.

59. En el proceso fue acreditado y no controvertido que CFSA, Banco Consorcio 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 Chile<sup>84</sup>. De hecho, no les imputa (tampoco el Requerimiento) ningún fraude, irregularidad o ‘levantamiento del velo societario’.

60. No obstante, las únicas empresas requeridas por la FNE y condenadas por la Sentencia son CFSA y Banco de Chile (no se requirió a Consorcio Corredores de Bolsa ni a Banchile Corredores). Según el Requerimiento y la Sentencia, *esas* serían *(i)* tanto las empresas en que Hernán Büchi habría participado simultáneamente como director o asesor del directorio; *(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.

61. La propia FNE aportó evidencia al TDLC que confirmó, más allá de toda duda, que CFSA y Banco de Chile 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<sup>85</sup>. El 9 de septiembre de 2022 (folio 169 de la causa paralela Rol TDLC C-437-2021) 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 bolsa o

<sup>84</sup> Ver Sentencia, c. 124°, 127° y 223°.

<sup>85</sup> Ver Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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: *(i)* “Copia de Listado de corredoras de bolsa fiscalizadas por la CMF” a abril de 2024, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado al expediente a folio 402, y *(ii)* certificado notarial de 10 de abril de 2024 que contempla el Listado de Corredores de Bolsa fiscalizados por la CMF, acompañado por Banco de Chile a folio 329 y agregada al expediente a folio 320. Ambos documentos dan cuenta que ni CFSA ni Banco de Chile [requeridas] se encuentran en el listado oficial de corredores de bolsa inscritas y fiscalizadas por la CMF. Ver *también* los documentos: *(i)* 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 400) y; *(ii)* Certificado de fecha 23 de agosto de 2022, expedido por Pablo Onofre Lillo Dussaillant, 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, dentro de las cuales no se encuentra HBB (agregado a folio 401).

agente de valores”<sup>86</sup> 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”)]”<sup>87</sup>.

62. 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”<sup>88</sup> (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 valores<sup>89</sup> (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*”<sup>90</sup> (CFSA no ha sido objeto de dicha sanción, pues nunca ha realizado actividades de Corretaje de Valores).

63. De ese modo, la CMF dejó muy claro que no es siquiera posible sostener que CFSA o Banco de Chile participen –o compitan en– el Corretaje de Valores<sup>91</sup>. Por si quedaran dudas, la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Chile confirmaron que ni CFSA, ni Banco de Chile, ni Hernán Büchi son, ni han sido, correedores de bolsa en Chile, al menos, desde 2017<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> Ver presentación de FNE en la causa Rol TDLC C-437-2021 “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’”).

<sup>87</sup> Ver presentación de FNE en la causa Rol TDLC C-437-2021 “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”).

<sup>88</sup> Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (agregada a folios 406 y 415) (“En dicho contexto, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago manifestó en los considerandos 4º y 5º 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 correedores 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 de pretender mantenerse en dicho registro si desarrolla sólo las actividades complementarias, en virtud del principio ‘accesorium sequitur principale’(que indica que las cosas accesorias que dependan de las principales correrán, material, ideal o jurídicamente la suerte de la cosa principal)’”).

<sup>89</sup> Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (agregada a folios 406 y 415) (“De conformidad al texto de la ley transcrita, es posible desprender en términos generales que son correedores 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”).

<sup>90</sup> Ver Respuesta de CMF de 21 de octubre de 2022 (agregada a folios 406 y 415) (“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”).

<sup>91</sup> Lo mismo reconoció don José Miguel Ried Undurraga en el informe en derecho acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 398, p. 22 (“*Nadie que no sea un corredor de bolsa o agente de valores puede ejercer la actividad de intermediario de valores* sin infringir gravemente la ley e, incluso, cometer delito. Esta regla no contempla excepción alguna, por lo que los controladores de una corredora de bolsa tampoco pueden, en caso alguno, intermediar valores sin incurrir en violaciones a la LMV”).

<sup>92</sup> Ver (i) Respuesta al Oficio N° 151 de la Bolsa de Comercio de Santiago, el 6 de octubre de 2022, que consta a folios 404 y 405; y (ii) Respuesta al Oficio Ordinario N° 152 de la Bolsa Electrónica de Chile, de 23 de septiembre de 2022, que consta a folio 403.

(b) Es jurídicamente imposible que CFSA haya competido en el Negocio Bancario con Banco de Chile y/o con Falabella

64. También se aportaron antecedentes al proceso que demuestran que CFSA no participa ni puede participar del Negocio Bancario. La actividad bancaria es de giro exclusivo, está sometida a la regulación contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, y es fiscalizada por la CMF. CFSA no se encuentra constituida como banco, ni tampoco se encuentra sujeta en *tal calidad* a la fiscalización de la CMF<sup>93</sup>. Falabella tampoco cuenta con dicha autorización, sino que es su empresa filial –Banco Falabella– quién está autorizada por la CMF y sí participa en dicho mercado.

(c) Es jurídicamente imposible que CFSA y Falabella hayan competido en el mercado de Seguros de Vida

65. En cuanto al mercado de emisión de seguros de vida y desgravamen, las compañías que los ofrecen deben estar autorizadas por la CMF. CFSA no cuenta con esa autorización<sup>94</sup>, sino que es la empresa filial –Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A.– quién está autorizada por la CMF y sí participa en dicho mercado. Falabella tampoco cuenta con dicha autorización, sino que es su empresa filial –CF Seguros de Vida S.A.– quién está autorizada por la CMF y sí participa en dicho mercado.

• • • •

66. Eso también debiera haber bastado para rechazar el Requerimiento, pero de nuevo no fue así. Como ya explicamos, donde hay 11 empresas y no coinciden las empresas *asiento* del director o ejecutivo relevante *con* las empresas *competidoras* entre sí en cada Negocio Relevante; la Sentencia *tuerce la realidad* para que pasen a haber solo siete empresas, de modo que *artificialmente* pasen a coincidir las empresas *asiento* del director *con* las empresas *competidoras* entre sí en cada uno de los Negocios Relevantes (*ver Figura 2*). 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**

67. La Sentencia explica que la primera regla legal de interpretación es el inciso primero del artículo 19 del Código Civil<sup>95</sup>, precisando que “ante una disposición que tenga un *sentido claro o evidente*, está vedado al intérprete la utilización de otros elementos que se opongan al lingüístico”<sup>96</sup>. 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*”<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Ver Acta notarial de 10 de abril de 2024, acompañada por Banco de Chile a folio 329 y agregada al expediente a folio 319, que da cuenta de que CFSA no se encuentra dentro del listado actualizado de bancos fiscalizados por la CMF.

<sup>94</sup> Ver <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-18554.html>.

<sup>95</sup> Ver Sentencia, c. 48°.

<sup>96</sup> Ver Sentencia, c. 48°. La Sentencia TDLC 202/2025 expone que esos “otros elementos” serían “*criterios pragmáticos*” (*ver c. 44°*).

<sup>97</sup> Matus y Ramírez (2021): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, (Valencia, 2° Edición, Tirant Lo Blanch) (“Matus y Ramírez (2021)”), p. 178.

68. El TDLC infringió ese límite de entrada. Basta leer la letra d) del artículo 3º 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 Sentencia<sup>98</sup>. En este caso no era legalmente procedente recurrir a criterios pragmáticos para interpretar la norma, como lo hizo la Sentencia.

69. 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*”<sup>99</sup>; 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*”<sup>100</sup>.

70. En efecto, para eludir el límite interpretativo del artículo 19 del Código Civil, la Sentencia argumenta que el tenor literal de la letra d) “*usa una expresión ('empresa competidora')* [no dice ‘empresas competidoras entre sí’] que carece de una definición estricta en derecho de la competencia, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro”<sup>101-102</sup>.

71. Este error de la Sentencia es jurídicamente intolerable, porque desatiende la voluntad del legislador. El legislador sabe escribir. Como explicaron los profesores Felipe Irarrázabal (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]*

<sup>98</sup> Ver §I.B.

