

OPINIÓN LEGAL

La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) ha consultado mi opinión acerca del sentido y alcance del artículo 3° inc. 2° letra d) del Decreto Ley N°211 (“DL 211”), que establece el ilícito denominado *interlocking horizontal*.

Esta opinión no analiza si en un caso concreto fue cometido el ilícito de *interlocking*, sino que recae sobre las preguntas jurídicas que examinó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en las sentencias N°202/2025, de 14 de abril de 2025, y N°203/2025, de 6 de junio de 2025.¹

El documento se estructura en cuatro capítulos. *Primero*, se analizan los elementos del ilícito de *interlocking* reglado en el artículo 3°, inc. 2°, letra d) del DL 211. *Segundo*, se estudia la naturaleza *per se* de ese ilícito. *Tercero*, se examinan los sujetos pasivos de la prohibición estudiada. *Cuarto*, se presentan las conclusiones.

I. REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN DEL ILÍCITO

1. El ilícito de *interlocking* fue establecido en 2016 por una reforma que perseguía fortalecer el orden de la libre competencia en Chile.² La regla prohíbe la participación de una misma persona como director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras entre sí. Su principal objeto es impedir que quienes ejercen estos cargos en una compañía estén en una posición que *tienda a facilitar* colusiones o la coordinación tácita entre competidores.³

2. La regla previene prácticas corporativas de riesgo anticompetitivo. A la vez, excluye la ilicitud de conductas que no generan un riesgo significativo para la libre competencia y que, de hecho, pueden ser eficientes. Así, en la discusión legislativa se expresó el propósito de excluir del campo de aplicación de la regla a empresas de menor tamaño e *interlockings* entre empresas que tienen una relación vertical, es decir, no de competencia u horizontal.⁴

¹ En lo sucesivo solo se hará referencia a la sentencia N°202/2025, atendido que la N°203/2025 replica su razonamiento.

² El artículo 3°, inc. 2°, letra d) del DL 211 fue introducido por la Ley N°20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, publicada el 30 de agosto de 2016.

³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 534: “el director o ejecutivo en cuestión accede, en virtud de su cargo, a información relevante para la competencia, y tendrá la tendencia natural a optar por cursos de acción que coordinen el comportamiento de los competidores involucrados”; *ibid.*, p. 186: “el hecho de que una persona se desempeñe simultáneamente como ejecutivo o director de dos o más empresas competidoras representa un riesgo serio de colusión, por lo que la legislación debe prohibirlo a fin de evitarlo”.

⁴ “El diputado señor Tuma consideró que el *interlocking* debiera estar prohibido entre grandes empresas, pero no cuando involucre a una de menor tamaño. El diputado señor Chahin afirmó que la norma propuesta está bien ubicada porque permitiría a la FNE ejercer facultades intrusivas para develar el *interlocking*, pero estimó que la prohibición tiene sentido solo en mercados concentrados donde las pequeñas empresas normalmente no participan. El Ministro de Economía estimó necesario controlar los vínculos establecidos entre empresas competidoras a través del *interlocking* horizontal, pero sostuvo que el vertical puede estar justificado por razones de eficiencia económica y, aunque comparte el espíritu de la indicación del diputado Poblete, observó que abarca muchas situaciones que el proyecto sujeta al control preventivo de fusiones, por lo que estarían suficientemente cubiertas” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 76).

3. La norma vigente expresa un compromiso entre ambos propósitos:

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

d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos (DL 211, art. 3º, inc. 2º).

4. El TDLC recientemente resolvió dos requerimientos de la FNE. En estos casos, una persona participaba como director o ejecutivo relevante en empresas competidoras; en la mayoría de los casos, en las matrices de dos sociedades que forman parte de un mismo mercado.

5. Las requeridas plantearon, en esencia, que el ilícito tipificado no cubría ese supuesto, porque la referencia a “empresas competidoras entre sí” debía entenderse efectuada solo a las sociedades que operan directamente en una industria, no a sus matrices. A su juicio, debía preferirse esta *interpretación restrictiva* de la regla, porque forma parte del orden administrativo sancionatorio.⁵

6. El TDLC, sin embargo, acogió los requerimientos. Bajo su interpretación del artículo 3º, inc. 2º, letra d) del DL 211:

[L]a noción de “empresas competidoras entre sí” requiere la existencia de competencia en los hechos entre dos agentes económicos independientes, sin perjuicio de la forma jurídica que hayan adoptado para organizar sus negocios, pues lo relevante es la existencia de un núcleo común de decisiones respecto a su desempeño competitivo.⁶

7. Esa decisión interpretativa del TDLC es correcta. Distintos elementos de la regla, dados por su letra, contexto normativo y función, y su historia, indican que el ilícito de *interlocking* cubre el supuesto objetivo planteado por la FNE, sin necesidad de acreditar en el caso concreto una intención ni efectos anticompetitivos (sección *a*). Además, a diferencia de lo que argumentaron las requeridas, no es correcto que las garantías del derecho penal obliguen a optar por la interpretación más restrictiva posible de una regla en materia de libre competencia (sección *b*).

⁵ Esta opinión fue respaldada por los profesores Irrázabal y Krause, en la causa rol C-437-21: “En la medida en que las reglas per se son excepcionales en el derecho de la competencia, y que únicamente se prevén para aquellos comportamientos que, de acuerdo con la experiencia acumulada, carecen de toda justificación de eficiencia, solo pueden entenderse por tales aquellos que claramente exhiban esa calidad. Si es que han sido descritos por la normativa, se exige en el intérprete que se apegue estrictamente al tenor literal y que, en cualquier caso, prefiera una interpretación restrictiva” (Informe en derecho Irrázabal y Krause, p. 21).

⁶ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 59º.

a) Elementos de interpretación

8. El hecho sancionado en la regla de *interlocking* es la participación simultánea como director o ejecutivo relevante en dos o más *empresas competidoras entre sí*. La pregunta es si bajo esta norma una empresa puede entenderse constituida por sociedades vinculadas, como una matriz y su filial.

9. El punto de partida de la interpretación es el texto legal. El artículo 19 del Código Civil limita desatender el tenor literal de la ley “a pretexto de consultar su espíritu”.⁷ Pero es usual que el texto sea insuficiente para justificar la decisión judicial.⁸ Ante todo, porque la imprecisión es una propiedad general del lenguaje, incluidos los conceptos jurídicos.⁹ También puede deberse a una decisión legislativa de entregar al juez la función de completar la norma.¹⁰

10. Si la letra de la norma se muestra oscura para resolver un caso, su claro sentido solo puede comprenderse a la luz de los distintos elementos que la *contextualizan*. El Código Civil se refiere a la historia fidedigna de su establecimiento (art. 19, inc. 2°), a su contexto (art. 22, inc. 1°) y a otras leyes que versan sobre el mismo asunto (art. 22, inc. 2°). Sin atender a elementos contextuales, la aplicación de la regla arriesga perderse en *un laberinto de caminos sin señales*.¹¹

i. El tenor literal

11. La expresión *empresas competidoras entre sí* del artículo 3°, inc. 2°, letra d) del DL 211 no es definida en la ley.¹² Su significado, por lo tanto, debe buscarse en su “sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras” (Código Civil, art. 20).

⁷ Antonio Bascuñán R. plantea que esta es una regla de interpretación de segundo nivel, que da prioridad al sentido gramatical como criterio de interpretación (Bascuñán, A. (2014). “El mito de Domat”, en Grez, P. *et al* (coords.), Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés (Santiago: Legal Publishing), pp. 276 y ss.). Contra esa posición, Alejandro Guzmán asume que el artículo 23 del Código Civil es la regla central del sistema de interpretación chileno (Guzmán, A. (1992). “Historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en Universidad de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica), pp. 41-87).

