



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**Análisis de la regulación sobre interlocking contemplada en el artículo 3 letra d) del
Decreto Ley 211 de 1973.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor:

Benjamín Francisco González Cortés

Profesor Guía:

Jorge David Grunberg Pilowsky

Santiago, Chile

2020

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
-------------------	---

CAPÍTULO I. EL INTERLOCKING

1.1. ¿Qué es el Interlocking?	5
-------------------------------------	---

1.2. Hipótesis de Interlocking	6
--------------------------------------	---

CAPÍTULO II. POSIBLES RIESGOS Y BENEFICIOS PARA LA COMPETENCIA ASOCIADOS AL INTERLOCKING

2.1. ¿Por qué al derecho de la competencia le interesa regular el Interlocking?	11
---	----

2.2. Posibles riesgos para la competencia.....	12
--	----

2.2.1. Colusión.....	12
----------------------	----

2.2.2. Coordinación.....	15
--------------------------	----

2.3. Posibles beneficios para la competencia	19
--	----

CAPÍTULO III. REGULACIÓN DEL INTERLOCKING

	21
--	----

CAPÍTULO IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3 LETRA d) del DL 211

4.1. Interlocking bajo la regla per se	25
--	----

4.2. ¿Qué se entiende por la frase “empresas competidoras entre sí”?	30
--	----

4.3. ¿Cuál sería una definición adecuada para el término “competidores” en Chile?	39
--	----

4.4. ¿Qué se entiende por cargo ejecutivo relevante?	45
--	----

4.5. ¿Por qué se estableció un umbral -respecto de los ingresos de los grupos empresariales- como requisito para sancionar el Interlocking horizontal?	48
--	----

4.6. Análisis del inciso segundo del artículo 3 letra d)	51
--	----

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE INTERLOCKING

5.1. Interlocking horizontal directo.....	53
5.2. Interlocking indirecto - deputation.....	56
5.3. Interlocking directo - competencia entre filiales y competencia matriz-filial	60
5.4. Interlocking indirecto -matriz-filial tipo joint venture	63
5.5. Interlocking entre competidores potenciales	69
5.6. Interlocking vertical	72
5.7. Interlocking entre parientes.....	75
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFÍA	82

INTRODUCCIÓN:

En agosto del año 2016 tuvo lugar la última reforma al Decreto Ley 211 de 1973 (en adelante “DL 211”), principal cuerpo legal que fija la normativa aplicable a la libre competencia en nuestro país, mediante la publicación en el Diario Oficial de la Ley 20.945. Lo anterior, demuestra un amplio interés, tanto del poder ejecutivo como del legislativo, por contar con una legislación moderna acorde a estándares internacionales, lo que se enmarca en la búsqueda de una mejor regulación de la actividad económica en los mercados y de los agentes económicos que actúan dentro de ellos. Todo esto, sin obviar que el interés por efectuar transformaciones a nuestra legislación de libre competencia se vio acrecentado por los casos de colusión en los mercados de las farmacias, pollos y papel tissue, entre otros.

Dentro de las modificaciones contempladas por la Ley 20.945 se encuentra la regulación de una materia que es nueva dentro de nuestra normativa de defensa de la libre competencia, esta es, la prohibición contemplada en el nuevo artículo 3 letra d), que hace referencia al “Interlocking”. Su ubicación en el texto legal no es casualidad, puesto que ha sido incorporada en el mismo artículo en el cual se ubican las colusiones, el abuso de posición dominante y las practicas predatorias, las que son consideran como conductas atentatorias del bien jurídico tutelado, la libre competencia.

Dicha inclusión al artículo 3 del DL 211, ha generado más dudas que certezas en los receptores de la norma, quienes han clamado a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) por una guía que ayude a dilucidar cuál será la interpretación que dicho organismo aplicará a algunos conceptos incorporados en ella¹, tales como: qué se entenderá por

¹ VALENZUELA y CARDENAS. 2017. Normativa de Interlocking en cuenta regresiva: expertos ven espacios grises y alza de costos. [En línea] La Tercera, 18 de enero, 2017. <<https://www.latercera.com/pulso/normativa-de-interlocking-en-cuenta-regresiva-expertos-ven-espacios-grises-y-alza-de-costos>> [Consultado por última vez en octubre 2020]

“empresas competidoras”, que ejecutivo estará desempeñando un “cargo ejecutivo relevante”, si debe ser entendida como una regla per se, entre otras.

Ante dicha situación, este trabajo tiene como primer objetivo proponer una razonable interpretación del artículo 3 letra d) del DL 211, además de señalar cuáles serían los supuestos de aplicación de la normativa. Es decir, en qué casos nos encontraremos frente a una situación que debe ser considerada como Interlocking, y si dicho Interlocking debería ser investigado, perseguido y eventualmente sancionado por parte de las autoridades competentes, considerando para ello un estudio acabado del derecho comparado, la jurisprudencia existente de la materia, y la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945.

CAPÍTULO I. EL INTERLOCKING

1.1. ¿Qué es el Interlocking?

Acorde a lo señalado por Michael Jacobs, el término *Interlocking directorates o management interlocks*² se refiere a una “forma de vínculos estructurales entre empresas que ocurre cuando estas directa o indirectamente comparten un director o un ejecutivo en común”³. Consideramos que esta definición amplia es la más adecuada, puesto que abarca las diferentes hipótesis de Interlocking que serán presentadas posteriormente.

En la gran mayoría de los casos, los Interlocking entre empresas son considerados legales por el derecho de la libre competencia. No obstante, cuando los Interlocking vinculan a dos o más empresas competidoras directas, se considera como una práctica que pone en cuestionamiento la independencia de las decisiones de sus directores o ejecutivos relevantes ⁴.

Este último punto es de especial preocupación para el derecho de la competencia, el cual impone a los competidores un deber de comportamiento autónomo al decidir acerca de las variables esenciales de la competencia en los mercados, como son: el precio del producto, cantidad de producción, zonas geográficas donde competir o las cuotas de

² Su traducción al español ha sido realizada bajo el término “directorios entrelazados”. Sin embargo, durante el desarrollo del trabajo utilizaremos el término “Interlocking” para no generar confusiones al citar jurisprudencia y doctrina en idioma inglés.