<sup>99</sup> Ver Sentencia, c. 47º (“Que, respecto del sentido de la frase ‘empresas competidoras entre sí’ utilizada por la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211, se ha discutido en autos si este concepto es equivalente al de persona jurídica, como sostienen las requeridas, o si es más amplio, como afirma la FNE. Esta discusión está también cruzada por la caracterización del ilícito como uno *per se*, en cuanto ello, de acuerdo con algunas posiciones sostenidas en autos, obligaría a adoptar una interpretación restrictiva de la norma, así como con la distinción entre formas directas e indirectas de interlocking horizontal, pues las requeridas afirman que solo las primeras serían cubiertas por la norma en comento”). La Sentencia TDLC 202/2025 fue mucho más explícita, pues ahí justificó el ejercicio interpretativo de la siguiente forma “Que, ante todo, *es necesario dilucidar el sentido de la frase ‘empresas competidoras entre sí’* utilizada por la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211. Sobre este aspecto, se ha discutido en autos en cuanto a si este concepto es equivalente al de persona jurídica, como sostienen las requeridas, o si es más amplio, como afirma la FNE. La discusión está también cruzada por la caracterización del ilícito como uno *per se*, en cuanto ello, de acuerdo con algunas posiciones sostenidas en autos, obligaría a adoptar una interpretación restrictiva de la norma, así como con la distinción entre formas directas e indirectas de interlocking horizontal, pues las requeridas afirman que solo las primeras serían cubiertas por la norma en comento” (*ver c. 44º*). Por contraste, la Sentencia no declara que se requiera “dilucidar el sentido” de la expresión, sino que se limita a explicar que en el litigio existió discusión a su respecto (discusión que, además, era imposible de evitar atendidos los términos en que se formuló el Requerimiento).

<sup>100</sup> Ver Sentencia, c. 49º (“Que, aplicando estas reglas para interpretar el ilícito de la letra d), su tenor literal usa una expresión (‘empresa competidora’) que carece de una definición estricta en derecho de la competencia, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro”).

<sup>101</sup> Ver Sentencia, c. 48º (“Que, la primera de esas reglas, referida al elemento gramatical o literal, del 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’. Ante una disposición que tenga un sentido claro o evidente, está vedado al intérprete la utilización de otros elementos 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”) y c. 49º (“Que, aplicando estas reglas para interpretar el ilícito de la letra d), su tenor literal usa una expresión (‘empresa competidora’) que carece de una definición estricta en derecho de la competencia, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro. Por otra parte, la norma utiliza la noción de ‘grupo empresarial’ para referirse a la determinación de los umbrales de venta que deben cumplirse para que la norma prohibitiva sea aplicable”).

<sup>102</sup> Esto también fue señalado por la Sentencia TDLC 202/2025, aunque de forma más amplia. *Ver c. 44º* (“(...) 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. (...)”).

*Como sucede gramaticalmente con todos los adjetivos, este viene a limitar, a condicionar o a calificar el sustantivo al que se refiere”<sup>103</sup>; 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”<sup>104</sup>.*

72. 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**

73. La Sentencia explica que, “el artículo 20 del Código Civil frente a una falta de definición legal, obliga a recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, según su uso general”<sup>105</sup>. Acto seguido, recurre al diccionario de la “Real Academia Española”, precisando que aquel define, en su acepción segunda, “‘empresa’ es una ‘unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos’”<sup>106</sup>. 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”<sup>107</sup>.

74. 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’.

75. 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’*”<sup>108</sup>, 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”<sup>109</sup>. 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.

---

<sup>103</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, p. 29.

<sup>104</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, p. 29.

<sup>105</sup> Sentencia, c. 56º.

<sup>106</sup> Sentencia, c. 56º.

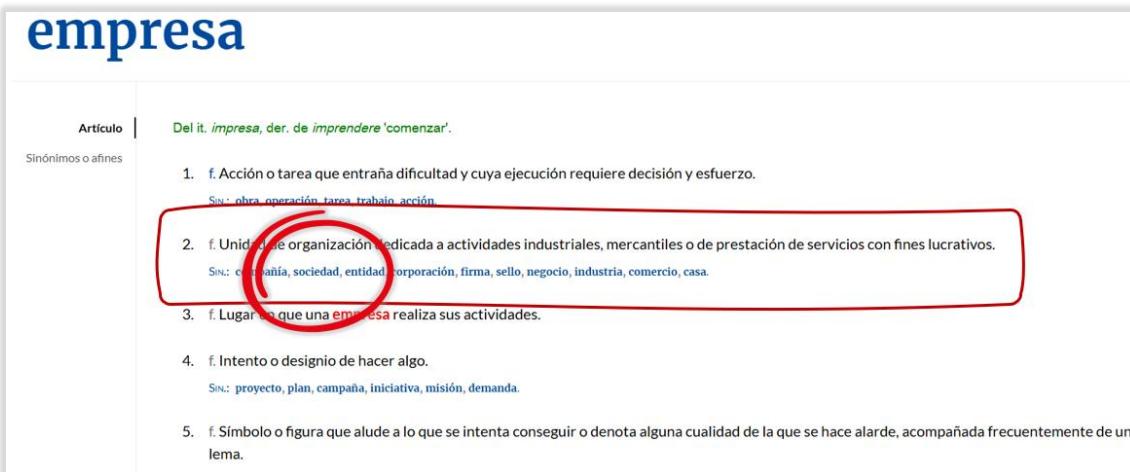
<sup>107</sup> Sentencia, c. 56º.

<sup>108</sup> Matus y Ramírez (2021), p. 179.

<sup>109</sup> Matus y Ramírez (2021), p. 179.

76. 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

77. 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.*”

78. 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 es posible que A sea B y no sea B al mismo tiempo)*”<sup>110</sup>. La Sentencia infringe esos principios lógicos.

<sup>110</sup> Matus y Ramírez (2021), p. 179.

- (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 Hernán Büchi como director; y las tres empresas abstractas conformadas por CFSA con (i) Banco Consorcio, para el Negocio Bancario, (ii) Banco Consorcio y Consorcio Corredores de Bolsa, para el Corretaje de Valores, y (iii) con Consorcio Seguros para el Negocio de Seguros de Vida

79. El literal d) del artículo 3º 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*”<sup>111</sup>.

80. 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 3º 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.

81. 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, (i) la empresa *concreta* (una sociedad determinada con RUT) en cuyo directorio se sentaba Hernán Büchi como director; y (ii) las empresas *abstractas* conformadas por CFSA con (a) Banco Consorcio, que así entendida competiría en el Negocio Bancario, (b) Banco Consorcio y Consorcio Corredores de Bolsa, que así entendida competiría en el Corretaje de Valores, y (c) Consorcio Seguros, que así entendida competiría en el Negocio de Seguros de Vida.

82. CFSA no puede ser *simultáneamente* cuatro cosas distintas entre sí. Consecuentemente, y de forma inevitable, la propia Sentencia expone en más de una ocasión la improcedencia insalvable de su teoría del caso. En particular, sostiene que “no es la persona natural que ocupa el cargo de director o ejecutivo relevante la que tiene tal carácter [de competidor], sino que son las *sociedades o empresas* [en las que se sienta el director] las que deben vincularse en una relación de competencia”<sup>112</sup>, equiparando explícitamente así la voz ‘empresa’ del tipo infraccional del literal d) con la voz ‘sociedad’ (y no con la voz abstracta y más amplia de ‘agente económico’).

---

<sup>111</sup> Requerimiento, p. 17 (¶58).

<sup>112</sup> Sentencia, c. 183º

- (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

83. La Sentencia sigue la tesis del Requerimiento, según la cual el término ‘empresa’ que emplea el literal d) del artículo 3º incluiría “a todas las **entidades controladas** por un **mismo centro de decisiones** independiente”<sup>113</sup>.

84. 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 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’ (¶ 63)	Ley 18.045: ‘grupo empresarial’ (Art. 96.b))
“[e]l concepto de <b>empresa</b> competidora del artículo 3 inciso segundo letra d) del DL 211 incluye <b>a todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente</b> . <b>En efecto</b> , si una sociedad está en posición de ejercer <b>influencia en el comportamiento</b> competitivo de las <b>filiales u otras empresas</b> relacionadas, o define derechamente tal comportamiento, está formando parte del proceso de toma de decisiones competitivas, debiendo por lo tanto considerarse <b>parte de la misma unidad económica</b> ”.	“ <b>Grupo empresarial</b> es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la <b>actuación económica y financiera</b> de sus integrantes está guiada por los <b>intereses comunes del grupo</b> 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. <b>Forman parte de un mismo grupo empresarial</b> : (...) b) Todas las <b>sociedades</b> que tienen un <b>controlador común</b> , 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, ¶ 63)	Criterio de la Ley 18.045 para definir al ‘grupo empresarial’	Resultado
<b>Concepto</b>	<b>Forman la ‘empresa’</b> : “todas las entidades controladas por un <b>mismo centro de decisiones independiente</b> ”.	<b>Forman el ‘grupo empresarial’</b> : “todas las sociedades que tienen un <b>controlador común</b> , y este último, (...).” (Art. 96.b)).	<b>Mismo concepto</b> (control común).
<b>Factor determinante del concepto</b>	<b>Se está frente a un ‘mismo centro de decisiones independiente’ cuando</b> : “una sociedad está en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de las filiales u otras empresas”.	<b>Es ‘controlador’ de una sociedad, quien tiene poder para: “influir decisivamente en la administración de la sociedad”</b> (Art. 97 b)).	<b>Mismo determinante</b> (control por vía de influencia decisiva).