⁸ Bajo una comprensión equivocada del principio de sujeción del juez a la ley, las reglas siempre deben recibir aplicación mecánica y, por lo tanto, el juez siempre debe restringirse al texto de la disposición para comprender su sentido. Pero esta es una comprensión errada de aquel principio. Al respecto, Bascuñán, A. (2017). “El mito de Montesquieu”, en Schopf, A. y Marín, J. (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago: Thomson Reuters), pp. 3-169.

⁹ Así Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico* (Granada: Comares), p. 130; Endicott, T. (2000). *Vagueness in Law* (Oxford: Oxford University Press), p. 1: “[L]aw is very commonly vague, so that the requirements of the law in particular cases are frequently indeterminate. I will call that familiar though controversial claim the ‘indeterminacy claim’”.

¹⁰ Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict* (Nueva York, Oxford: Oxford University Press), pp. 167 y ss.

¹¹ Wittgenstein expresa esta idea con la siguiente metáfora: “El lenguaje es un laberinto de caminos. Vienes de un lado y sabes por dónde andas; vienes de otro al mismo lugar y ya no sabes por dónde andas” (Wittgenstein, L. (1953). *Philosophische Untersuchungen* (Frankfurt am Main: Suhrkamp), § 203). Ello contiene la idea de que para que la interpretación sea exitosa, es necesario comprender las relaciones a las que la regla se pretende aplicar y su contexto. También Sunstein (1996), ob. cit., p. 129: “[...] las reglas no pueden ser interpretadas sin recurso a un trasfondo compartido, y usualmente no pueden ser interpretadas sin recurso a argumentos sustantivos de cierto orden”.

¹² A diferencia del DL 211, la legislación laboral y de seguridad social contiene una definición de *empresa* que rige en esos ámbitos legales: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada” (Código del Trabajo, artículo 3°).

12. En el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* las empresas son definidas como una “[a]ctividad económica organizada para producir bienes o prestar servicios destinados al mercado”.¹³ Este diccionario incluye, además, una acepción específica para el derecho de la competencia: “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, *con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*” (énfasis agregado).¹⁴

13. Así, una empresa designa cualquier entidad que ejerza una actividad económica sin atender a la forma jurídica. Por eso es diferente el concepto de *empresa* de los de *persona jurídica* y *sociedad*, cuyas definiciones legales de aplicación general y supletoria precisamente aluden a la forma en que una empresa se organiza y constituye (Código Civil, arts. 545 y 2053).

14. El TDLC razonó correctamente¹⁵ que el derecho de la competencia requiere de un concepto flexible, como el de empresa, que capture la realidad económica.¹⁶ El fin de esas reglas es promover condiciones efectivas de libre competencia para el funcionamiento de los mercados.¹⁷

15. Por eso, la expresión *empresa*, en singular o plural, aparece en diversas normas del DL 211.¹⁸ La preferencia por un concepto jurídico flexible, a diferencia de los legales de sociedad o persona jurídica,¹⁹ se explica porque el derecho de la competencia identifica los agentes económicos atendiendo a la realidad económica, cualesquiera sean las formas jurídicas que se adoptan.²⁰

16. Así, en la jurisprudencia europea consolidada es empresa “cualquier entidad que ejerza una actividad económica *con independencia del estatuto jurídico de la entidad*” (énfasis agregado).²¹ Bajo esta definición, son empresas las más diversas entidades económicas.²² Además, ya en la década de

¹³ Muñoz, S. (dir.) (2017). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (Madrid: Santillana Educación), p. 908.

¹⁴ Muñoz (2017), ob. cit., p. 908.

¹⁵ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 49°.

¹⁶ “[...] en el derecho de la competencia se ha desarrollado una doctrina denominada de la única unidad económica, en cuya virtud dos entidades, jurídica y formalmente distintas, son tratadas como una sola” (Palma, N. (2022). “Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites”, Universidad Adolfo Ibáñez, Centro de Competencia” [<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>], p. 2, con referencias a fuentes doctrinarias y jurisprudenciales chilenas y europeas).

¹⁷ “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley” (DL 211, art. 1°). “En el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados” (Irrázabal, F. (2011), “El sistema chileno de defensa de la libre competencia”, Fiscalía Nacional Económica [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf], p. 1).

¹⁸ En los artículos 3, 4 *bis*, 11, 21, 26, 39, 47, 48, 62.

¹⁹ Los que aparecen muchos menos veces referidos en la ley. Por ejemplo, en los artículos 11 y 26; sin embargo, en ambas disposiciones junto a persona jurídica y sociedad, también se refiere al término empresas.

²⁰ Ello es reconocido por el TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, cc. 48° y 49°.

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 23 de abril de 1991, Höfner et Elser c. Macrotron, C-41/90, EU:C:1991:161.

²² Una completa referencia a la jurisprudencia comunitaria europea a este respecto en Pizzolo, C. (coord.) (2023). “Ciudadanía de la UE. Estatus, derechos y obligaciones”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/documentos/2023-ciudadania-de-la-ue.pdf>], pp. 23 y ss.

1970 se entendió que una sociedad matriz y filial conforman una unidad económica, *i.e.* una empresa, si la primera puede determinar la política de precios de la segunda.²³

17. También en el derecho chileno de la competencia se ha adoptado en casos anteriores una noción similar de empresa por el TDLC y la Corte Suprema.²⁴

ii. Consistencia lógica de la regla y su armonía con otras normas del orden de la competencia

18. Contra el sentido natural de *empresa*, las requeridas de los casos fallados por el TDLC la identifican con el concepto de *persona jurídica*.

19. Se argumenta que la regla interpretada y otras del DL 211 distinguen entre *empresa* y *grupo empresarial*.²⁵ Esta última expresión es más amplia que la primera, porque el mismo artículo 3º, inc. 2º, letra d) del DL 211 se refiere al “grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas”.²⁶ Las requeridas infieren de ello que empresa debe aludir a una *singularidad*, *i.e.* a una persona jurídica individual.

20. Sin embargo, la distinción entre *empresa* y *persona jurídica* se corresponde con el fin del derecho de la libre competencia, *i.e.* controlar el poder de mercado y no la organización societaria adoptada.

21. Por eso, de que un grupo empresarial comprenda dos o más empresas, no se sigue *lógica ni jurídicamente* que una empresa equivalga a una persona jurídica. La ley lo contradice: las mismas disposiciones referidas a grupos empresariales evitan referirse al concepto jurídico formal de persona jurídica. Los *grupos empresariales se componen de empresas* (DL 211, arts. 3º, inc. 2º, letra d) y 4 *bis*); y son integrados por entidades (art. 26, inc. 2º, letra d). A su vez, al regularse las operaciones de concentración, los grupos empresariales se componen de *agentes económicos* (arts. 47 y 48).

22. Es ilustrativo que el DL 211 defina los agentes económicos que componen un grupo empresarial atendiendo a criterios materiales, sin atender a la forma en que se organizan (“cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella”).²⁷ Así, es absurdo limitar la unidad de los grupos empresariales a personas jurídicas específicas.

²³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comisión, 6-7/63, EU:C:1974:18.

²⁴ Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, rol 27181-2014: “[...] esta Corte concuerda con lo razonado por el TDLC en tanto se tuvo por establecido que la requerida es la sociedad por la que el Grupo Ariztía controla sus operaciones en la industria avícola, de modo que no se divisa razón que la exima de responder por los hechos que resultan acreditados, toda vez que el ordenamiento jurídico, en el espectro del derecho antimonopolio, no contempla excluir de responsabilidad a las entidades que constituyen el eje central de la decisión empresarial [...]. En la misma línea, el derecho comparado se ha encargado de otorgar una mayor flexibilización al concepto de empresa en sede de libre competencia, de modo de centrar la definición en la autonomía económica y no en la independencia que puede otorgar el estatuto jurídico [...]”.

²⁵ Informe en derecho Irarrázabal y Krause, pp. 30-31.

²⁶ También en el artículo 4º *bis* del DL 21.

²⁷ “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” (DL 211, art. 47 inc. 2º).