³ JACOBS. M. 2013. *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies*, Fiscalía Nacional Económica Working Paper. p.1. [Traducción libre]: “*Interlocking directorates, or management interlocks, are a form of structural links between companies that occur when firms directly or indirectly share a common board director or officer*”.

⁴ *Ibidem*. [Traducción libre]: “*The practice generally is not considered to be harmful to competition, and indeed from a corporate governance perspective interlocks may produce tangible benefits. Nevertheless, when an interlock involves competitors, serious concerns can arise because of the potential to facilitate collusion or otherwise contribute to the establishment or maintenance of tacit or oligopolistic coordination*”.

participación de mercado a alcanzar, prohibiendo que todas estas se adopten de manera concertada ⁵.

Lo anterior, se puede constatar en las decisiones que se han adoptado tanto en la jurisprudencia internacional como nacional. En el ámbito internacional podemos observar la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual señaló en el caso *Copperweld v. Independence Tube* que “la actividad concertada está intrínsecamente cargada de riesgos anticompetitivos, puesto que priva al mercado de los centros de decisión independientes que la competencia asume y exige”⁶. Por su parte, nuestra Corte Suprema señaló en el caso FNE contra Agrícola Agrosuper S.A, que “resulta como principio fundamental que las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente, que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles”⁷.

1.2. Hipótesis de Interlocking

Los Interlocking pueden tomar varias formas. En una primera aproximación han sido clasificados en directos, si las empresas se encuentran vinculadas a través de la misma persona, o en indirectos, si es a través de diferentes personas ⁸.

Asimismo, han sido clasificados en horizontales, si la relación entre las empresas es de competidores directos; verticales, si las empresas operan en diferentes niveles de la

⁵ GRUNBERG. J. 2018. La regla per se para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile. En: TOSO MILOS. A y CARVAJAL ARENAS. L (eds.), Estudios de Derecho Comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial: 7 y 8 de noviembre 2018. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. p. 741.

⁶ *Copperweld v. Independence Tube* 467. U.S. 752, 768-769 (1984): [Traducción libre]: “*Concerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk. It deprives the marketplace of the independent centers of decision making that competition assumes and demands*”.

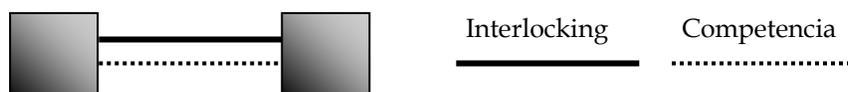
⁷ Corte Suprema. Sentencia en caso FNE contra Agrícola Agrosuper S.A y otros, de fecha 29 de septiembre de 2015, dictada en autos rol N°27181-2014, considerando 37°.

⁸ OECD. 2008. Antitrust Issues Involving Minority Shareholdings and interlocking directorates. Directorate for Financial and enterprise Affairs Competition committee. p 48. [Traducción libre]: “*Corporate interlocks can be direct or indirect if companies are linked through different people*”.

cadena de distribución, como un productor y un distribuidor; o de conglomerados, si la relación ocurre entre empresas que no operan en los mismos mercados ⁹.

De ambas clasificaciones surgen numerosas hipótesis, como ha sido señalado por Jacobs, quién ha distinguido como el más recurrente y sencillo al Interlocking “horizontal directo”, el cual se produce cuando “el mismo individuo tiene responsabilidades ejecutivas en dos empresas independientes que compiten entre sí”¹⁰. (Figura 1).

Figura 1 (Interlocking horizontal directo):



Ha sido el mismo Jacobs, quien ha graficado otras formas diferentes que pueden tomar los Interlocking entre competidores¹¹.

La primera de ellas se ha denominado “deputization”, que sería una forma de Interlocking horizontal indirecto, el cual ocurre cuando “diferentes individuos que representan a una sola persona jurídica o empresa “C” forman parte de los directorios o ejercen cargos ejecutivos relevantes en dos competidores directos “A” y “B”. (Figura 2). De esta forma, cuando los individuos, que actúan en una relación principal-agente, representan los mismos intereses en empresas competidoras entre sí, puede ocurrir una

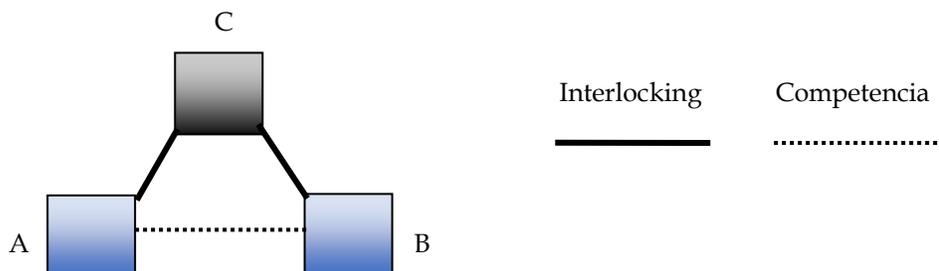
⁹ PETERSEN, V. 2016. Interlocking Directorates in the European Union: An Argument For Their Restriction, Eur. Bus. L. Rev. p.3. [Traducción libre]: “Moreover, interlocks can be horizontal, vertical or conglomerate. Horizontal interlocks are interlocks between competing firms. Vertical interlocks occur between firms, such as a manufacturer and a distributor, that operate on different levels of the distribution chain. Conglomerate interlocks occur between firms that do not operate in the same markets”.

¹⁰ JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 if the Clayton Act as a template for small and emerging economies. Fordham international Law journal, 37. p. 649. [Traducción libre]: “An interlock involving competitors may be either direct or indirect. The former is the most straightforward situation and occurs when the same individual has executive responsibilities in two separate competing firms”.

¹¹ JACOBS. M. 2013. Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper. pp. 4-6.