85. 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

<sup>113</sup> Requerimiento, p. 19 (¶63).

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 (...)"<sup>114</sup>.

86. 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– 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’<sup>115</sup>.

87. 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 económico<sup>116</sup>; mientras que en el ‘grupo empresarial’ el control sería predeterminado por “una regla de clausura basada en una decisión del regulador, que está limitada por los criterios establecidos en la misma disposición [literal c) del artículo 96 de la LMV]”<sup>117</sup>. 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”<sup>118</sup>, 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

<sup>114</sup> Informe elaborado por Jorge Grunberg Pilowsky, acompañado por la FNE a folio 208 y agregado a folio 206, ¶ 74 y nota al pie 73, p. 25.

<sup>115</sup> Ver Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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 CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, pp. 29-30 (“Por lo demás, el mismo legislador diferencia entre empresa competitidora 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 competitadoras 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 competitidora y el grupo al que pertenece. La primera mención: empresa competitidora 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 competitadoras y que, a mayor abundamiento, no entiende como conceptos idénticos empresa competitidora 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 competitidora 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. Esta interpretación conduciría, por lo demás, a ampliar el sentido y alcance de la norma más allá de su tenor literal”).

<sup>116</sup> Ver Sentencia, c. 57º; FNE, Guía de Competencia, ¶ 54, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

<sup>117</sup> Sentencia, c. 60º.

<sup>118</sup> Sentencia, c. 61º.

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’”<sup>119</sup>.

88. La Sentencia yerra, 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 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’

89. 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 no se refiere a los preceptos del DL 211 que emplean los mismos términos de la letra d) y se ocupan de riesgos específicos equivalentes*

90. La Sentencia infringe directamente el artículo 19 del Código Civil cuando reconoce que desatendió el tenor literal de la letra d), a pretexto de encontrar el supuesto espíritu del ilícito infraccional. En efecto, sostiene que “el **ejercicio interpretativo lleva a comprender la razón** de por qué el legislador recurrió al concepto de ‘empresa’ [y no ‘*empresa competidora entre sí*’], que no tiene un contenido específico, en lugar de ‘sociedad’ o ‘persona jurídica’”<sup>120</sup>.

91. En este punto la Sentencia difiere de la dictada en el proceso paralelo relativo a la misma infracción. En el proceso Rol TDLC 437-2021, el TDLC argumentó 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 dos disposiciones que cita (artículos 11 y 39 f) del DL 211)<sup>121</sup>.

92. El Recurso de Reclamación presentado el 29 de abril de 2025 por CFSa en contra de esa sentencia (la N° 202/2025) demostró que ese razonamiento es equivocado<sup>122</sup>. Los

<sup>119</sup> Sentencia, c. 61º.

<sup>120</sup> Sentencia, c. 51º.

<sup>121</sup> Ver Sentencia 202/2025, c. 44º.

<sup>122</sup> Véase Excmo. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 21436-2025.

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.

93. Si bien en la Sentencia no incluyó ese error, pervive en ella un sensible vacío. La Sentencia no se refiere a los artículos 4 bis y cuarto transitorio, que son las *únicas* disposiciones del DL 211 que, como el literal d) del artículo 3º: (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 (se trata de *el mismo legislador*); 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.

94. 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”.

95. 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 3º 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 3º 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.

96. 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 3º 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’*

97. 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*”<sup>123</sup>); o precisando que la relación puede ser “*directa o indirecta*” (artículo 4 bis).

98. 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 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
<p>La adquisición, por parte de una empresa <b>o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial</b>, de participación, <b>directa o indirecta</b>, 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 3º.</p> <p>La obligación de informar establecida en el inciso anterior sólo se aplicará en el evento que la empresa adquirente, <b>o su grupo empresarial, según corresponda</b>, 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.”</p>	<p>“La adquisición, por parte de una empresa <b>o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial</b>, de participación, <b>directa o indirecta</b>, 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 3º.</p> <p>La obligación de informar establecida en el inciso anterior sólo se aplicará en el evento que la empresa adquirente, <b>o su grupo empresarial, según corresponda</b>, 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.”</p>

<sup>123</sup> 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 3º letra d) y el artículo 4 bis.

99. La claridad del artículo 4 bis y su indudable utilidad para comprobar que la tesis del Requerimiento y la Sentencia es ilegal, fue asimismo recogida y explicada por los profesores Soledad Krause y Felipe Irarrázabal<sup>124</sup>.

100. Por último, el intento de la Sentencia por equiparar la voz ‘empresa’ al término técnico ‘agente económico’ falla tan pronto se intenta aplicarlo. Hagamos el ejercicio y testeemos el argumento.

- (a) El TDLC señala que la expresión ‘empresa’ referiría a “quién es el **agente económico** que desarrolla una actividad, y la forma jurídica, simple o compleja, que utiliza para ello”<sup>125</sup>.
- (b) Consecuentemente la letra d) pasaría a sancionar (podría leerse como): “la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más **empresas** **agentes económicos** competidora(e)s entre sí (...)" (el cambio es agregado).
- (c) Ello supone que la fórmula más amplia de ‘agente económico’ no sería conocida o utilizada por el legislador y, por tanto, toca al juzgador construirla e integrarla por vía de interpretación a la norma. De lo contrario, es obvio, el legislador la habría usado.
- (d) Lo cierto, es que el legislador *sí* conoce y *emplea explícitamente* la fórmula ‘agente económico’ cuando quiere referirse a un elemento típico más amplio que el de ‘empresa’. Lo hizo *antes* de dictar el literal d), al incorporar el literal b) de la misma norma (“La explotación abusiva por parte de un **agente económico**, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado (...)" ); y lo volvió a hacer **conjuntamente (en la misma época)** al dictar el literal d), en la misma Ley 20.945
- (e) Es más, en la Ley 20.945 el legislador definió explícitamente el término “agente económico”, en el inciso final del incorporado artículo 47 del DL 211. Dice la norma: “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”.
- (f) En consecuencia, no es lógico, procedente ni admisible, que el TDLC pretenda reemplazar en la letra d) el elemento típico ‘empresa’, por un concepto que el legislador del DL 211 conoce, utiliza (en otros preceptos) y define expresamente, como es el de ‘agente económico’.

101. Recordemos que el artículo 23 el Código Civil instruye al juzgador que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, ordenando a renglón seguido que “la extensión que deba darse a toda ley, se

---

<sup>124</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, 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.”).

<sup>125</sup> Sentencia, c. 62º.

determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes". La Sentencia infringió claramente dicha norma, al pretender extender su alcance por la vía de reemplazar *de facto* la voz 'empresa' (incluida explícitamente en la norma) por la fórmula 'agente económico' (excluida deliberadamente de la norma).

(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*

102. 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"<sup>126</sup>, obedece al "entendimiento que ha demostrado tener el H. Tribunal invariablemente en sus sentencias"<sup>127</sup>. La Sentencia hizo suyo el argumento citando los mismos casos que el Requerimiento<sup>128</sup>.

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

104. 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<sup>129</sup>. 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

<sup>126</sup> Requerimiento, p. 19 (¶63).

<sup>127</sup> Requerimiento, p. 18 (¶62).

<sup>128</sup> Ver Sentencia, c. 59º.

<sup>129</sup> En este sentido, la propia FNE reconoce en su Guía de Competencia que el análisis de 'unidad económica' bajo los términos de la Guía –replicados en la Sentencia– "no tiene por finalidad analizar la licitud o ilicitud de conductas que puedan haber sido desplegadas y/o existir en los mercados en los que participan los agentes económicos que se concentran" (p. 3), ya que solo busca "dar a conocer el marco analítico con que la Fiscalía evaluará si una operación de concentración -en su dimensión horizontal- cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia, en los términos establecidos en el Título IV del DL 211" (p. 2).