23. El TDLC correctamente identificó la diferencia entre empresa y grupo empresarial, sin referencia al concepto de persona jurídica. Un grupo empresarial es más amplio que una empresa, porque comprende entidades que participan en distintos mercados; las empresas, en cambio, son agentes económicos cuya unidad bajo el DL 211 supone la participación en un determinado mercado, sea que estén compuestas por una o más personas jurídicas.²⁸

24. La noción de grupo empresarial pertenece a la Ley de Mercado de Valores (N°18.045).²⁹ Los elementos que integran los grupos empresariales (*i.e.* propiedad, administración o responsabilidad crediticia común) miran a una *concentración financiera* que esa ley transparenta imponiendo deberes de información.³⁰ En cambio, el criterio del derecho antimonopolios para identificar a una empresa atiende a su participación como *competidor* en un cierto mercado.

25. Consistente con esta diferencia jurídica y funcional, el DL 211 alude a los grupos empresariales a efectos de imponer un umbral de ingresos;³¹ en cambio, las empresas son referidas para identificar a las entidades económicas dentro de un mercado en particular.³²

26. Atendida su función de resguardar la competencia, el TDLC consideró que la unidad económica, *i.e.* la *empresa*, podía estar estructurada por una agrupación de personas jurídicas que actuaran en un mismo mercado y tuvieran la posibilidad de adoptar decisiones conjuntas.

27. En efecto, la regla de *interlocking* prohíbe conductas que presentan alto riesgo de favorecer colusiones o coordinación entre competidores (*infra* II). Ese riesgo no solo existe si una misma persona participa como director o ejecutivo relevante en dos sociedades que operan directamente en un mercado.³³ Si las matrices de esas sociedades tienen injerencia en o conocimiento de las decisiones de estas últimas, el riesgo objetivo de colusión es el mismo.³⁴

28. Por eso, la agencia de competencia de Estados Unidos aplica la regla de *interlocking* a directores compartidos en las matrices de las filiales competidoras según el siguiente *test*:

²⁸ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 51°.

²⁹ Ley N°18.046, art. 96: “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”.

³⁰ “Para dicho propósito, pues, la ley chilena sobre Mercado de Valores (N°18.045) ha optado por garantizar la transparencia en la conformación y funcionamiento de los grupos empresariales –concepto que incluye por cierto a los grupos de sociedades–, revelando su existencia misma y proporcionándole al mercado un flujo permanente de información relevante sobre las entidades del grupo, sus valores y sus operaciones relacionadas” (Jequier, E. (2014). “Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N°1, p. 124.

³¹ Así en los artículos 3°, inc. 2°, letra d), 4° *bis* y 47 del DL 211.

³² *Supra* nota anterior.

³³ Las requeridas han argumentado que el artículo 3°, inciso 2°, letra d) del DL 211 solo sancionaría *per se* este supuesto, porque solo en él el riesgo de colusión sería objetivamente alto. En cambio, el supuesto de los requerimientos de la FNE solo sería ilícito si se prueban los efectos nocivos de la conducta (art. 3° inc. 1°). Véase, Informe en derecho Irarrázabal y Krause, p. 32.

³⁴ “The standard must nevertheless recognize that a certain subset of interlocks—those that either directly or indirectly involve competitors—have a significant potential for causing serious harm, and therefore are worthy of some kind of enforcement activity” (Jacobs, M. (2013). “Combating anticompetitive interlockings: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper” [http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2013/11/ClaytonAct-Section-8.pdf], p. 11).

La cuestión relevante bajo la Sección 8 es si la empresa matriz debe considerarse un “competidor” de los competidores de la filial, y si un director compartido está en una posición que le permite ejercer control o incluso influir sustancialmente en la toma de decisiones a nivel directivo, con el fin de debilitar las relaciones competitivas entre intereses corporativos divididos. La investigación sobre el “control” en el *common law* es relevante en la medida en que indica la probabilidad de colusión y transferencia anticompetitiva de información entre competidores.³⁵

29. El *test* es claro: si la matriz puede ejercer influencia en las decisiones de la filial, es irrelevante si la participación del director ocurre en una u otra sociedad, porque en ambas ocupa la misma posición que *facilita* una colusión. Lo contrario equivaldría a permitir una elusión de la regla de *interlocking*. Bastaría constituir una filial para evitar su aplicación, como lo entendió el TDLC y también se ha considerado en la jurisprudencia estadounidense (*infra* II).³⁶

30. Distinto es el caso de otras formas de *interlocking* que no son sancionadas en el artículo 3º, inc. 2º, letra d) del DL 211, porque no representan un riesgo evidente de comportamiento concertado. Por ejemplo, si dos amigos participan del directorio de empresas competidoras, el riesgo de colusión surge si esas personas efectivamente se traspasan información.

31. En el caso resuelto por el TDLC, en cambio, el riesgo se produce de modo objetivo. Si la misma persona participa de las decisiones de las competidoras, sea directamente o a través de sus matrices, cuenta con y tiene derecho a pedir información que puede facilitar una conducta coordinada. Este riesgo es independiente de que el director compartido no tenga esa intención, porque está contaminado por la información que por su cargo adquiere de la competencia.³⁷

32. Así, es por completo justificado que la regla de *interlocking* cubra el supuesto en que el ejecutivo relevante o director no participa en las sociedades filiales operativas, sino en las matrices que conocen de su operación y controlan sus decisiones.

iii. La historia del establecimiento del ilícito

33. La historia del establecimiento del ilícito del *interlocking* muestra que la discusión se centró en definir un umbral mínimo de aplicación y en excluir los casos de *interlocking* vertical (*supra* 2).

³⁵ *In re Borg-Warner Corp.*, 101 F.T.C. 863, 932, modificado, 102 F.T.C. 1164 (1983), revisado por otras razones en, 742 F.2d 108 (2d Cir. 1984). Citado en Jacobs (2013), ob. cit., p. 21. El original: “The relevant inquiry under Section 8 is whether the parent company should be regarded as a ‘competitor’ of the subsidiary’s competitors, and whether an interlocked director is so placed as to be able to exercise control or even to substantially influence decisionmaking at the director level so as to dampen competitive relationships between divided corporate interests. The common law ‘control’ inquiry is relevant insofar as it is an indication of the likelihood of collusion and anticompetitive transfer of information among competitors”.

³⁶ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 50º.

³⁷ La imposibilidad de excluir de un proceso cognitivo información ya conocida ha sido estudiada en la discusión sobre la prueba ilícita (Ferrer, J. (coord.) (2024). *Manual de razonamiento probatorio* (Madrid: Marcial Pons), pp. 174 y ss.).

34. Además, en la elaboración de la regla se tuvo presente la disposición relevante de la *Clayton Act* estadounidense,³⁸ que había servido de referencia a estudios de la FNE y que dispone:

(1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are –

(A) engaged in whole or in part in commerce; and

(B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws;

if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection.³⁹

35. El texto es similar al de la ley chilena, pero no es correcto que el lenguaje sea el mismo, como han argumentado las requeridas y el voto de minoría de las sentencias del TDLC.⁴⁰ La *Clayton Act* se refiere a *corporation*, que es un concepto equivalente a *sociedad*, no a empresa.⁴¹

36. Aun así, con ese concepto legal más restringido, los precedentes de Estados Unidos muestran que el *interlocking* cubre el caso planteado por la FNE. Así lo considera la agencia de competencia (*supra* 28-29). Además, así fue establecido respecto del alcance de este ilícito:

[I]nterpretar la Sección 8 en el sentido de que la actividad comercial de la filial nunca puede considerarse para determinar si la matriz es un “competidor” en el sentido de la Sección 8 supondría que el Congreso pretendía permitir un medio de evasión tan simple y obvio que invalidaría la ley e ignoraría la advertencia de la Corte Suprema de que las leyes antimonopolio se centran en el fondo, no en la forma.⁴²

³⁸ Así, por ejemplo, “[e]l diputado señor Bellolio sugirió finalmente dejar pendiente la disposición en comento y estudiar una nueva redacción de la misma siguiendo el modelo de la Clayton Act de Estados Unidos, que define el concepto de *interlocking* y establece límites de ventas y otras condiciones para determinar su ilicitud” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.945, p. 76).