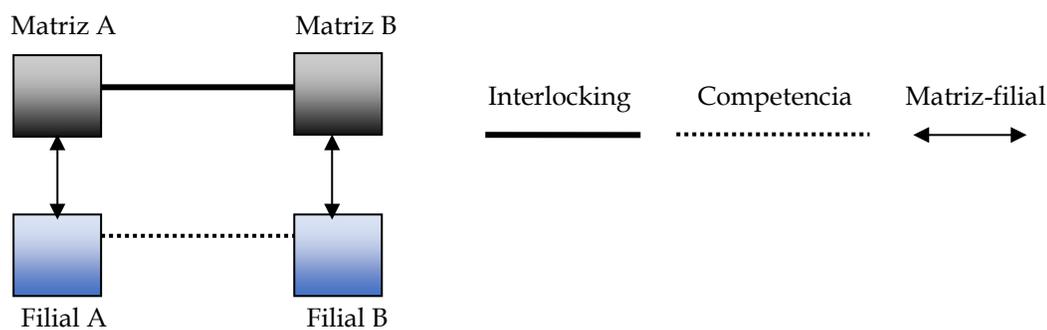
situación que materialmente produzca los mismos resultados que un Interlocking horizontal directo”¹².

Figura 2 (Interlocking indirecto- deputization):



Una segunda forma de Interlocking (distinto del horizontal directo) se produce cuando una persona sirve como director o ejecutivo relevante en dos sociedades matrices que no compiten entre sí, pero cuyas filiales compiten entre ellas. (Figura 3).

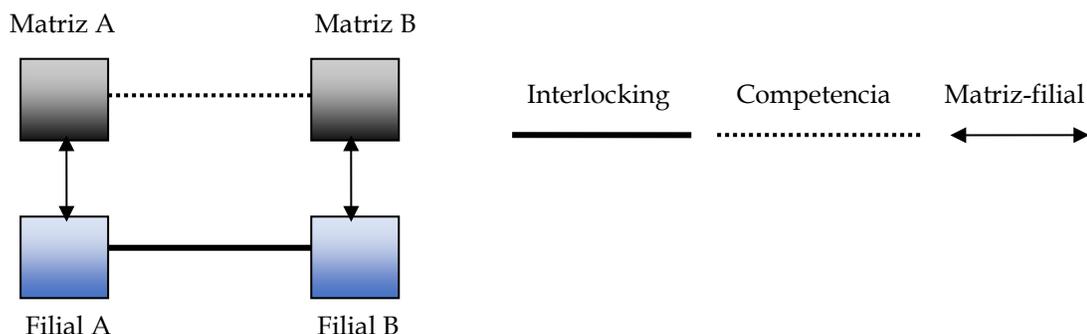
Figura 3 (Interlocking directo - competencia entre filiales).



Una situación diferente, ocurre cuando la misma persona participa de forma simultánea como director o ejerce el cargo de ejecutivo relevante en las filiales de empresas matrices que compiten entre sí. (Figura 4).

¹² JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 if the Clayton Act as a template for small and emerging economies. Fordham international Law journal, 37. p. 649. [Traducción libre]: “In contrast, an indirect interlock can take various forms. For instance, in an arrangement sometimes referred to as “deputization,” different individuals who represent a single person or corporation serve on the competitors’ boards. When the individuals, acting in a principal-agent relationship, for instance, represent the same interests on the separate boards, a situation materially the same as a direct horizontal interlock between the competitors can result.”

Figura 4 (Interlocking directo - competencia entre matrices).



Otro tipo de Interlocking se produce cuando la misma persona se desempeña en el directorio o en cargos ejecutivos relevantes de dos sociedades matrices que no son competidoras entre sí, pero la filial de una de ellas compite con la otra sociedad matriz. (Figura 5).

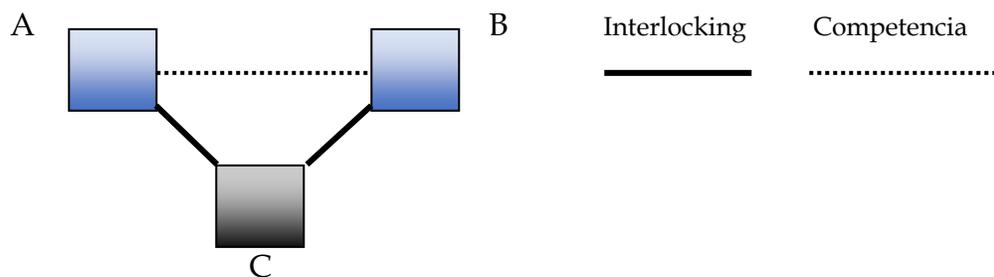
Figura 5 (Interlocking directo - competencia matriz filial).



Fuera de las hipótesis de Interlocking señaladas por Jacobs, la Fiscalía Nacional Económica ha considerado que podría producirse una nueva situación si invertimos la figura del "deputization" descrita anteriormente (Figura 6). En esta estructura, dos empresas competidoras entre sí "A" y "B" nombran directores en una empresa "C" que se encuentra fuera de su mercado relevante, lo que podría ocurrir en el marco de un joint venture ¹³.

¹³ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.19.

Figura 6 (Interlocking indirecto- matriz-filial tipo joint venture)



Adicionalmente a las hipótesis enunciadas anteriormente, J. Thomas Rosch ha señalado otros tipos de Interlocking que podrían ser riesgosos para la libre competencia, dentro de los cuales se encuentra el Interlocking vertical (ej., entre un productor y su distribuidor), el Interlocking entre parientes, o el Interlocking entre competidores potenciales ¹⁴.

Es necesario precisar que las hipótesis de Interlocking señaladas previamente no comparten los mismos riesgos anticompetitivos, ya que estos son diferentes en relación con su estructura, lo que conlleva que no todas las hipótesis de Interlocking sean cuestionables de la misma forma por el derecho de la competencia¹⁵, este análisis será abordado en una sección posterior.

¹⁴ ROSCH, J. T., 2009. Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States. Remarks of J. Thomas Rosch, Commissioner. Federal Trade Commission before the University of Hong Kong. p.18 [En línea] <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/terra-incognita-vertical-and-conglomerate-merger-and-interlocking-directorate-law-enforcement-united/090911roschspeechunivhongkong.pdf> [Consultado por última vez en septiembre 2020].