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*”<sup>130</sup>.

105. 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 caso<sup>131</sup>; y *(ii)* se pruebe un acto reprochable a la filial, lo que tampoco se verifica en este caso<sup>132</sup>. Producto de lo anterior, incluso si la Sentencia llevara la razón en este punto (no la lleva), el Requerimiento igualmente debería haber sido rechazado por falta de legitimación pasiva necesaria, al no haberse dirigido en contra de *todas* las personas jurídicas que integrarían cada ‘*empresa competidora (entre sí)*’.

106. Se hace patente un sesgo de confirmación en 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*.

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

- (a) *Distinguió* 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 3º* del D.L. N° 211, que *lo prohíbe*” y, en cambio, *(ii)* sí impuso medidas respecto del

<sup>130</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, p. 38-40 . Ver asimismo Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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”).

<sup>131</sup> 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. 294º; Sentencia N° 167/2019, c. 79º”).

<sup>132</sup> 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. 294º; Sentencia N° 167/2019, c. 79º”).

riesgo de *interlocking* horizontal *indirecto* que podía verificarse en ese caso en su accionista común y relevante (Copec)<sup>133</sup>.

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

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

109. 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’.

110. 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”<sup>134</sup>. Se equivoca<sup>135</sup>.

111. En particular, la Sentencia sostiene que el Informe FNE de 2013 no sería relevante para analizar el elemento histórico de interpretación, por cuanto no formaría parte de la historia fidedigna de la Ley 20.945. Argumenta que (i) constituiría un antecedente previo a la reforma legal y, entonces, solo habría servido meramente de contexto<sup>136</sup>; y (ii) en la tramitación parlamentaria de la Ley 20.945 no se habría debatido planteamiento alguno referente a la distinción entre *interlocking* horizontal *directo* o *indirecto* (como sí ocurre en dicho documento), limitándose el debate a otros aspectos de la norma<sup>137</sup>.

112. El problema, una vez más, surge porque el TDLC omitió y descartó evidencia relevante. Si bien el Informe FNE de 2013 es –como cualquier otra fuente, por definición– 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 3º. 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 *fuente directa* de la nueva normativa”<sup>138</sup>;

<sup>133</sup> Ver § LB(2), ¶¶ 32-35.

<sup>134</sup> Sentencia, c. 55º.

<sup>135</sup> Guzmán Brito, Alejandro (2011): *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Abeldo Perrot, 2ª Edición), p. 105 (“Bello ilustró este último modo en la nota al artículo 17 inciso 2º del ‘Proyecto de 1853’: ‘La historia fidedigna del establecimiento de una ley sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo al tiempo de discutirse el proyecto’ [...] Es claro que lo dicho acerca de los debates parlamentarios se aplica también a otros instrumentos, como el texto del mensaje o de las mociones, también a las actas de sesiones de las comisiones que suelen elaborar los proyectos’”).

<sup>136</sup> Ver Sentencia, c. 53º (“Sin perjuicio de lo anterior, el Informe FNE 2013 es anterior a la reforma legal que incorporó la letra d) al inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211, de modo que solo es un elemento de contexto para efectos de establecer su verdadero sentido”).

<sup>137</sup> Ver Sentencia, c. 54º (“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”).

<sup>138</sup> 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

- (b) Así lo reconoció ante el TDLC el entonces Subfiscal Nacional Económico y autor de dicho informe, don Mario Ybar, declarando que *(i)* el Informe FNE tenía por objeto que los riesgos descritos se incorporaran a la institucionalidad regulatoria nacional<sup>139</sup> y *(ii)* 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*<sup>140</sup>;
- (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)”<sup>141</sup>; y
- (d) Así, de hecho, lo ha entendido y aplicado toda la comunidad jurídica nacional al interpretar la letra d)<sup>142</sup>.

113. 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 –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.

114. Por último, es natural –y para nada extraño– que no se haya debatido *explícitamente* planteamiento alguno en la historia parlamentaria de la ley referente a la distinción entre *interlocking* horizontal *directo* o *indirecto* sobre el tipo del literal d), precisamente, porque desde un inicio la norma describió aquel *directo* con total claridad y cuidado. Simplemente, no había aspectos dudosos que debatir sobre el punto. Había un entendimiento compartido respecto de qué significaba la frase “*empresas competidoras entre sí*” que nunca se disputó, ni fue necesario aclarar.

---

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).

<sup>139</sup> Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 19.

<sup>140</sup> Declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 18.

<sup>141</sup> Historia de la Ley N° 20.945 (“Perfecciona el sistema de la libre competencia”), acompañada a folio 73 y agregada al expediente a folio 72, 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.

<sup>142</sup> Ver §I.B

**(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**

115. 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 es claro*.

116. 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).

117. 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.

118. Los informes en derecho acompañados al expediente son claros al respecto<sup>143</sup>, incluido el Informe Goldenberg (acompañado por la FNE)<sup>144</sup>. En particular, los profesores Soledad Krause y Felipe Irarrázabal explican que la configuración de la prohibición expresa de *interlocking* del artículo 3º letra d), “se traduce en las consecuencias prácticas antes mencionadas: una *simplificación de la prueba* para quien sustenta la acusación, y un *imperativo de interpretación restrictiva*”<sup>145</sup>. Del mismo modo, el profesor Eduardo Cordero (*i*) describe la jerarquía constitucional del principio de tipicidad<sup>146</sup>, (*ii*) destaca su plena recepción en materia de libre competencia<sup>147</sup> y (*iii*) concluye advirtiendo que la manifestación de dicho principio exige una interpretación restrictiva del literal d) del artículo 3º<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Ver Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSa a folio 414 y agregado a folio 396, p. 22; informe en derecho elaborado por el profesor Eduardo Cordero, acompañado por Banco de Chile a folio 303 y agregado a folio 301 (“Informe Cordero”), pp. 22-23 y 24; Informe Valdés, acompañado por CFSa a folio 414 y agregado a folio 330, p. 3.

<sup>144</sup> Ver Informe Goldenberg, acompañado por la FNE a folio 208 y agregado a folio 207, p. 39 (“[E]l artículo 3º, 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)”.

<sup>145</sup> Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSa a folio 414 y agregado a folio 396, 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 simplificación de la prueba para quien sustenta la acusación, y un imperativo de interpretación restrictiva”).

<sup>146</sup> Ver Informe Cordero, acompañado por Banco de Chile 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”).

<sup>147</sup> Ver Informe Cordero acompañado por Banco de Chile 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’”).

<sup>148</sup> Ver Informe Cordero acompañado por Banco de Chile 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

119. 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 3°; 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

120. 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”<sup>149</sup>. 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 3° que incluya hipótesis indirectas, así como ocurre en la normativa de los Estados Unidos. El derecho chileno dicta empero otra cosa.

121. 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 3°, 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 <b>dos o más empresas competidoras entre sí</b> , siempre que el <b>grupo empresarial</b> al que <b>pertenezca cada una</b> 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 <b>dos o más empresas</b> , cualquiera de las cuales tenga capital, excedente y utilidades totales que sumen más de \$1,000.000 (...) si dichas empresas <b>son o han sido</b> hasta ahora (...) <b>competidores</b> , 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”

122. 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 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 distinta<sup>150</sup>.

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”).

<sup>149</sup> Sentencia, c. 64°.

<sup>150</sup> Ver Informe Krause-Irarrázabal, acompañado por CFSa a folio 414 y agregado a folio 396, 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 pertenezcan*, 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”).

- (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

123. Por último, la Sentencia argumenta que “para el caso concreto que debe resolverse en estos autos, ***de seguirse una interpretación restrictiva*** de la noción de empresa como la 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”<sup>151</sup>.

124. 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’<sup>152</sup>. 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<sup>153</sup>.

125. 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 211<sup>154</sup>.

## **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 POR UNA INFRACCIÓN IMPOSIBLE DE CUMPLIR Y PREVER, QUE ANALIZÓ PER SE Y QUE DERECHAMENTE NO EXISTE EN EL DL 211**

126. 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 211<sup>155</sup>, 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***”<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> Sentencia, c. 59°.

<sup>152</sup> Ver Sentencia, c. 56°.