³⁹ “(1) Ninguna persona podrá, al mismo tiempo, servir como director o funcionario en dos sociedades (que no sean bancos, asociaciones bancarias y compañías fiduciarias) que estén– (A) dedicadas total o parcialmente al comercio; y (B) en virtud de su negocio y ubicación de operación, competidores, de modo que la eliminación de la competencia por acuerdo entre ellos constituiría una violación de cualquiera de las leyes antimonopolio; si cada una de las corporaciones tiene capital, superávit y beneficios indivisos que sumen más de \$10,000,000 ajustados de conformidad con el párrafo (5) de esta subsección”.

⁴⁰ Informe en derecho Irrarrázabal y Krause, p. 31; TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, voto de minoría, c. 6°.

⁴¹ En su primera acepción, el *Black’s Law Dictionary* define *corporation* como “una entidad (usualmente, un negocio) que tiene autoridad bajo la ley para actuar como una persona singular distinta de los accionistas a quienes pertenece y tiene derecho de emitir acciones y de existir indefinidamente” (“*an entity (usu. a business) having authority under law to act as a single person distinct from the shareholders who owned it and having rights to issue stock and exist indefinitely*”).

⁴² *United States v. Crocker National Corp*, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, 656 F.2d 428, 1981: “to interpret Section 8 as meaning that the business activity of the subsidiary can never be considered in determining whether the parent is a “competitor” within the meaning of Section 8 would assume that Congress intended to permit such a simple and obvious means of

37. Es cierto que en otro precedente se había descartado que matriz y filial pudieran considerarse como una sola *corporation* bajo la *Clayton Act*, § 8. Pero esta sentencia es anterior y, además, se dejó en claro que la decisión se tomaba porque no había podido establecerse que la matriz ejercía un control substancial sobre su subsidiaria.⁴³

38. En suma, todos los elementos de interpretación de la ley indican que la decisión del TDLC es correcta. El ilícito de *interlocking* que establece el DL 211 comprende supuestos en que una misma persona participa como director o ejecutivo relevante en dos sociedades matrices que compiten a través de o en conjunto con sus respectivas filiales, si se demuestra que ellas participan de un mismo mercado y comparten un centro común de información o decisiones.

b) *Límites a la interpretación de reglas sancionatorias*

39. Las requeridas plantearon que las reglas sancionatorias de la competencia debían sujetarse a las garantías penales de legalidad; en particular, a la de la *lex stricta*.⁴⁴ En esta sección se analiza que incluso aplicando sin ningún matiz los principios penales a los ilícitos competitivos, los fallos del TDLC no los vulneran.⁴⁵

avoidance as to render the statute meaningless, and would ignore the Supreme Court's admonition that the antitrust laws are 'aimed at substance rather than form'".

⁴³ “El tribunal llegó a esta conclusión al establecer una regla general según la cual la Sección 8 prohíbe el *interlocking* de cargos de director entre empresas matrices cuyas subsidiarias sean competidoras. Esta regla general no se sustenta en el lenguaje del estatuto, su historial legislativo, ni en los pocos casos pertinentes (...) Rechazamos su adopción. No es necesario conjeturar sobre la posible aplicación de la ley a una empresa matriz que controla y dicta estrechamente las políticas de su filial (...) En este caso, la prueba es indiscutible de que nadie de Curtiss-Wright ni de su filial, Dorr-Oliver, le ha dicho jamás a la filial de Dorr-Oliver, National Filter, cómo gestionar su negocio”. (*Kennecott Copper Corporation, Plaintiff-appellee, v. Curtiss-wright Corporation, Defendant-appellant*, 584 F.2d 1195, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, 1978: “The court reached this conclusion by laying down a general rule that section 8 prohibits interlocking directorships between parent companies whose subsidiaries are competitors. This general rule is not supported by the language of the statute, its legislative history, or the few pertinent cases. See *United States v. Cleveland Trust Co.*, 392 F. Supp. 699 (N.D. Ohio 1974), *Aff'd mem.*, 513 F.2d 633 (6th Cir. 1975); *Paramount Pictures Corp. v. Baldwin-Montrose Chemical Co.*, 1966 Trade Cas. P 71,678 (S.D.N.Y. 1966). We decline to adopt it. We need not conjecture about the possible application of the statute to a parent corporation that closely controls and dictates the policies of its subsidiary. See *United States v. Cleveland Trust Co.*, *supra*, 392 F. Supp. at 712. Here, the proof is undisputed that no one from Curtiss-Wright or from its subsidiary, Dorr-Oliver, has ever told Dorr-Oliver's subsidiary, National Filter, how to run its business.”).

⁴⁴ Bajo la garantía de la *lex stricta* “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (Constitución, artículo 19 N°3). La aplicación de las garantías penales al derecho de la libre competencia fue argumentada, por ejemplo, en el Informe en derecho Irarrázabal y Krause, pp. 23 y ss. En el Informe en derecho Valdés, también acompañado en la causa rol C-437-21, se hace una referencia similar (véase, por ejemplo, nota al pie 115). Sin embargo, en algunas partes de sus publicaciones Valdés parece negar la aplicabilidad del estándar de *lex stricta* al derecho de la competencia, porque considera que este orden podría ser integrado por consideraciones de derecho natural: “[...] la libertad de competencia mercantil no puede ser contraria a ciertos contenidos imperativos y determinados por el Derecho. Bajo la expresión Derecho, comprendemos el Derecho Natural y Derecho Positivo, con inclusión de todas las fuentes normativas emanadas de la autoridad pública, incluidos los principios generales del Derecho; la Moral, las Buenas Costumbres y el Orden Público” (Valdés, D. (2006). *Libre competencia y monopolio* (Santiago: Editorial Jurídica, p. 74).

⁴⁵ Bajo la jurisprudencia mayoritaria del TDLC y la Corte Suprema las reglas que sancionan las infracciones al derecho de la libre competencia corresponden al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Véase Barros, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica), p. 961, con referencia a distintas fuentes jurisprudenciales. Contra esa posición, un voto de minoría del TDLC consideró que las reglas de la libre competencia se rigen por finalidades y técnicas propias del derecho regulatorio que no coinciden con las del derecho penal (TDLC, 28 de diciembre de 2017, rol C-299-15). Sin embargo, la aplicación de principios penales en el derecho administrativo sancionador admite matices. Al respecto, Tribunal Constitucional, 10 de abril de 2019, rol N° 3601-17; Tribunal

40. Transversalmente se ha entendido que el estándar de la *lex stricta* prohíbe al juez aplicar la ley penal más allá del supuesto de hecho descrito en la *letra* de la disposición.⁴⁶ El razonamiento del juez debe ser necesariamente *subsuntivo* y no *analógico*, *i.e.* debe basarse en el texto de la disposición y no solo en razones que lo fundan, pero que a juicio del juez merezcan un tratamiento similar. Así, este principio prohibiría la analogía *in malam parte*.⁴⁷

41. La *lex stricta*, sin embargo, no prohíbe una *interpretación extensiva*, si por ello se entiende la interpretación *dentro del contenido literal posible*.⁴⁸ El Tribunal Constitucional ha confirmado que la interpretación extensiva es lícita y se distingue de la analogía.⁴⁹ Así también se ha entendido clásicamente en el derecho penal chileno:

Constitucional, 27 de julio de 2006, rol N° 480-2006; Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006, rol N°479 de 2006. Explica el Tribunal Constitucional que la atenuación del principio de tipicidad en el ámbito administrativo es consecuencia de las diferencias ontológicas de los fundamentos punitivos del derecho penal con el derecho administrativo sancionador (retrospectivo y prospectivo respectivamente). A este respecto, véase Tribunal Constitucional, 10 de abril de 2019, rol N°3601-17. Por otra parte, la Corte Suprema ha afirmado reiteradamente que: “la naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hacen imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es la ley, de modo que el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la administración admite ciertos grados de atenuación” (Corte Suprema, 13 de septiembre de 2016, rol N° 17.736-2016). En el mismo sentido, véase Corte Suprema, 25 de abril de 2012, rol N°2.968-2010; Corte Suprema, 25 de octubre de 2012, rol N° 6.030-2012. La doctrina nacional también ha reconocido la aplicación atenuada de los principios penales en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En este sentido: Cordero, E. (2014). “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII, pp. 399 – 439; Soto, P. (2012). “Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Comentario al fallo ‘Empresa de Servicios Sanitarios Essbio S.A. con SEREMI de Salud del Biobío’ de la Corte Suprema, rol N° 7397-2012”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 2, pp. 701-714. En doctrina comparada, véase: Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons), p. 209: “los estrictos criterios por los que se rige la determinación de la ley penal (mandato de *lex certa*), establecidos en el artículo 103.2 [de la Constitución alemana], *no son extrapolables a las leyes administrativas (...)* el Tribunal Constitucional Federal [alemán] ha advertido acertadamente del peligro que comporta una concepción exagerada según la cual toda norma debiera ofrecer en todos los sentidos certeza absoluta” [basándose en BVerfGE, 80,103 (108); y BVerfGE, 47, 327 (385 y 386)]”, citado en Londoño, F. (2014). “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, *Revista de derecho Valdivia*, vol. 27, N°2, p.153.

⁴⁶ “Este es el ámbito de la garantía de *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, es decir, la prohibición dirigida al tribunal de extender el alcance de los supuestos de hecho de normas penales y más allá del límite del sentido impuesto por la disposición, es decir, la oración fijada en el texto dotado de autoridad que constituye la fuente única de normas penales” (Bascuñán, A. (2017). “La garantía de la *lex propria* como concreción del principio de legalidad penal”, en Navarro, E. y Zúñiga, F. (coords.), *Derecho procesal constitucional. Libro homenaje al profesor Juan Colombo Campbell* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 160). Mañalich disiente, afirmando que no hay un sentido literal con el que pueda contrastarse un texto. El texto es el objeto de la interpretación, no un criterio de interpretación. El límite está en que la norma pueda ser vista como establecida legislativamente. Si el juzgador ha dado aplicación a una norma que puede ser deferentemente tratada como una norma formulada en ese texto, y no como una norma creada por el juzgador bajo pretexto de la interpretación (Mañalich, J. (2024). “La interpretación de la ley penal bajo la ‘prohibición de analogía’. Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 51, N°3, p. 78).

⁴⁷ Cury, E. (2011). *Derecho Penal, Parte General* (Santiago: Ediciones UC), pp. 200-201. En el mismo sentido, Mañalich (2024), ob. cit., p. 65.

⁴⁸ No es unívoco qué significa interpretación extensiva, pero este es el concepto que ha asumido la metodología jurídica posterior a la codificación. Para Savigny, en cambio, los conceptos son distintos: la integración de una laguna por analogía constituye una legítima aplicación de la ley (Bascuñán (2014), ob. cit., pp. 291-292).

⁴⁹ “[...] [L]a interpretación extensiva de la ley es perfectamente lícita, sin que quepa confundirla con la analogía. En aquélla, el caso está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio, se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar

Sobre la base de tal distinción [entre interpretación declarativa, restrictiva y extensiva], se ha sostenido, a veces, que la interpretación extensiva de las leyes penales se encontraría vedada.

Este punto de vista, que significa una extrapolación del principio procesal *in dubio pro reo* al campo de la hermenéutica, carece de fundamento. Puesto que la interpretación tiene precisamente por objeto determinar la verdadera voluntad de la ley, sus resultados no pueden sino ser *declarativos*, en el sentido riguroso del término. La interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe. Por eso, cuando de ella resulta que una norma penal se refiere a un número mayor de casos que los que aparecían de su consideración literal, nada obsta para que se la aplique a todos ellos, sin que eso importe violación alguna al principio de legalidad, y así se deduce, por lo demás, del art. 23 del C.C. [...].⁵⁰

42. En suma, no es correcto que el TDLC debía preferir una interpretación restrictiva; el límite está dado por el texto de la disposición que, si se justifica, debe ser interpretado *lato sensu*.⁵¹

43. Sin perjuicio de lo anterior, las sentencias del TDLC no interpretaron restringiendo ni extendiendo el texto de la regla. De hecho, su razonamiento se basa y enmarca en el texto, como lo expresa su considerando cuadragésimo cuarto: “[q]ue, ante todo, es necesario dilucidar el sentido de la frase ‘empresas competidoras entre sí’ utilizada por la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. 211”.⁵²

44. Como fue analizado *supra* 11-38, el TDLC fijó el sentido de la regla de *interlocking* según el *genuino sentido* de la disposición, siguiendo los elementos de interpretación del Código Civil (art. 23 *in fine*). A la luz de estos elementos, concluyó correctamente que el ilícito abarca el supuesto en que una persona participa como director o ejecutivo relevante simultáneamente de dos sociedades matrices que compiten por medio de sus filiales.

II. NATURALEZA *PER SE* DEL ILÍCITO

45. Es consustancial al derecho de la libre competencia que sus reglas respondan a un criterio teleológico o instrumental. Es un derecho enfocado en las consecuencias reales y potenciales de las conductas de agentes del mercado. De ahí la importancia de expertos económicos en el diseño legislativo y la composición mixta de abogados y economistas en el TDLC.

46. Las normas antimonopólicas consisten en *incentivos y desincentivos* dirigidos a resguardar la competencia espontánea entre empresas, impedir barreras de entrada injustificadas y facilitar la

(Etcheberry, A.; ob. cit.; pág. 113). A través de ella se transfiere una regla de un caso normado, a uno que no lo está, argumentando la semejanza existente. La analogía en materia penal vulnera la reserva legal, pues implica aplicar una ley a un caso no previsto expresamente [...] (Tribunal Constitucional, 20 de mayo de 2010, rol 1351-2009, c. 39°).

⁵⁰ Cury (2011), ob. cit., p. 197. Más recientemente, Mañalich (2024), ob. cit., p. 85.

⁵¹ Valdés (2006), ob. cit., p. 76: “[...] la libre competencia no sólo busca preservar la libertad en la competencia, sino que, además, esta competencia se desenvuelva ajustada a los límites de la moral, las buenas costumbres y la ley ‘lato sensu’”.

⁵² TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 44°.

desconcentración del poder económico, según ha declarado la Corte Suprema.⁵³ Se trata, en suma, de resguardar lo que el TDLC ha denominado como el *proceso competitivo*.⁵⁴

47. Naturalmente, mientras mayor es el riesgo de que una conducta dañe la libre competencia, el desincentivo es establecido en términos más gravosos.⁵⁵ Una regla prohibitiva establecida mediante una cláusula general, como la del artículo 3° inc. 1° del DL 211, exige un análisis de la conducta a la luz del bien jurídico protegido, *i.e.* la libre competencia. Por el contrario, cuando se opta por establecer una prohibición *per se*, se trata de casos en que la conducta posee *a priori* la aptitud de dañar el bien jurídico que se busca proteger.

48. Incluso el derecho penal conoce esta técnica desde antiguo en los *delitos de peligro*; más específicamente, en los de *peligro abstracto*, que no requieren demostrar la efectividad del riesgo.⁵⁶ El establecimiento de ilícitos de esas características se justifica en la constatación de la eficacia

⁵³ Corte Suprema, 8 de abril de 2022, rol 9361-2019, c. 4° (“[...] resulta pertinente destacar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, sino también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad”).

⁵⁴ TDLC, 30 de julio de 2014, rol 256-2013, c. 19°. En el Mensaje de la Ley N°20.945 se expresa que “resulta necesario introducir otros cambios en el sistema de defensa de la libre competencia, que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 4).