¹⁵ JACOBS. M. 2013. "Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper, p.11. [Traducción libre]: "First, management interlocks are not intrinsically problematic, only certain interlocks. Therefore, the standard cannot be too restrictive such that it unduly restricts those instances in which interlocks would be beneficial or otherwise competitively benign. Second, 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."

CAPÍTULO II. POSIBLES RIESGOS Y BENEFICIOS PARA LA COMPETENCIA ASOCIADOS AL INTERLOCKING

2.1. ¿Por qué al derecho de la competencia le interesa regular el Interlocking?

El Interlocking ha sido una práctica que ha generado debate en materia de libre competencia, por sus posibles riesgos anticompetitivos y beneficios competitivos.

El sector de la doctrina que se ha opuesto a la configuración de estructuras de Interlocking ha visto su crítica inicial en la figura de Louis Brandeis, quien señaló: “la práctica de los Interlocking es la raíz de muchos males. Esta ofende la ley de lo humano y de lo divino. Aplicado a empresas competidoras, esta tiende a la supresión de la competencia y a la contravención de la Ley Sherman. Aplicado a empresas que se relacionan entre sí, tiende a la deslealtad y a la violación de la ley fundamental de que ningún hombre puede servir a dos maestros”¹⁶.

Desde el punto de vista de Brandeis, el término “*Interlocking directorates*” era sinónimo de cualquier potencial conflicto de interés y cualquier forma de Interlocking (sin importar si las empresas fuesen competidoras directas, potenciales competidoras, o relacionadas verticalmente) podía ser declarada como ilegal¹⁷. Tal fue la influencia de Brandeis, que en

¹⁶ BRANDEIS. 1914. *Other People’s Money: and how the Bankers use it*. New York. Frederick A. Stokes Company. p. 51. [Traducción libre]: “*The practice of interlocking directorates is the root of many evils. It offends laws human and divine. Applied to rival corporations, it tends to the suppression of competition and to violation of the Sherman law. Applied to corporations which deal with each other, it tends to disloyalty and to violation of the fundamental law that no man can serve two masters.*”

¹⁷ *Ibidem*. pp. 51-52. [Traducción libre]: “*The term Interlocking directorates is here used in a broad sense as including all intertwined conflicting interests, whatever the form, and by whatever device effected. The objection extends alike to contracts of a corporation whether with one of its directors individually, or with a firm of which he is a member, or with another corporation in which he is interested as an officer or director or stockholder. The objection extends likewise to men holding the inconsistent position of director in two potentially competing corporations, even if those corporations do not actually deal with each other.*”

el año 1914 los Estados Unidos de América se convirtió en el primer país en promulgar la prohibición del Interlocking entre competidores ¹⁸.

Ahora bien, debemos cuestionarnos cuales son las motivaciones que podrían existir entre las diferentes empresas para establecer estos vínculos estructurales y sus riesgos o beneficios sobre la libre competencia.

2.2. Posibles riesgos para la competencia:

2.2.1. Colusión.

El primer riesgo asociado al Interlocking es que estos vínculos podrían dar paso a una colusión, puesto que la misma persona podría facilitar acuerdos entre empresas competidoras, consistentes en fijar alguna de las variables de la competencia, como son los precios de venta o de compra, o establecer limitaciones a la producción¹⁹, mediante su presencia en los órganos de administración, restringiendo así, la competencia en el mercado.

El riesgo de colusión fue una de las justificaciones presentadas en la tramitación de la Ley 20.945 que motivó la incorporación de la prohibición del Interlocking horizontal directo en el art.3 letra d) del DL 211. En dicha instancia, el Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal, señaló que: “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”²⁰. Esta afirmación

¹⁸ FLEHNER.M. 1979. Section 8 of the Clayton Act Applicable to Corporations (SCM Corp. v. FTC). St. John's Law Review. Volume 53. Article 5. p.234.

¹⁹ MILLER, G. 1997. Interlocking Directorates and the antitrust law. 26 Colorado Lawyer. p.53. [Traducción libre]: “*The problem is that when an individual simultaneously serves as an officer or director of two competing companies, he or she stumbles into a prime opportunity for collusion – for example, coordination of pricing, marketing, or production plans of the two companies.*”

²⁰ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de Comisión de Constitución, Cámara de Diputados. p. 186. [Traducción libre]: “*Por último, se refirió a la prohibición de “interlocking” horizontal: es decir, de la prohibición de participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más grandes empresas que sean competidoras entre sí (facturación anual de cada grupo económico debe ser mayor a 100.000 UF). Esto se fundamenta en que el hecho de que una persona*

se sustenta en la extensa literatura de libre competencia, que considera que los Interlocking son una práctica que deviene en la formación de carteles ²¹.

Por otra parte, la doctrina ha señalado que “el modelo colusorio considera los Interlocking como mecanismos estructurales que consolidan la colusión y posteriormente ayudan al desarrollo de los carteles”²². En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica ha señalado que “los Interlocking facilitan la detección de desviaciones de un eventual acuerdo colusorio con relativamente poco rezago, en tanto conforman una plataforma de intercambio de información con cierta periodicidad”²³. Dicha afirmación, se sustenta en lo señalado previamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), en la resolución de consulta de fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A, ocasión en la cual, sostuvo que “la facilidad de monitoreo de precios en una industria es otra condición que facilita la colusión. En presencia de rezagos breves en la detección de eventuales desvíos es más fácil sostener un acuerdo colusorio, ya que la reacción de castigo de las demás firmas podría ser más rápida, lo que hace menos rentable la estrategia de burlar el acuerdo colusorio”²⁴.

Un cierto sector de la doctrina ha cuestionado la idea de que los Interlocking aumentan el riesgo de colusión entre empresas competidoras. Dentro de ellos se encuentra Mark

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”.

²¹ LESLIE, C. 2004. Trust, Distrust, and Antitrust. *Texas Law Review*, Vol. 82(3): 583-584. [Traducción libre]: “*Similar to cross-ownership, companies wishing to cartelize a market have often tried to compensate for an absence of trust among independent companies by creating interlocking directorates*”.