<sup>153</sup> Ver Sentencia, c. 127°.

<sup>154</sup> Ver Informe Krause-Irrázabal, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 396, 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 entorpeza 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, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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. 105 y ss.

<sup>155</sup> Ver Sentencia, c. 11°-16°.

<sup>156</sup> Sentencia, c. 38°.

127. El literal d) del artículo 3º 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***<sup>157</sup>, y la norma excluye la existencia de más de un sujeto activo<sup>158</sup>.

128. Al Requerimiento todo eso le dio lo mismo, y se dirigió *también* contra CFSA, Banco de Chile y Falabella. A la Sentencia también le dio lo mismo, y condenó a CFSA y Banco de Chile. 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 3º. En lugar de eso se inventaron una infracción *nueva*.

129. No exageramos. Según la Sentencia, CFSA es responsable, (i) “por el hecho de encontrarse en la ***obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito*** acusado o lograr que finalizara, mediante actos positivos”<sup>159</sup>; (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”<sup>160</sup>; y (iii) porque sería(n) “los ***agentes económicos que se verán beneficiados*** por algún acto de coordinación, producto de un entrelazamiento ilícito [como resultado del *interlocking*]”<sup>161</sup>. Todas esas razones son improcedentes y su aplicación por la Sentencia infringe la ley.

<sup>157</sup> Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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 prohibe 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’”). En el mismo sentido: (i) Informe Ybar (acompañado por Banco de Chile a folio 303, agregado a folio 302), p. 1 ([“D]ado su carácter excepcional, la letra d) en cuestión debe interpretarse restrictivamente, alcanzado únicamente a la persona natural que tenga ‘participación simultánea’ en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”, justamente aquel que necesariamente debió saber de la vulneración de la norma al aceptar un cargo en una empresa competidora de aquella en que no se encontraba desarrollando funciones (...”), e (ii) Informe Cordero (acompañado por Banco de Chile a folio 303, agregado a folio 301), p. 25 (“En efecto, tal como se ha indicado, este ilícito exige que una misma persona natural se desempeñe simultáneamente como director o ejecutivo relevante en empresas competidoras. De esta forma, la forma en que nuestro ordenamiento ha tipificado este ilícito anticompetitivo limita la calidad que debe tener el sujeto activo sólo a personas físicas o naturales”).

<sup>158</sup> Ver Informe Valdés, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 330, 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”).

<sup>159</sup> Sentencia, c. 183º.

<sup>160</sup> Sentencia, c. 183º.

<sup>161</sup> Sentencia, c. 183º.

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

130. La Sentencia no señala de forma precisa qué actos positivos específicos, supuestamente, debía haber ejecutado CFSA para impedir que Hernán Büchi fuera elegido director de CFSA y, luego, para lograr que cesara en su cargo. Lo más cercano a eso está reseñado en los considerandos 181° y 177°, 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**

131. En su considerando 181°, 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**”.

132. La Sentencia se equivoca, porque va contra lo que expresamente dice la Ley de Sociedades Anónimas (“*los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas (...) a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron*”<sup>162</sup>), a la vez que 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 accionistas<sup>163</sup> en *calidad de tales*, actuando según *su mejor interés*<sup>164-165</sup>.

133. CFSA acompañó a estos autos dos informes en derecho sobre este punto, uno de ellos elaborado por don Enrique Alcalde Rodríguez (el “*Informe Alcalde*”)<sup>166-167</sup>. Sorprende que la Sentencia<sup>168</sup>, aunque le reconoce autoridad al profesor Alcalde en materia de derecho corporativo, no dedique espacio a las claras (y evidentes) conclusiones del Informe Alcalde.

<sup>162</sup> LSA, artículo 39. La absoluta claridad de este precepto es tal que la Superintendencia de Valores y Seguros ha explicado que “[*la elección de los integrantes* del órgano de la administración de la sociedad *la hacen los accionistas*, reunidos en la junta legalmente celebrada [...]]” (ver Oficio N° 2.632 (20 de mayo de 1998), documento acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 362).

<sup>163</sup> Ver artículo 31 de la LSA.

<sup>164</sup> 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.”).

<sup>165</sup> Ver artículo 66 inc. 1º 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 414 y agregado al expediente a folio 360) 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 414 y agregado al expediente a folio 361).

<sup>166</sup> El Informe Alcalde fue acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 399.

<sup>167</sup> Además del Informe Alcalde, CFSA acompañó a folio 414 (agregado a folio 397) un informe en derecho elaborado por José Miguel Ried Undurraga (el “*Informe Ried-Directores*”). Las conclusiones del Informe Ried-Directores coherentes con las del Informe Alcalde: “[*Los accionistas*, reunidos en junta, *expresan individualmente su preferencia personal* respecto de los distintos candidatos mediante el sistema de votación. En el acto de la votación cada accionista manifiesta su propio interés y no el interés de la sociedad, *por lo que dicho acto no puede serle atribuida a esta última* (...)]” (p. 15).

<sup>168</sup> Sentencia, c. 146°.

134. 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”<sup>169</sup>.

135. 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 consuma una vez que la persona 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”<sup>170</sup>.

136. Por último, la propia Sentencia termina asumiendo la improcedencia de imputarle responsabilidad a CFSA por la designación de Hernán Büchi 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***)<sup>171</sup>), 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.

137. Lamentablemente, la Sentencia solo consideró el informe en derecho del profesor Goldenberg, acompañado por la FNE. El TDLC eligió su opinión y no explicó, ni se hizo cargo, de los argumentos expuestos por el Informe Alcalde que demuestran la improcedencia del Informe Goldenberg. Confiamos en que la Excma. Corte apreciará toda la prueba y antecedentes acompañados y, entonces, le será aún más fácil concluir que la tesis infraccional de la Sentencia aplicada a CFSA no es jurídicamente admisible, ni siquiera posible, conforme al derecho corporativo de sociedades anónimas chileno.

(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

138. 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)”<sup>172</sup>; (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)”<sup>173</sup>; y, en consecuencia, (iii) “la administración social no tiene atribuciones para revocar a un director

<sup>169</sup> Informe Alcalde, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 399, p. 20.

<sup>170</sup> Informe Alcalde, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 399, p. 20.

<sup>171</sup> Sentencia, c. 183º.

<sup>172</sup> Sentencia, c. 174º.

<sup>173</sup> Sentencia, c. 174º.

designado por la junta de accionistas, aun si su mantención en el cargo supone la comisión de un ilícito”<sup>174</sup>.

139. No obstante, la Sentencia igualmente sostiene que CFSA es responsable por la no revocación de Hernán Büchi 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 Hernán Büchi como director<sup>175</sup>.

140. 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 Hernán Büchi)<sup>176</sup>.

141. Por lo mismo, no sorprende que la propia Sentencia termine asumiendo nuevamente su error. En su considerando 177º 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 insostenible que la Sentencia invente un tipo infraccional de *omisión*, per se, de *peligro abstracto* y de *cumplimiento imposible*. Ello no superar ningún test de constitucionalidad**

142. 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 Hernán Büchi participara como director de CFSA.

---

<sup>174</sup> Sentencia, c. 174º.

<sup>175</sup> Ver Sentencia c. 175º y 176º.

<sup>176</sup> Ver Informe Alcalde, acompañado por CFSA 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, 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”).

- (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 3º que le imputa la Sentencia.

143. 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).

144. 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.

**(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***

145. 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**

146. 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.

147. 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 los Negocios Relevantes; a los inversionistas o afiliados de fondos que participen en propiedad de la sociedad, en caso de que aumente el precio de la acción (a modo de ejemplo, basta tener presente que las administradoras de fondos de pensiones son accionistas de Banco de Chile y Falabella S.A.); 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

148. La Sentencia establece que las empresas requeridas alegaron no haber recibido beneficios producto de los hechos imputados; constata que la FNE no rindió prueba a dicho respecto; y, en definitiva, no establece la existencia ni el monto de dicho hipotético beneficio<sup>177</sup>.

149. 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.

### **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**

150. Como fue explicado y acreditado en el proceso, incluso en el hipotético caso que el literal d) del artículo 3º 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’.

151. 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.

152. 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.