⁵⁵ Ello ha sido mayormente estudiado a propósito de las multas: “*In Chile, in the first place, the antitrust fines levied by TDLC (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) are intended to be punitive. In this regard, severity of behaviour and recidivism would be considered in determining the amount of fines. The second objective of the antitrust fines would be the recovery of illegal gain (disgorgement) which requires considering the economic benefit obtained by commissioning of the conduct. The potential deterrent effect is considered as a third goal of the antitrust fines*” (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016). *Sanctions in Antitrust Cases*, p. 10). El Mensaje de la Ley N°20.945 también muestra esa preocupación: “Transcurridos 5 años de vigencia de dicha ley, se ha constatado que el citado tope máximo puede resultar insuficiente como herramienta para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. Tal y como lo ha señalado nuestra Excm. Corte Suprema, la multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 2 de junio de 2010, dictada en autos rol 277-2010). A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 4). Véase también Grunberg, J. (2018). “La regla *per se* para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile”, en Carvajal, L. y Toso, A. (eds.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago: Thomson Reuters), p. 751.

⁵⁶ “[...] se habla de delitos de peligro abstracto si en el proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico; bastará con probar la realización del comportamiento típico para su consumación. Dentro de esta categoría, cabe inscribir el delito contenido en el art. 379 CP que castiga la conducción de un vehículo ‘bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas’. El delito se consuma con la simple conducción en esas condiciones. La doctrina señala que, en estos casos, no es necesario probar ni la lesión ni el peligro a la seguridad del tráfico, con lo cual se establece una presunción de peligro para el bien jurídico que no admitiría prueba en contrario (*iure et de iure*)” (Bustos, J. y Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II (Madrid: Trotta), p. 43).

del hecho prohibido para causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.⁵⁷ Así, por ejemplo, el manejo en estado de ebriedad o la fabricación de armas prohibidas hacen innecesario que el persecutor deba probar en concreto un peligro real o potencial.⁵⁸

49. Más allá de las razones sistemáticas y de razonabilidad que se analizan a continuación, el tenor del artículo 3°, inc. 2°, letra d) del DL 211 es inequívoco respecto de la naturaleza *per se* del ilícito. El TDLC correctamente estableció que esa norma no atiende al ilícito anticompetitivo genérico del inc. 1° de esa norma; se trata de un ilícito que se justifica por el riesgo para la competencia.⁵⁹

50. La naturaleza *per se* del *interlocking horizontal* como ilícito anticompetitivo se justifica para prevenir conductas que son preparatorias o facilitadoras de comportamientos concertados. Así fue expresado por el entonces Fiscal Nacional Económico en el debate de la Ley N°20.945, que incorporó la regla al DL 211, afirmando que la participación simultánea de un director en empresas competidoras “puede ser la antesala de una conducta anticompetitiva”.⁶⁰

51. Se reconoció además en el mensaje de dicha ley que el propósito de la reforma fue el fortalecimiento de la libre competencia mediante la introducción de ilícitos *per se*.⁶¹ La historia de la ley fue debidamente recogida por el TDLC.⁶²

52. Aunque el solo desempeño de una persona en un cargo directivo en dos empresas competidoras no supone *necesariamente* un daño a la competencia, la ley asume que esa conducta posee la *aptitud* para causar ese daño.⁶³ El ilícito de *interlocking* es una simple prohibición de esa participación simultánea, porque la duplicidad de roles del director o ejecutivo relevante crea instancias de coordinación indeseadas. Se explica por el carácter comercialmente sensible de la información que un director o ejecutivo relevante debe analizar para desempeñar su rol fiduciario.⁶⁴ A lo anterior se suma la extrema dificultad de detectar conductas colusorias, que haría inviable exigir prueba de efectos anticompetitivos para castigar el *interlocking*.⁶⁵

53. Por estas razones, no es razonable la opinión de los profesores Irarrázabal y Krause, en orden a restringir la prohibición *per se* a casos en que el individuo en cuestión participa en cargos de director o ejecutivo relevante de personas jurídicas competidoras, excluyendo aquellos en que la participación simultánea ocurre en una empresa y en la matriz de una sociedad que opera en

⁵⁷ Cury (2011), ob. cit., p. 292.

⁵⁸ Calificando el primer delito como de peligro abstracto, Mañalich, J. (2021). “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N°2, p. 87. Cury problematiza el ejemplo (Cury (2011), ob. cit., pp. 292-293).

⁵⁹ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 36°.

⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 76.

⁶¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, pp. 4-6.

⁶² TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 32°.

⁶³ Krattenmaker, T. (1988). “Per se violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses”, *Georgetown Law Journal*, vol. 77, N°1, p. 165.

⁶⁴ Bernet, M. (2018). “Estudio sobre las normas de interlocking y participaciones minoritarias cruzadas en la Ley sobre Defensa de la Libre Competencia”, en Carvajal, L. y Toso, A. (eds.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago: Thomson Reuters), p. 756. Cabe recordar que una industria competitiva es aquella en que las decisiones individuales de un competidor no pueden influir en el precio de mercado (Cooter, R., Ullen, T. (1998). *Derecho y economía* (México: Fondo de Cultura Económica), p. 47). La Corte Suprema ha enfatizado la importancia de un actuar autónomo e independiente de los competidores (Corte Suprema, 29 de septiembre de 2015, rol 27.181-2014).

⁶⁵ Jacobs (2013), ob. cit., pp. 7-8.

el mismo mercado. Esa tesis fue recogida por el ministro Paredes en el voto disidente de las sentencias del TDLC.

54. En efecto, esas razones justifican la regla *per se* también para el segundo caso, por cuanto la norma busca evitar un peligro abstracto de concertación, que mantiene su probabilidad e intensidad si una persona participa en el directorio de una sociedad y en el de la sociedad matriz que forma parte de una empresa competidora, o participa en ambas como ejecutivo relevante. Los riesgos son virtualmente idénticos.⁶⁶

55. Además, la eficacia preventiva de la norma *per se* descarta esa argumentación, pues bastaría la interposición de una sociedad diferente *aguas arriba* para eludirla, trasladando sin razón a la FNE el costo de litigación para acreditar el daño real o potencial a la libre competencia.⁶⁷

56. Un ilícito de peligro no infringe la prohibición constitucional de establecer presunciones de derecho de responsabilidad penal, como se muestra en los delitos de peligro del Código Penal. Como lo falló el TDLC, deben probarse los supuestos del ilícito.⁶⁸ Solo se prescinde, por razones de eficiencia preventiva, de la prueba en concreto del efecto anticompetitivo, pero no de la infracción.⁶⁹

57. También debe descartarse el argumento del profesor Valdés basado en el origen jurisprudencial de la regla *per se* en el derecho estadounidense. La naturaleza *per se* del ilícito de *interlocking* del artículo 3° inc. 2° letra d) del DL 211 no es transcripción de una ley extranjera, sino que proviene de las características del ilícito y su finalidad expresamente constatada en la historia de la ley.⁷⁰

58. En suma, la interpretación llevada a cabo por el TDLC del ilícito de *interlocking* introducido por la Ley N°20.945 como una infracción *per se* es consistente con el sentido y eficacia de la regla. El diseño del ilícito como uno de peligro abstracto, basado en la aptitud de la conducta prohibida

⁶⁶ En efecto, “cuando el Interlocking se produce en las matrices de dos competidores, en la medida en que las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades, la situación es prácticamente idéntica a la que se produce a raíz de un Interlocking horizontal”. Fiscalía Nacional Económica (2013). “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, p. 15. En este mismo sentido: “If B’s subsidiary is the competitor, however, a more serious problem arises because B can control its subsidiary, and what the interlocked director learns or does might affect competition” (Areeda, P. y Hovenkamp, H. (2010). *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. V (Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business), p. 333. Asimismo, han sostenido que la prohibición de *interlocking* “debe ser entendida como una prohibición a que las compañías realicen de manera indirecta lo que no pueden realizar de manera directa” (“should be read to forbid companies from doing indirectly what they cannot do directly”). Areeda y Hovenkamp (2010), ob. cit., p. 335.