²² MURRAY. G. 2006. *Capitalist Networks and Social Power in Australia and New Zealand*. Aldershot: Ashgate; FICH. EM Y WHITE LJ. 2005. Why do CEOs reciprocally sit on each other’s boards? *Journal of Corporate Finance* (11) 175-195. [Traducción libre]: “*The collusive model looks at interlocks as structural mechanisms that cement collusion and subsequently help the development of business cartels.*”

²³ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. *Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras*. Santiago. p. 30.

²⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 43/2012, de fecha: 12 de diciembre de 2012 (Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.). Considerando 12.9.

Mizruchi, quien se cuestionó si los Interlocking entre competidores son motivados por intentos de colusión, si estos son efectivos para facilitar una colusión, o si finalmente los Interlocking son irrelevantes en una colusión. El autor señala que, al prácticamente no existir evidencia respecto a la motivación detrás del Interlocking, no se puede concluir que la existencia de Interlocking tenga por objetivo la colusión²⁵.

Un intento por realizar un análisis empírico respecto al riesgo de colusión de las estructuras de Interlocking fue llevado a cabo por Hubert Buch-Hansen, quién analizó la correlación entre empresas en situación de Interlocking dentro de la Unión Europea y la proliferación de conductas colusorias dentro de ellas. A pesar de que el estudio no pudo entregar respuestas definitivas, el autor indicó que “la información analizada sugiere que los Interlocking son improbablemente seguidos de conductas colusorias por lo que no facilitarían la proliferación de un cartel”²⁶. La explicación de los resultados se encontraría en “un marco normativo que ha mostrado preocupación por el potencial anticompetitivo del Interlocking y un aumento del castigo a la colusión”²⁷. Finalmente, el autor concluyó que “el Interlocking sería un método insuficiente y demasiado transparente para facilitar conductas colusorias”²⁸.

²⁵ MIZRUCHI, M. 1996. What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates. Michigan, Annual Review of Sociology. p.273-274. [Traducción libre]: “*This raises the questions of whether interlocks between competitors were motivated by attempts to collude, whether they were effective in facilitating such collusion, or whether they were ultimately irrelevant. Evidence on this issue has been difficult to identify. There are virtually no systematic data on firms' motives for interlocking*”.

²⁶ BUCH HANSEN, Hubert. 2014. Interlocking directorates and collusion: An empirical analysis. *International Sociology*, 29(3), pp.263-264. [Traducción libre]: “*Definitive answers to the research questions cannot be provided, but the data examined in this study suggest that interlocking directorates are rarely succeeded by collusive activities. Interlocking directorates do not appear to facilitate cartels.*”

²⁷ Ibidem. pp.263-264. [Traducción libre]: “*The article proposes that the main explanation for this is a regulatory environment that has shown awareness of the anti-competitive potential of interlocking directorates while increasingly punishing collusion severely.*”

²⁸ Ibidem. pp.263-264. [Traducción libre]: “*At the end of the day, interlocking directorates may be an insufficient and also too transparent mechanism for facilitating collusive activities.*”

Ante ello, Jacobs reconoce que “no se puede asumir con certeza que los Interlocking entre competidores invariablemente traerán consigo una conducta colusoria. Sin embargo, la conducta colusoria es generalmente difícil y costosa de detectar, y en caso de que ocurra puede conllevar costos sociales significativos. Por lo tanto, incluso la posibilidad que los Interlocking puedan resultar en una colusión debe ser tomada muy en serio”²⁹.

En definitiva, podemos señalar que la mayor parte de la doctrina ha planteado que la existencia de un Interlocking incrementa el riesgo de que se produzca una colusión entre competidores, lo que motivó la prohibición por parte del legislador en nuestro país. Ahora bien, el hecho de que no existan evidencias empíricas concluyentes respecto a la causalidad necesaria entre el Interlocking y el riesgo de colusión puede deberse a deficiencias probatorias o a las características institucionales del caso concreto. Es por ello, que, aun en ausencia de evidencia empírica, se justifica la implementación de una prohibición de Interlocking entre competidores directos.

2.2.2. Coordinación:

En segundo lugar, los Interlocking podrían traer consigo riesgos para la libre competencia al establecer una base de contacto frecuente de intercambio de información entre las empresas competidoras ³⁰, lo que puede generar coordinación entre ellas sin necesidad de

²⁹ JACOBS. M. 2013. “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper. p.7-8. [Traducción libre]: “*This is certainly not to suggest that interlocks involving “competitors” invariably will lead to collusive behavior, and indeed there is debate in the economics literature as to whether such interlocks result in meaningfully higher levels of collusion. Nevertheless, collusive conduct is often difficult and costly to detect, and when it does occur, can impose significant social costs, therefore even the possibility that interlocks could result in collusion should be taken very seriously.*”

³⁰ Square D Co. v. Schneider, S.A., 760 F. Supp. 362, 366 (1991). [Traducción libre]: “*The purposes of § 8 are to avoid the opportunity for the coordination of business decisions by competitors and to prevent the exchange of commercially sensitive information by competitors.*”

un acuerdo, es decir, una coordinación que surja de la mera interdependencia oligopolística³¹.

Esto se debe a que, en un escenario competitivo, las empresas no cuentan con información acerca de cómo actuarán sus competidores en el mercado. En cambio, al existir un Interlocking, se puede facilitar una “coordinación oligopolística mediante el intercambio anticompetitivo de información relevante, como pueden ser ventas, precios, diseño de productos o estrategia empresarial”³². Para estos efectos, se entiende por información relevante “toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado”³³.

Dentro de esta última, la información acerca de los precios futuros que se dispondrán en el mercado es “probablemente la más útil para los competidores, porque les permite llegar a un punto de encuentro, y, por tanto, la más perjudicial. Es útil para las empresas competidoras porque les permite comunicarse donde quisieran estar, sin tener que comprometerse realmente con el precio”³⁴.

La FNE ha explicado este riesgo anticompetitivo del Interlocking, al señalar que “el nombramiento de un director en una empresa competidora permite, en principio,

³¹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.29.

³² JACOBS. M. 2013. “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper, p.8. [Traducción libre]: “*Apart from outright collusion, management interlocks may facilitate tacit collusion or other means of oligopolistic coordination through anticompetitive exchanges of sensitive information regarding sales and prices, product design and firm strategy*”.