---

<sup>177</sup> Ver Sentencia, c. 257º (“Que, respecto al beneficio económico, la requirente no ahonda en el análisis de este factor, ni tampoco aportó prueba sobre este aspecto. Por su parte, Banco de Chile y Consorcio señalan que no obtuvieron beneficio económico con motivo de la infracción. [...] En este caso, como se indicó en la consideración ducentésimo cuadragésimo, la cuantificación de un beneficio económico resulta difícil, especialmente considerando la ausencia de prueba sobre el mismo y que la norma infringida busca prever un riesgo, sin que sea necesario acreditar que éste se haya concretado. Con todo, en términos conceptuales, quedó establecido que Hernán Büchi accedió a información comercialmente sensible de las empresas, la cual, durante su desempeño como director o asesor, pudo afectar sus decisiones respecto del proceso competitivo de las empresas requeridas. En cualquier caso, ante la falta de antecedentes concretos, no se considerará el beneficio económico como agravante de la infracción para efectos del cálculo de la multa, sin perjuicio de que los ingresos obtenidos por Banco de Chile y Consorcio durante el período que se cometió la infracción serán considerados para la fijación de la cuantía de la sanción”).

**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 excusación**

153. 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*”<sup>178</sup>. Ese es el único argumento que ofrece la Sentencia y es equivocado.

154. La excepción de error por confianza legítima no constituye jurídicamente una eximente de responsabilidad, sino una causal de excusación. 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 excusación* 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 excusación no se encuentran reguladas expresamente en la ley (v.gr., el error de prohibición en materia penal). Sin ir más lejos, la propia Sentencia reconoce este criterio, al conceder un eximente de responsabilidad (aunque, técnicamente, ello corresponde a una causal de excusación) para las personas jurídicas como sujetos activos de la infracción del literal d) del artículo 3º, en virtud del cual su responsabilidad pasaría a sus accionistas<sup>179</sup>.

155. 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 3º 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*).

156. Ese entendimiento global, pacífico y difundido provocó en CFSA un error invencible sobre la pretendida ilicitud de la participación simultánea de Hernán Büchi en los directorios de CFSA, Banco de Chile y Falabella, debidamente acreditado en juicio. Sin ir más lejos, la

<sup>178</sup> Sentencia, c. 193º.

<sup>179</sup> Sentencia, c. 177º (“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”).

propia Sentencia consideró como *atenuantes* de la multa impuesta a los materiales de promoción (*advocacy*) publicados por la FNE relativos al *interlocking*<sup>180</sup>.

157. 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**

158. 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.

159. Equivocadamente, la Sentencia conceptualizó en este juicio el principio de confianza legítima de forma acotada, limitándolo exclusivamente a su dimensión patrimonial. En base 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 3º letra d) del DL 211<sup>181</sup>.

160. 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 caso<sup>182</sup>. 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<sup>183</sup>, 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 Iltre. 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 Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco que había denegado la acción argumentando que dicha municipalidad había generado en el administrado la

<sup>180</sup> Ver Sentencia, c. 262º (“Que, respecto del resto de circunstancias que las infractoras invocan en sus contestaciones para excluir o mitigar la sanción, tratadas en la subsección E.4, **se ha acreditado que la FNE ha publicado información en general sobre el ilícito de la letra d) que puede calificarse de ambigua** (véase, considerando ducentésimo undécimo y ducentésimo duodécimo) y, además, se han 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 cómputo de la multa”).

<sup>181</sup> Ver Sentencia, c. 209º (“Que cabe señalar que tanto el requerimiento interpuesto en autos rol C N° 437-2021 como el de este procedimiento, son las primeras acciones ejercidas 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 a ellas en que la FNE se haya 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”).

<sup>182</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022.

<sup>183</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022, C. 12º (“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”).

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 reclamada<sup>184</sup>.

161. Por contraste, por sentencia de 23 de diciembre de 2020 (Rol 237-2020) la Iltma. 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*, ni que dicha causal exculpante estuviera contemplada expresamente en una ley. 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**”<sup>185</sup>.

162. 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*”<sup>186</sup>. Esa hipótesis se ve agravada cuando la administración incurre en actos de tolerancia respecto de la conducta que después pretende perseguir<sup>187</sup>. 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.

163. 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*”<sup>188</sup>, 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*

<sup>184</sup> Excmo. Corte Suprema, sentencia de 13 de abril de 2022, Rol 10841-2022, C. 13º (“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”).

<sup>185</sup> Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 14º.

<sup>186</sup> Barrientos Castro, Elías (2019): *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Santiago, Ediciones Der), pp. 89-96

<sup>187</sup> 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”).

<sup>188</sup> Sentencia, c. 196º Esta equivocada interpretación es repetida en el c. 209º (“(...) tanto el requerimiento interpuesto en autos rol C N° 437-2021 como el de este procedimiento, son las primeras acciones ejercidas 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 a ellas en que la FNE se haya 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”).

*antijuridicidad en la conducta*<sup>189</sup>, el que puede provenir –como en este caso– ‘del deficiente asesoramiento proporcionado por la propia administración’.

164. 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

165. Al analizar la procedencia de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CDSA, 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*”).

166. 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.

167. 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 FNE y provocar confianza legítima en los particulares, y *jurídicamente relevante*, puesto que analiza la institución de la confianza legítima<sup>190</sup> en el marco de un proceso sancionatorio, no meramente patrimonial.

168. La Sentencia, sin embargo, solo consideró el Informe Pierry como apoyo de sus propias conclusiones<sup>191</sup>. Desestimó por completo el Informe Bascuñán-Tschorne pues consideró que los hechos allí invocados, referidos a los actos de la FNE que ya hemos revisado<sup>192</sup>, no serían útiles por no consistir en un acto administrativo concreto de la FNE (“*una resolución administrativa válida*”)<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 13º.

<sup>190</sup> El Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CDSA a folio 414 y agregado a folio 331, 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”).

<sup>191</sup> Ver Sentencia, c. 196 (“Que la doctrina anterior va en línea con lo expuesto en el Informe Pierry en cuanto a 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 307, p. 37)”).

<sup>192</sup> Ver Sentencia, c. 211º (“No obstante, no se comparten las conclusiones del Informe Bascuñán-Tschorne (informe de folio 331, acompañado por Consorcio a folio 414, p. 34), pues éstas se fundan en la caracterización de los documentos antes señalados como una “práctica interpretativa” de la FNE, para sustentar la aplicación del principio de confianza legítima. En particular, el referido informe en derecho, si bien reconoce 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”).

<sup>193</sup> Ver Sentencia, c. 211º (“Con todo, como ya se dejó asentado, 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”).

169. En fin, 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 3º del DL 211<sup>194</sup>.

170. En *segundo lugar*, el Informe Bascuñán-Tschorne –en línea con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema<sup>195</sup>– 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 FNE<sup>196</sup>.

171. 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 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<sup>197</sup>; 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 3º (y no de la letra d), reservada para los casos de interlocking horizontal *directo*)<sup>198</sup>.

172. Por lo demás, y como adelantamos, la FNE mantiene en su *sitio web*<sup>199</sup> un informe en derecho que encargó para justificar la preparación, publicación y difusión de cierto ‘*material de promoción*’. Dicho informe justifica la conveniencia de que la FNE elabore ‘*material promocional*’, entendiendo por tal cualquier antecedente que dé cuenta de “los **criterios**

<sup>194</sup> Ver Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 331, 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 equipará el tratamiento legal del interlock horizontal indirecto en la modalidad matriz-subsidiaria al tratamiento del interlock horizontal directo’.”).

<sup>195</sup> Excm. Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 11 de enero de 2017 (Rol N° 28422-2016), c. 7º (“Si bien no se trata en este caso de la manifestación de voluntad de la Administración a través de un acto administrativo, ciertamente es posible considerar que los contenidos publicados por el Instituto de Salud Pública a través de su página web, con el objeto de informar a los interesados sobre ciertos criterios del organismo, generan una legítima expectativa en el administrado en relación a la conducta que tendrá el órgano (...)”).

<sup>196</sup> Ver Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSA a folio 414 y agregado a folio 331, 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”).

<sup>197</sup> Transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 20.

<sup>198</sup> Transcripción de la declaración testimonial de don Mario Ybar Abad, de 19 de octubre de 2022 en el proceso Rol TDLC C-437-2021, cuya transcripción corregida fue acompañada por CFSA a folio 414 y agregada a folio 392, p. 18.

<sup>199</sup> Ver <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-guia-de-querellas-en-casos-de-colusion/>. El Informe también está disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf).