⁶⁷ *United States v. Crocker National Corp.*, 656 f.2d 428, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito.

⁶⁸ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 27°.

⁶⁹ Se ha explicado que las reglas *per se* se justifican precisamente porque permiten su aplicación (*enforcement*) eficiente y amplia (Bork, R. (1966). “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *Yale Law Journal*, Vol. 75, N°3, pp. 386-387).

⁷⁰ El TDLC apuntó correctamente, además, que las razones que llevaron a la jurisprudencia estadounidense a morigerar la regla *per se* no se presentan en el ordenamiento chileno, por cuanto el DL 211 expresamente contempla la libre competencia como bien jurídico protegido, a diferencia de la sección 1 de la Sherman Act, en que se establecía ampliamente como ilícito todo acuerdo que restringiera el comercio. TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 26°.

para preparar posteriores conductas concertadas, resulta adecuado para prevenir efectos adversos para la libre competencia.⁷¹

III. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS EMPRESAS COMPETIDORAS

59. La legitimación procesal pasiva atinge a la relación jurídica sustantiva subyacente. El legitimado pasivo está habilitado para discutir u oponerse a la pretensión del demandante.⁷²

60. La legitimación no es una cuestión abstracta, porque requiere atender a los intereses cautelados. Mientras en casos simples la legitimación se desprende del texto literal de la ley (*v. gr.*, en la acción de divorcio), en otros se requiere un análisis más circunstanciado:

La mayor parte de las veces la determinación de la legitimación no se agota en un dato positivo legal. Por regla general, los textos legales utilizan en esta materia cláusulas abiertas, que deben ser precisadas para cada caso, jugando un rol clave en esta actividad la jurisprudencia. En un plano cuantitativo, las normas legales que fijan expresamente la legitimación para accionar o para ser sujeto pasivo de la acción son de excepción y tradicionalmente se vinculan al ejercicio de acciones constitutivas o en hipótesis de protección jurídica muy particulares.⁷³

61. Así, para analizar la posición pasiva de las empresas competidoras en casos de *interlocking* es necesario considerar los principios y fines que informan el derecho antimonopolios y dilucidar quiénes intervienen materialmente en la comisión del ilícito y, por tanto, están habilitados para discutir la pretensión sancionatoria de la FNE.

62. En materia de libre competencia, la falta de legitimación pasiva de la matriz respecto del acto de su filial y viceversa ha sido una alegación usual de los requeridos. Por ejemplo, se ha argumentado que no es la matriz la que se colude sino la persona jurídica específica que participa del mercado de que se trate;⁷⁴ o que la empresa que abusa de su posición dominante es la matriz extranjera y no la empresa chilena de su propiedad, que le presta servicios.⁷⁵

63. La jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema ha rechazado esa clase de alegación. La legitimación pasiva de los requeridos ha sido establecida con base en una “relación jurídica material con las conductas imputadas”.⁷⁶ El criterio decisivo es la unidad de dirección, *i.e.* el control sobre la conducta de la persona jurídica que participa en el mercado relevante.⁷⁷ Este criterio se justifica porque si la matriz ejerce control sobre la filial, *participa* del ilícito. Si así no fuere, la regla que sanciona el *interlocking* sería puramente teórica y se abriría un amplio camino a la colusión.

⁷¹ Jacobs (2013), ob. cit., pp. 9 y ss.

⁷² Corte Suprema, 30 de junio de 2020, rol 22.396-2019, c. 6°.

⁷³ Romero, A. (2012). *Curso de derecho procesal civil*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica), p. 88.

⁷⁴ TDLC, 28 de febrero de 2019, rol C-304-2016.

⁷⁵ TDLC, 15 de marzo de 2021, rol C-319-2017 y C-320-2017.

⁷⁶ TDLC, 15 de marzo de 2021, rol C-319-2017 y C-320-2017, c. 3°.

⁷⁷ Véase TDLC, 28 de febrero de 2019, rol C-304-2016; TDLC, 25 de septiembre de 2014, rol 236-2011; Corte Suprema, 30 de junio de 2020, rol 22.396-2019; Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, rol 27.181-2014.

64. El artículo 3º, inc. 2º, letra d) del DL 211 no enumera quiénes deben ser sancionados por el ilícito de *interlocking*. La regla se sirve de la norma del inc. 1º: “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”. Luego describe la conducta sancionada en términos impersonales: “[l]a participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”.

65. El DL 211 complementa la determinación del sujeto pasivo de la norma (*i.e.* el que comete la conducta sancionada), estableciendo que “[l]as multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo” (DL 211, art. 26, letra c)).

66. El diseño del ilícito de *interlocking* contempla un período de subsanación de la infracción de noventa días para empresas que en un año en particular superen el umbral de ventas fijado en la norma. Así, las consecuencias sancionatorias pueden revertirse poniendo fin a la participación simultánea del ejecutivo relevante o director, por lo que el ilícito se configurará si esta se *mantiene*, *i.e.* no se toman medidas para *revertirla*:

[...] 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 (DL 211, art. 3º inc. 2º, letra d)).

67. Es pertinente además la norma transitoria sobre la vigencia de la prohibición de *interlocking*:

La modificación contemplada en la letra b) del número 1 del artículo 1º, que agrega una letra d) en el artículo 3º, entrará en vigencia transcurridos ciento ochenta días contados desde la fecha de publicación de esta ley (Ley N°20.945, art. 1º trans. II).

68. El ilícito es atribuible tanto al director o ejecutivo relevante de las empresas competidoras, como a estas últimas. Por eso, ambas pueden ser requeridas por la FNE.

69. Ante todo, el artículo 3º, inc. 2º, letra d) del DL 211 no solo otorga a las compañías que sobrepasan el umbral de ventas relevante en un periodo específico un plazo de *subsanación*, sino que también la Ley N°20.945 contempla un tiempo de vacancia para que las empresas que superaban el umbral *se ajustaran* a la norma. Si ya existía participación simultánea de un ejecutivo relevante o director, las empresas pueden prevenir incurrir en el ilícito haciéndola cesar antes de los ciento ochenta días.

70. Ambas normas refuerzan el *control* de las empresas sobre la conducta sancionada, pues estas pueden evitar la infracción de la norma. Por lo mismo, evidencian la posibilidad de incurrir en el ilícito mediante *conductas omisivas*, *i.e.* no poner fin a la participación simultánea.

71. La legitimación pasiva de las empresas competidoras se desprende además de un entendimiento conjunto de los artículos 3º y 26 letra c) del DL 211. El ilícito de *interlocking* es cometido por (i) “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”, incluyendo “[l]a participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos

relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí” (DL 211, art. 3°); o (ii) “toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo” (DL 211, art. 26 letra c)).

72. Las normas citadas dejan claro que el ilícito no tiene como condición de aplicación un sujeto activo específico. No es correcto que pueda cometerlo exclusivamente el director o ejecutivo relevante. Comete la infracción toda persona natural o jurídica que *ejecute* individual o colectivamente el *interlocking* o *intervenga* en él.

73. Así, si bien el supuesto fáctico del ilícito es la participación simultánea de una *persona natural*, también *interviene* la persona jurídica que posibilita esa participación. La persona natural, por cuanto tiene control del hecho de su participación; la empresa, por designarlo como ejecutivo o director o por no revocar su nombramiento. Esta revocación debe hacerse durante el lapso establecido en la ley para subsanar la infracción, antes de la entrada en vigencia de la prohibición o una vez designado el mismo director o ejecutivo relevante en tal calidad en una empresa competidora.