³³ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Santiago. p.14.

[En línea:] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf> [Consultado por última vez en abril 2020].

³⁴ BENNET Y COLLINS. 2010. The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly. European Competition Journal. 6(2). p. 320. [Traducción libre]: “*The sharing of future pricing intentions directly between competitors is probably the most useful information in enabling them to reach a focal point, and hence is the most harmful. It is useful to firms because it allows competitors to communicate where they would like to be, without actually having to commit to the price.*”

participar en la evaluación de decisiones de negocios de dicha empresa, acceder a información sobre potenciales inversiones y planes de desarrollo futuro, así como a información sobre precios (presentes y futuros), costos y volúmenes de manera privada y desagregada, todo ello, además, sobre la base de un contacto frecuente y estable (junta de directores)”³⁵.

En el caso de que los competidores compartan dicha información confidencial, se facilita que estos reconozcan la interdependencia oligopolística, lo que puede motivar un actuar coordinado entre ellos aún en ausencia de un acuerdo explícito ³⁶. En esta misma línea, Jacobs señala que “el intercambio de información relevante puede facilitar que los actores económicos alcancen un entendimiento común acerca de sus conductas futuras”³⁷, lo que podría poner en riesgo el correcto funcionamiento de los mercados.

Por otra parte, el intercambio de información también puede ser usado para detectar nuevos agentes económicos que entran en el mercado y coordinar conductas en contra de ellos. Los entrantes generalmente querrán entrar en el mercado cuando los precios se encuentren al alza, lo que puede interferir con el statu quo del mercado en el que actúan las empresas. La información permitiría a las empresas identificar la entrada y coordinar una respuesta que mantenga la estabilidad ³⁸.

El mencionado riesgo de coordinación y traspaso de información ha sido considerado por nuestra jurisprudencia. Así, podemos señalar la decisión del TDLC en el marco de la

³⁵ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.29

³⁶ Ibidem. p.29.

³⁷ JACOBS. M. 2013. “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper. p.8. [Traducción libre]: “*These exchanges may make it easier for economic actors to reach common understandings regarding future behavior, and also help firms more readily detect deviations by others, thus lessening any incentive to deviate*”.

³⁸ BENNET Y COLLINS. 2010. The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly. European Competition Journal. 6(2). p. 323. [Traducción libre]: “*Information may also be used to detect new market entrants and coordinate conduct against them*”.

consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia. En este caso, Copec S.A adquirió una participación accionaria del 22% de Terpel Colombia, la cual era a su vez, propietaria de su filial chilena, Terpel Chile, empresa que competía en ese entonces con Copec S.A en el mercado de distribución mayorista y minorista de combustible ³⁹.

Frente a dicha consulta, el TDLC señaló que existían riesgos para la libre competencia en Chile, debido a que “la consultante tiene una participación preponderante en los segmentos de distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos y la adquisición indirecta del control de Terpel Chile aumentará dicha participación hasta que no se verifique su enajenación, generando riesgos de coordinación con otros actores de los mercados de distribución mayorista y minorista y de abuso unilateral en el ámbito de la distribución minorista por medio de estaciones de servicio”⁴⁰.

Para evitar los riesgos de coordinación antes mencionados, el TDLC impuso remedios conductuales para limitar los contactos entre los directores de Terpel Colombia y Terpel Chile, y de esta forma evitar los traspasos de información entre ejecutivos. Los remedios conductuales mencionados, consistieron en que los directores de Terpel Colombia que fueran dependientes o relacionados a Copec debieron abstenerse de: (i) participar de la gestión de negocios de Terpel Chile, y; (ii) de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas dependientes o relacionadas a Copec ⁴¹.

³⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N°34/2011, de fecha 26 de mayo de 2011, dictada en autos rol NC N°380-10. pp. 2-3.

⁴⁰ Ibidem. p. 28

⁴¹ Ibidem. p.32: “a) Los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, que sean dependientes o relacionados con Copec, deberán abstenerse absolutamente de conocer o intervenir en la gestión, resultados o negocios de Terpel Chile; (...) c) Los directores y funcionarios de Terpel Chile y de Terpel Colombia, deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas que sean dependientes o relacionadas con Copec.”

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que la presencia de un Interlocking entre competidores podría conllevar un intercambio de información relevante entre ellos, facilitando la coordinación, aún en ausencia de un acuerdo explícito.

2.3. Posibles beneficios para la competencia:

Un cierto sector de la doctrina ha señalado que los Interlocking podrían traer consigo beneficios pro competitivos. Uno de ellos ha sido Spencer Weber, quien ha destacado el valor de contar con directores con experiencia y con conocimientos en el área, quienes tengan la habilidad de desempeñar un rol importante en la reducción de costos de la empresa. Acorde a su postura, “si la ley -haciendo referencia a la Clayton Act - opera según lo previsto, obviamente se excluirá a un cierto número de directores altamente calificados, y las empresas que cotizan en bolsa tendrán que encontrar directores externos de un grupo de candidatos diferente y más reducido”⁴². Por lo tanto, sería más eficiente intervenir en el mercado de talento ejecutivo sólo en la medida necesaria para lograr objetivos claramente definidos ⁴³.

Asimismo, se ha sostenido que los Interlocking benefician a las empresas de formas en que es difícil imaginar resultados anticompetitivos que los acompañen. Mizruchi ha explicado este punto al señalar que “la junta de directores cumple una importante función respecto a la reputación de una empresa. Cuando los inversionistas deciden si invertir en una empresa, tienen en cuenta la fortaleza de la empresa y la calidad de su gestión. Al nombrar a personas con vínculos con otras organizaciones, la empresa les indica a los

⁴² WEBER, S. 2011. Corporate Governance and Competition Policy. Chicago, George Mason Law Review, Vol. 18, No. 4. p. 858. [Traducción libre]: “*If the statute operates as intended obviously a certain number of highly qualified directors will be excluded, and publicly traded companies will have to find outside directors from a different and narrower pool of candidates*”

⁴³ TRAVERS. A. 1968. Interlocks in Corporate Management and the Antitrust Laws, 46 TEX. L. REV. 819, p. 834. [Traducción libre]: “*The most prevalent defense of interlocks is that they make available to the employing companies the best men available. Any restriction on interlocking directorates, or other interlocks, however slight, restricts the freedom of choice of the buying corporations.*”

posibles inversionistas que es una empresa legítima, merecedora de respaldo”⁴⁴. Esto justificaría la vinculación entre empresas mediante un Interlocking.