*orientadores* de la actividad interna de la FNE”<sup>200</sup>, de la siguiente forma: “la formulación anticipada y con carácter general y abstracto de la interpretación que la FNE da a las disposiciones legales **excluye la posibilidad** de una **reacción institucional ex post facto basada en consideraciones particulares** por **motivos distintos de la imparcial sujeción a la ley**”<sup>201</sup>. En este caso no se respetó esa finalidad.

173. Finalmente, y en *tercer lugar*, el Informe Bascuñán-Tschorne: (i) analizó la admisibilidad de la excepción de error por confianza legítima opuesta por CFSAs 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”<sup>202</sup>.

• • • • •

174. En el capítulo siguiente veremos que, incluso en el hipotético caso que el literal d) del artículo 3º se hubiera referido a ‘*grupos empresariales competidores*’, las sociedades anónimas pudieran ser sujetos activos de dicha infracción y se resolviera que a CFSAs 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 CFSAs

175. 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 (ocurrida el 13 de enero de 2022). Según la Sentencia, la acción típica del literal d) del artículo 3º es de carácter permanente<sup>203</sup>, por lo que el elemento determinante para que comience a correr el plazo de prescripción sería el cese de la conducta imputada<sup>204</sup>.

<sup>200</sup> Awad, A; Bascuñán, A; Chaves, M; y Contreras, M: (2017): Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión (Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf)), p. 13.

<sup>201</sup> Awad, A; Bascuñán, A; Chaves, M; y Contreras, M: (2017): Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión (Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia\\_querella\\_colusion.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf)), p. 16.

<sup>202</sup> Ver Informe Bascuñán-Tschorne, acompañado por CFSAs a folio 414 y agregado a folio 331, ¶ 92.

<sup>203</sup> Ver Sentencia, c. 149º (“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. 14º; Sentencia N° 191/2024, c. 64º)”).

<sup>204</sup> Ver Sentencia, c. 150º (“Que, como se desprende de los considerando anteriores, la conducta imputada no se extingue con el nombramiento del acusado en el cargo, sino que la participación se sigue materializando y ejecutando mientras se mantenga la simultaneidad en el ejercicio de los cargos y esta no se interrumpa por medio de la renuncia o cese en alguno de ellos”).

176. La Sentencia considera erradamente que el cese de la conducta “se mantuvo, al menos, hasta la fecha de la interposición del requerimiento, el 27 de diciembre de 2021, *sin que se hubiese iniciado el cómputo del plazo de prescripción* de tres años establecido en el artículo 20 del D.L. N° 211”<sup>205</sup>.

177. Este razonamiento desatiende la regla de cómputo establecida por el artículo 20 del DL 211, cuyo tenor literal fija –sin distinción alguna– la fecha de ejecución de la conducta como hito que da lugar al cómputo del término de tres años (“***contado desde la ejecución*** de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan”). Es más, el mismo precepto da cuenta de que el legislador ha fijado otras formas –especiales y excepcionales– de computar dicho plazo, por ejemplo, para la letra a) del artículo 211 (“el cómputo de la prescripción ***no se iniciará mientras*** se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”).

178. Para la letra d) no existe una regla especial. Consecuentemente, el plazo de prescripción se encontraba vencido cuando la FNE presentó y notificó el Requerimiento. El primer nombramiento de Hernán Büchi como director en CFSAs fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.945, por lo que debiera contarse como ***fecha de ejecución de la conducta*** la de entrada en vigencia del literal d) del artículo 3º (el 26 de febrero del año 2017). Entre esa fecha y la notificación del Requerimiento a CFSAs (el 13 de enero de 2022) transcurrieron más de 4 años.

179. De esta forma, la decisión de la Sentencia de rechazar la excepción subsidiaria de prescripción es ilegal, por ser contraria al claro tenor literal del artículo 20 del DL 211.

## 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 CFSAs

180. La Sentencia no solo condenó a CFSAs 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.

181. La Sentencia impuso a CFSAs una improcedente multa de UTA 2.000, equivalentes (hoy) a más de mil seiscientos millones de pesos<sup>206</sup>, 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.

---

<sup>205</sup> Ver Sentencia, c. 152º (“(...) La conducta del Sr. Büchi sólo cesó con la renuncia al cargo de director de Falabella el 13 de diciembre de 2022, luego de la conciliación aprobada en autos —según informó su defensa mediante presentación de folio 132—, ya que el 30 de marzo de 2022 había renunciado al directorio de Consorcio”).

<sup>206</sup> El valor de la UTA a junio de 2025 es \$ 825.420. La multa impuesta hoy asciende a \$ 1.650.840.000.

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

182. CFSA obró diligentemente, por lo que es improcedente que haya sido objeto de una sanción de multa<sup>207</sup>. En efecto, actuó (i) dentro del marco del ‘deficiente asesoramiento 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**

183. Si bien la Sentencia reconoce que la FNE publicó “*información en general sobre el ilícito de la letra d*”<sup>208</sup>, 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)).

184. 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)<sup>209</sup>.

### **(2) CFSA actuó en base a asesoramiento letrado**

185. Según revisamos secciones arriba (§ III.A(2)), por sentencia de 23 de diciembre de 2020 (Rol 237-2020) la Ilma. 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**”<sup>210</sup>.

186. En este caso ocurrió lo mismo. El gerente general de CFSA confirmó, al absolver posiciones ante el TDLC, que CFSA solicitó una opinión legal experta sobre la letra d) del artículo 3º<sup>211</sup>, que, conforme con el entendimiento pacífico de la norma, les informó que el

<sup>207</sup> 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; (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”).

<sup>208</sup> Sentencia, c. 262º.

<sup>209</sup> 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 (folio 158).

<sup>210</sup> Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 2020, Rol 237-2020 (Contencioso Administrativo), c. 14º.

<sup>211</sup> Ver absolución de posiciones de don Patricio Parodi Gil (CFSA) en el proceso Rol TDLC C-437-2021, acompañada por la FNE a folio 318 y agregada a folio 309.

artículo 3º 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.

187. 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**

188. 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 particulares<sup>212</sup>.

189. 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.

190. 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 Hernán Büchi.

191. Por último, el violento cambio que la Sentencia generaría sobre la aplicación de la letra d) del artículo 3º (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**

192. 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 Irarrázabal,

<sup>212</sup> 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. 22º. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional, rol 541-2006, 26 de diciembre de 2006, c. 15º; rol 1046-2008, 22 de julio de 2008, c. 22º; rol 1061-2008, 28 de agosto de 2008, c. 17º; rol 1182-2008, 18 de noviembre de 2008, c. 21º; rol 1193-2008, 18 noviembre de 2008, c. 21º; rol 1201-2008, 18 de diciembre de 2008, c. 21º; rol 1204-2008, 25 de mayo de 2009, c. 13º; rol 1260-2008, 7 de mayo de 2009, c. 34º; y rol 1262-2008, 2 de abril de 2009, c. 24.

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”<sup>213</sup>.

193. En este caso no se respetó esa proporcionalidad. La Sentencia impuso a CFSA una multa que es *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*<sup>214</sup>, *gravedad de la conducta*<sup>215</sup>, *efecto disuasivo*<sup>216</sup> y *reincidencia*<sup>217</sup>); e, incluso, (*ii*) consideró una de las principales atenuantes invocadas por CFSA<sup>218</sup>.

194. La Tabla 9 siguiente muestra de forma esquemática que la multa impuesta a CFSA llega a ser 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 <b>22 veces mayor</b> 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 <b>459 veces mayor</b> 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 <b>691 veces mayor</b> que la más baja aplicada
STDLC 148/2015 <i>Caso Asfaltos</i>	Entre 718 y 1.790	La multa impuesta a CFSA es <b>1,6 veces mayor</b> que la más baja aplicada
STDLC 172/2020 <i>Caso Suero Fisiológico</i>	200 a cada uno	La multa impuesta a CFSA es <b>5 veces mayor</b> 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 <b>55 veces mayor</b> 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 <b>similar</b> a una de las <b>últimas multas</b> impuestas por el H. Tribunal por <i>colusión</i>

195. Adicionalmente, la Sentencia infringió la garantía de igualdad ante la ley (Constitución, artículo 19º N° 2) al aplicar el efecto atenuante derivado del deficiente

<sup>213</sup> Historia de la Ley, p. 558.