74. Además, las sentencias del TDLC señalan correctamente que ello es consecuencia elemental de la teoría del órgano, *i.e.* de la constatación que las empresas actúan jurídicamente a través de los órganos corporativos de sus vehículos societarios, de modo que toda conducta de estos es *imputable* a aquellas.⁷⁸ Según he mostrado, lo relevante en materia de responsabilidad jurídica es *el lugar o centro de decisión* en que se expresa la voluntad de actuar del ente:

Entre el fundamento moral de la voluntad individual, en la tradición de von Savigny, y el romanticismo de la voluntad corporativa, como si fuera diferente de la individual, el derecho contemporáneo sigue un camino más pragmático y se pregunta por el lugar o centro de decisión y actividad en la organización de la persona jurídica; es allí donde se adoptan las decisiones y se realizan las actividades del giro social por personas naturales que actúan como sujetos encargados de cumplir los deberes de cuidado que corresponden a la empresa. La responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica resulta de una atribución que el derecho hace de los actos de sus órganos, agentes y representantes que actúan en esos centros de decisión y actividad. Por la misma razón, la persona jurídica también responde por hechos atribuibles abstractamente a su organización.⁷⁹

75. Considerando lo anterior, es infundado estimar que la designación o falta de remoción del director con participación simultánea no es atribuible a la empresa, sino *a sus accionistas*.

76. La junta de accionistas es el principal órgano de deliberación de una compañía. Adopta decisiones colectivas que representan la voluntad de la compañía, a la que le son atribuibles. Ese es precisamente el caso del nombramiento de los directores (Ley N°18.046, art. 31).

⁷⁸ TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, cc. 155°, 160°, 161°.

⁷⁹ Barros (2020), ob. cit., p. 75.

77. Carece de sentido desvincular a la sociedad de la voluntad expresada por la junta de accionistas porque estos manifiestan su interés individual al designar directores.⁸⁰ Los motivos de los accionistas son irrelevantes una vez conformada la voluntad de la junta en tanto órgano colegiado, *i.e.* la voluntad de la sociedad. Por eso, cuando la ley establece requerimientos relativos a la conformación del directorio de una sociedad, dirige el mandato hacia la sociedad o la junta y no hacia sus accionistas (*v.gr.* Ley N°18.046, arts. 38 y 50 bis). Además, la ley exige a los directores actuar en interés de toda la sociedad, y no exclusivamente del accionista que votó por su nombramiento (Ley N°18.046, art. 39).

78. Asimismo, en tanto órgano de administración, el directorio puede convocar a la junta de accionistas para revocar el directorio (Ley N°18.046, art. 56 N°3). La omisión de esta acción dentro de un plazo razonable justifica la sanción a la compañía, según se desprende también del ya citado artículo 26 letra c) del DL 211. La determinación de un plazo razonable para cesar en la infracción dependerá de las reglas del derecho corporativo, las que determinan las formas para implementar modificaciones sociales en el ámbito orgánico.⁸¹

79. Finalmente, es necesario constatar, como lo hizo el TDLC, que los eventuales beneficios del *interlocking* pertenecen a las empresas competidoras.⁸² Atendidos los fines del derecho de libre competencia y su enfoque en disuadir conductas que pongan en peligro el proceso competitivo, los principales objetos de disuasión deben ser las empresas. Así lo ha considerado la Corte Suprema en materia antimonopólica, pronunciándose acerca de la legitimación pasiva de la sociedad matriz respecto de actos colusorios de su filial.⁸³

80. Estas consideraciones dejan en claro que las empresas competidoras en que participa el director o ejecutivo relevante son legitimadas pasivas del requerimiento ejercido por la FNE y, por tanto, sujetos destinatarios de la norma que habilita al TDLC a imponer las multas respectivas.

⁸⁰ Esta posición fue mantenida por el profesor José Miguel Ried ante el TDLC (Informe en derecho Ried, pp. 9-10).

⁸¹ El profesor Juan Luis Goldenberg expuso un acucioso análisis de estas reglas y concuerda con flexibilizar el plazo de subsanación del DL 211 a la luz de las normas del derecho corporativo: “[...] observando la ritualidad societaria necesaria para efectos de llevar a cabo la corrección, se deberá tener presente que aquí la sanción no podría imponerse de manera automática (esto es, a partir del mismo instante de la coincidencia), puesto que la regulación pertinente ordenará la citación a junta de accionistas por medio de los trámites y formalidades previstos en los Títulos VI de la Ley N° 18.046 y de su Reglamento. En este sentido, una valoración proporcional de la regla del *interlocking* supondrá que, además de los plazos de subsanación expresamente previstos por la ley, sea en la propia regla del *interlocking* o en la disposición transitoria de la Ley N° 20.945, la persecución de la responsabilidad de la empresa deberá considerar el tiempo indispensable para el cumplimiento de las reglas exigidas por el Derecho de sociedades” (Informe en derecho Goldenberg, p. 35).

⁸² TDLC, 14 de abril de 2025, sentencia N°202/2025, c. 162°.

⁸³ Corte Suprema, 8 de abril de 2022, rol 9361-2019, c. 3° (“[...] encontrándose asentado como un hecho de la causa que Cencosud S.A. y Cencosud Retail S.A. forman parte de un mismo grupo empresarial, resulta evidente que lo obrado por la segunda produce un efecto económico beneficioso para la primera, quien tiene la propiedad mayoritaria sobre la segunda, lo cual necesariamente lleva al acertado rechazo de la excepción”).

IV. CONCLUSIONES

81. Los antecedentes revisados y las consideraciones expuestas permiten formular las siguientes conclusiones:

- (i) El ilícito de *interlocking* horizontal establecido en el artículo 3° inc. 2° letra d) del DL 211 comprende casos en que una persona participa como director o ejecutivo relevante de dos sociedades matrices que, mediante o junto con sus filiales, compiten en un determinado mercado. Esas personas jurídicas –la filial y la matriz– forman parte de la misma *empresa competidora*. Así se desprende del tenor literal de la norma estudiada (*supra* 11-17), de su interpretación lógica y sistemática (*supra* 18-32) y la historia de su establecimiento (*supra* 33-38).
- (ii) Incluso aplicando a las normas antimonopólicas las restricciones interpretativas de la ley penal, el juez no está obligado a adoptar una *interpretación restrictiva* de sus términos (*supra* 39-44). La interpretación empleada por la FNE y el TDLC se enmarca *dentro del contenido literal posible* del artículo 3° inc. 2° letra d) del DL 211 y respeta los criterios interpretativos de la ley establecidos en el Código Civil.
- (iii) El ilícito de *interlocking* horizontal –prohibido bajo una regla *per se*– se refiere a empresas de modo que no se limita a casos en que el director o ejecutivo relevante participa en dos personas jurídicas que operan en un mismo mercado. El ilícito comprende el ejercicio simultáneo de esos cargos en una sociedad y en la matriz de una sociedad que opera en el mismo mercado, o en dos matrices. Así se desprende del fin preventivo de la prohibición (*supra* 45-52, 56) y los idénticos efectos del *interlocking* en uno y otro caso (*supra* 53-55).
- (iv) Son legitimados pasivos para ser requeridos y sancionados por el ilícito de *interlocking* tanto los directores o ejecutivos relevantes como las empresas competidoras. En materia de libre competencia, el criterio para definir la legitimación pasiva es la intervención en la conducta prohibida (*supra* 59-63).
- (v) Los períodos de subsanación y adaptación normativa contemplados en el DL 211 confirman la relevancia de la *capacidad de control* de las empresas competidoras (*supra* 66-67; 69-70). Además, estas pueden prevenir o subsanar el *interlocking* mediante acuerdos de su junta de accionistas, cuyas decisiones como órgano colegiado les son imputables directamente (*supra* 74-78). Debe considerarse también que los beneficios de un *interlocking* corresponden a las empresas competidoras, por lo que su legitimación pasiva se aviene con la finalidad de la norma que prohíbe dicha conducta (*supra* 79).

He elaborado esta opinión con la colaboración de Felipe Chahuán Zedan, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, y Emanuel Gutiérrez Martínez, profesor invitado de Derecho Civil de la Universidad Adolfo Ibáñez.

Enrique Barros Bourie
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Chile