La FNE se ha opuesto a lo anterior, señalando que, “dicha justificación alcanza solo un subconjunto relativamente pequeño de prácticas de Interlocking. La adquisición de mayor prestigio y la contratación de profesionales con conocimiento sobre la industria puede servir como explicación de la presencia de casos de Interlocking puro (casos en que dos competidores nombran, en forma independiente y sin influencia recíproca, a una misma persona dentro de sus respectivos directorios), pero difícilmente permitirá justificar los casos en que un competidor (A) adquiere una participación en su competidor (B) y nombra un representante en su directorio, salvo que aceptemos la extraña afirmación de que los agentes de mercado se preocupan del prestigio y *expertise* de sus competidores”⁴⁵.

Como último posible beneficio, Benjamin Gerber ha señalado que “las empresas podrán también cooptar la dependencia de la fuente de suministros mediante un Interlocking, de manera que las transacciones comerciales sean menos riesgosas. Esto significa que un Interlocking podría ayudar a asegurar que una empresa tenga un constante y fiable flujo de recursos necesarios para sus operaciones comerciales. Por ejemplo, empresas no financieras podrían cooptar instituciones financieras y así asegurar acceso al capital, (...) lo que no sería intrínsecamente anticompetitivo”⁴⁶.

⁴⁴ MIZRUCHI, M. 1996. What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates. Michigan, Annual Review of Sociology, p. 276. [Traducción libre]: “Boards of directors perform an important function regarding the reputation of a firm. When investors decide whether to invest in a company, they consider the firm's strength and the quality of its management. By appointing individuals with ties to other important organizations, the firm signals to potential investors that it is a legitimate enterprise worthy of support.”

⁴⁵ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p. 27.

⁴⁶ GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act, 24 Yale J. on Reg. p. 111. [Traducción libre]: “Corporations may also co-opt sources of supply dependency through an interlock, such that business transactions are less risky. That is, an interlock can help ensure that a corporation has a

Como podemos observar, los argumentos pro competitivos de los Interlocking son débiles, puesto que se basan primordialmente en intereses privados, sin explicar por qué dichos beneficios particulares serían más importantes que evitar los riesgos a la libre competencia que traen aparejados los Interlocking, consistentes en facilitar la colusión o coordinación entre competidores.

Es por ello, que podemos concluir que los Interlocking al ser una práctica considerada como riesgosa para la libre competencia deben ser evitados. No obstante, cabe hacer la prevención de que los riesgos anticompetitivos difieren según la hipótesis de Interlocking bajo análisis, lo que será explicado posteriormente.

CAPÍTULO III. REGULACIÓN DEL INTERLOCKING.

Los Interlocking han sido regulados de diversas formas en el derecho comparado. Mientras algunas legislaciones han establecido una prohibición total de los Interlocking horizontales como es el caso de Estados Unidos, otras como Japón⁴⁷, Corea del Sur⁴⁸ e

steady and reliable stream of resources necessary for its business operations. For instance, non-financial firms may co-opt financial institutions and thus secure their access to capital-the most generalized and critical resource. Again, while this corporate benefit also has the potential to be exploited for anticompetitive or improper objectives, it is not intrinsically anticompetitive”.

⁴⁷ JAPÓN. 1947. Ley Antimonopolio, artículo 13-1: “An officer or an employee (meaning, in this Article, a person other than an officer engaged in the business of a company on a regular basis) of a company may not hold a position as an officer of another company at the same time, if the person's doing so substantially restrains competition in any particular field of trade.” [En línea] <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2746&vm=2&re=02>> [Consultado por última vez, abril 2020]

⁴⁸ COREA DEL SUR. 2009. Ley de Monopolios y libre comercio, artículo 12(1)-3: “As a company other than the one subject to notify combination of enterprises, if the company falling under the size of counterpart company engages in combination of enterprises falling under one of following paragraphs, the same shall be applied: 3. In the case of interlocking directorate (except for the case of interlocking business executive in affiliates”. [En línea] <<https://www.jftc.go.jp/eacpf/01/Korea-monopoly.pdf>> [Consultado por última vez, abril 2020]

Indonesia⁴⁹ han optado por una regulación basada en el análisis de los eventuales efectos anticompetitivos de esta práctica. Por otra parte, la Unión Europea carece de regulación expresa en esta materia, en virtud de ello, este tipo de vínculos estructurales han sido controlados de forma indirecta, principalmente mediante un uso flexible de la normativa para el control de operaciones de concentración ⁵⁰.

La legislación de los Estados Unidos de América, incorporó la prohibición del Interlocking horizontal mediante la promulgación del artículo 8 de la Clayton Act, el cual establece: *“Ninguna persona podrá, al mismo tiempo, servir como director o ejecutivo en dos empresas (que no sean Bancos, asociaciones bancarias, o empresas fiduciarias) que en virtud de su negocio y localización de funcionamiento sean competidores, por lo que la eliminación de la competencia por acuerdo entre ellas podría constituir una violación de cualquiera de las leyes antimonopolio...si cada una de las empresas tiene un capital, excedente y utilidades indivisas de más de 10.000.000 de dólares”* ⁵¹.