<sup>214</sup> Ver Sentencia, c. 257º (“[R]especto al *beneficio económico*, la requirente no ahonda en el análisis de este factor, ni tampoco aportó prueba sobre este aspecto. Por su parte, Banco de Chile y Consorcio señalan que no obtuvieron beneficio económico con motivo de la infracción. En este caso, como se indicó en la consideración ducentésimo cuadragésimo , la cuantificación de un beneficio económico resulta difícil, especialmente considerando la ausencia de prueba sobre el mismo (...) ante la falta de antecedentes concretos, *no se considerará el beneficio económico como agravante de la infracción para efectos del cálculo de la multa*, sin perjuicio de que los ingresos obtenidos por Banco de Chile y Consorcio durante el período que se cometió la infracción serán considerados para la fijación de la cuantía de la sanción”).

<sup>215</sup> Ver Sentencia, c. 258º (“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 corresponder a una de menor entidad, conforme los criterios que establece el citado artículo 26*”).

<sup>216</sup> Ver Sentencia, c. 259º (“Que, respecto al *efecto disuasivo que ha de tener la sanción*, este debe ser considerado para desincentivar la comisión futura de ilícitos anticompetitivos, ya 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 obtuvieron o esperan obtener de la infracción (...) *Por estas razones, no se estima necesario incrementar la multa que será impuesta con el fin de compensar la probabilidad de detección de la infracción*”).

<sup>217</sup> Ver Sentencia, c. 260º (“Que, *sobre la calidad de reincidente* de Banco de Chile y Consorcio, no se ha acreditado que estas empresas hayan sido condenadas por infracciones a la competencia, mediante sentencia ejecutoriada y firme, por lo que *tampoco se considerará dicha circunstancia como un agravante*”).

<sup>218</sup> Ver Sentencia, c. 264º (“Que, se debe dar aplicación al *efecto atenuante* de la sanción reconocido supra en relación con la información publicada por el ente persecutor sobre el ilícito de la letra d), *que puede calificarse de ambigua*”).

asesoramiento de la FNE respecto de la prohibición de la letra d). Mientras que respecto de Banco de Chile la atenuación disminuyó el monto de la multa desde 4.460 UTA a 4.000 UTA (conllevó una rebaja de 10,3%)<sup>219</sup>, en el caso de Consorcio la atenuación se tradujo en una baja menor, de 7,6% (la magnitud pasó de 2.166 UTA a 2.000 UTA)<sup>220-221</sup>. La Sentencia no explica las razones que la llevaron a aplicar una rebaja diferente, pese a que Banco de Chile y Consorcio se encontraban en la misma situación respecto de la atenuación por confianza legítima.

196. Por último, carece de sentido que las ventas consideradas para el cálculo de la multa correspondan a aquellas de Banco Consorcio, Consorcio Corredores de Bolsa y Consorcio Seguros, sociedades en que Hernán Büchi 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.

## VI. CONCLUSIONES

197. 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 3º 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 haya competido en los Negocios Relevantes. Como informó la CMF, CFSA no podría competir en el mercado de Corretaje de Valores, ni aunque quisiera, pues no cumple los requisitos legales y reglamentarios para operar como corredor de bolsa. Aún más, la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Chile informaron en juicio que CFSA, no es, ni ha sido, corredor de bolsa en Chile. Asimismo, lo dicho respecto del corretaje de valores se predica igualmente respecto del resto de los mercados en que supuestamente incidiría la infracción y en que participaría CFSA, pues tanto la actividad bancaria, como la emisión de seguros de vida y desgravamen, solo pueden ser desarrolladas por entidades autorizadas expresamente por la CMF y CFSA no cuenta con dichas autorizaciones.

(b) La Sentencia infringió la regla del inciso primero del artículo 19 del Código Civil.  
— Transgredió la prohibición de recurrir a otros elementos de interpretación (*e.g.*, a criterios pragmáticos) frente al sentido claro del artículo 3º 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*.

<sup>219</sup> Ver Sentencia, c. 263º (b), 264º y c. 265º.

<sup>220</sup> Ver Sentencia, c. 263º (b), 264º y c. 265º.

<sup>221</sup> De haberse aplicado la misma atenuación, la multa aplicada a Consorcio sería de 1.943 UTA.

— 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 3º 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 grammatical 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 Hernán Büchi como director; y (ii) además, las tres empresas abstractas conformadas por (a) CFSA, Banco Consorcio y Consorcio Corredores de Bolsa, para el Corretaje de Valores, (b) CFSA y Banco Consorcio, para el Negocio Bancario, y (c) CFSA y Consorcio Seguros, para el Negocio de Seguros de Vida.
- 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 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 3º 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 3º 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 3º 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).

- De esta forma, el artículo 4 bis demuestra que la incorporación de la voz ‘grupo empresarial’ al artículo 3º 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’.
  - Por último, el intento de la Sentencia por equiparar la voz ‘empresa’ al término ‘agente económico’ falla tan pronto se intenta aplicarlo. De acuerdo con la Sentencia, la letra d) podría leerse como “la participación simultanea de una persona en cargos (...) en dos o más agentes económico (...)", lo que supone dar al precepto una formulación más amplia que la elegida por el legislador. Este ejercicio de integración realizado por la Sentencia es inconsistente con la historia de la Ley 20.945, pues en ella no solo consta que el legislador sí conocía y empleaba la expresión ‘agente económico’ cuando pretendía referirse a un elemento típico más amplio que el de ‘empresa’, sino que así lo hizo al definir expresamente el término en el artículo 47 y *antes* al tipificar la letra b) del artículo 3º del DL 211.
  - 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 3º del D.L. N° 211, que lo prohíbe”.
- (e) La Sentencia infringió la regla del artículo 19 inciso 2º del Código Civil (elemento histórico).
- La Sentencia pretendió quitarle valor al Informe FNE (2013) como precedente y fuente directa del artículo 3º literal d) del 211, omitiendo y descartando evidencia relevante. La prueba acompañada al expediente demuestra que dicho trabajo de la FNE sí forma parte de la historia fidedigna del establecimiento del precepto pues fue el antecedente y fuente principal del literal d) del artículo 3º. Así: *(i)* se lo informó *expresamente* el Estado de Chile a la OCDE; *(ii)* lo reconoció ante el TDLC 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 3º 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. 59°). 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 o ejecutivo relevante de en las sociedades matrices de las empresas 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 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 3º letra d) DL 211, ni en ninguna otra parte. El literal d) del artículo 3º 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 Hernán Büchi 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 Hernán Büchi como su director, ni tenía facultades para hacerlo.* La propia Sentencia termina asumiendo la improcedencia de imputarle responsabilidad a CFSA por la designación de Hernán Büchi 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, como lo señala la Ley de Sociedades Anónimas, 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 Hernán Büchi 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 177º, 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 insostenible 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 Hernán Büchi 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 3º 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 3º 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 excusación; (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 excusación 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, el TDLC determinó que el cómputo del plazo de prescripción iniciaría *solo* una vez que el director cesa en su cargo (por la aceptación formal de la renuncia del director, por parte de la junta de accionistas).
- (b) No obstante, de acuerdo con el artículo 20 del DL 211: (i) 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 (ocurrida el 13 de enero de 2022); y (ii) a diferencia de la letra a), la letra d) no cuenta con una regla especial que difiera el hito que da inicio al cómputo del plazo.
- (c) Consecuentemente, el plazo de prescripción se encontraba vencido cuando la FNE presentó y notificó el Requerimiento. El primer nombramiento de Hernán Büchi como director en CFSA fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.945, por lo que debiera contarse como *fecha de ejecución de la conducta* la de entrada en vigencia del literal d) del artículo 3º (el 26 de febrero del año 2017).

(d) Entre esa fecha y la notificación del Requerimiento a CFSA (el 13 de enero de 2022) transcurrieron más de 4 años.

**(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 una de las principales atenuantes invocadas por CFSA.

198. 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° 203/2025, de 6 de junio de 2025, notificada a esta parte el mismo día (folio 438), 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° 203/2025, declarando que se rechaza el Requerimiento en todas sus partes, con costas; *(b)* en *subsídio de lo anterior*, se deje sin efecto la multa impuesta a CFSA; y, *(c)* en *subsídio de las solicitudes anteriores*, se reduzca sustancialmente la multa impuesta a CFSA.

CRISTOBAL  
EYZAGUIRRE BAEZA

Firmado digitalmente por  
CRISTOBAL EYZAGUIRRE BAEZA  
Fecha: 2025.06.18 19:18:57  
-04'00'

Santiago Bravo .