La norma en cuestión posee esencialmente una naturaleza preventiva. Así lo señaló la Corte de Nueva York en el caso Square D Co. vs Schneider S.A, al afirmar que el propósito del artículo 8 de la Clayton Act “es evitar la oportunidad de coordinación en las decisiones

⁴⁹ INDONESIA. 1999. Ley de Competencia, artículo 26: *“A person who serves as the director or commissioner of a company is prohibited from concurrently being the director or commissioner at other enterprises, if the said enterprises: a. are in the same relevant market; or b. are closely related to the field and/or type of business; or can jointly control the market share of certain goods and/or services, which could cause monopolistic practices and/or unfair business competition.”* [En línea] <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id050en.pdf>> [Consultado por última vez, abril 2020]

⁵⁰ MOAVERO & WINTERSTEIN. 2002. Minority Shareholdings, Interlocking Directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission Practice. Competition policy newsletter. pp. 16-17.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS. Clayton Act, section 8. [Traducción libre]: *“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...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”*.

de negocios por los competidores y prevenir el intercambio de información comercialmente sensible por los competidores”⁵².

Ahora bien, esta prohibición “aplica únicamente a los Interlocking que involucran a empresas que son competidoras horizontales”⁵³, al ser las que mayores riesgos presentan para la libre competencia⁵⁴. Esto ha llamado la atención de la Federal Trade Commission (“FTC”), la cual ha concluido que la amplia variedad de Interlocking que se encuentran sin regulación generan riesgos anticompetitivos, a pesar de que no existe evidencia empírica respecto a ello⁵⁵. Una postura más crítica respecto a la regulación del Interlocking ha sido presentada por Richard Murphy, quien señala que los riesgos anticompetitivos de los Interlocking que se encuentran sin regulación son contrarios al interés que tuvo el Congreso de los Estados Unidos al promulgar el artículo 8 de la Clayton Act, y por ello habría fracasado en alcanzar su propósito⁵⁶.

⁵² Square D Co. v. Schneider S.A., 760 F. Supp. 362, 366 (S.D.N.Y. 1991). [Traducción libre]: “The purposes of Section 8 are to avoid the opportunity for the coordination of business decisions by competitors and to prevent the exchange of commercially sensitive information by competitors.”

⁵³ JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 if the Clayton Act as a template for small and emerging economies. Fordham international Law journal, 37. p.664. [Traducción libre]: “Section 8 is limited in both ambition and reach. It proscribes interlocks – but not every interlock. It applies only to interlocks involving corporations that are horizontal competitors.”

⁵⁴ TRAVERS, Arthur H., Interlocks in Corporate Management and the Antitrust Laws, 46 TEX. L. REV. p. 839. [Traducción libre]: “Interlocking relations between competing corporations that have been of the most concern.”

⁵⁵ MURPHY, R. 1978. Keys to Unlock the Interlocks: dealing with Interlocking directorates, 11 U. Mich. J.L. p.369. [Traducción libre]: “Despite the absence of empirical evidence in this area, both the FTC and the staff of the Antitrust Subcommittee nevertheless concluded that the vast array of unregulated interlocks generated anticompetitive effects”.

⁵⁶ Ibidem. p. 386. [Traducción libre]: “Section 8 of the Clayton Act was enacted in order to prevent the use of interlocking directorates to reduce competition. However, several kinds of interlocks traditionally not covered by section 8 have serious potential for anticompetitive abuse. While no empirical studies have been undertaken to analyze the economic consequences of these interlocks, logic, and common-sense lead to the presumption that they are anticompetitive. As conventionally applied, then, section 8 has failed to fulfill its purpose.”

Por otra parte, se exceptúa de la prohibición a aquellos Interlocking horizontales que se presentan en empresas de menor tamaño. Debido a lo anterior, solo se aplica el artículo 8 de la Clayton Act si cada una de las empresas competidoras tienen capital, excedentes y utilidades indivisas que sumen más de \$10.000.000 de dólares, ajustado por inflación ⁵⁷.

Asimismo, tampoco les es aplicable la prohibición del artículo 8 de la Clayton Act a aquellas empresas competidoras que se encuentran vinculadas por un Interlocking, si: (1) Las ventas competitivas de cualquiera de ellas son inferiores a \$1.000.000 de dólares, ajustado por inflación; o (2) Las ventas competitivas de cualquiera de las empresas son menos del dos por ciento de las ventas totales de esa empresa; o (3) Las ventas competitivas de cada empresa son menos del cuatro por ciento de las ventas totales de la empresa ⁵⁸. Conforme a lo señalado por la misma Clayton Act, los umbrales que se encuentran expresados en dólares deben ser actualizados cada año por la Federal Trade Commission⁵⁹, lo que conlleva que al año 2020 estos umbrales sean US\$38.204.000 y US\$3.820.400 respectivamente ⁶⁰.

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS. Clayton Act, section 8 (b). [Traducción libre]: “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”.

⁵⁸ JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 of the Clayton Act as a template for small and emerging economies. Fordham international Law journal, 37 pp.12-13. [Traducción libre]: “Thus, currently, interlocks involving competitors are not prohibited when: (1) Competitive sales of either corporation are less than an inflation adjusted figure of US\$1 million; (2) Competitive sales of either corporation are less than two percent of that corporation’s total sales; or (3) Competitive sales of each corporation are less than four percent of the corporation’s total sales.”

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS, Clayton Act, section 8(a)(5). [Traducción libre]: “For each fiscal year commencing after September 30, 1990, the \$10,000,000 and \$1,000,000 thresholds in this subsection shall be increased (or decreased) as of October 1 each year by an amount equal to the percentage increase (or decrease) in the gross national product, as determined by the Department of Commerce or its successor, for the year then ended over the level so established for the year ending September 30, 1989. As soon as practicable, but not later than January 31 of each year, the Federal Trade Commission shall publish the adjusted amounts required by this paragraph.”

⁶⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2020. Revised Jurisdictional Thresholds for Section 8 of the Clayton Act. Vol. 85, No. 13. p. 3381. [Traducción libre]: “Section 8(a)(5) requires the Federal Trade Commission to revise those thresholds annually, based on the change in gross national product. The new

En nuestro ordenamiento jurídico se ha adoptado una prohibición similar a la contenida en la Clayton Act, la que fue incorporada por la Ley 20.945 en el art. 3 letra d) del DL 211, en los siguientes términos: “*Se consideraran, 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 simultanea 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*”.

CAPÍTULO IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3 LETRA d) del DL 211

Como ya fue adelantado en la introducción de este trabajo, la prohibición del Interlocking horizontal directo contiene conceptos jurídicos que no han sido aplicados aún por el TDLC, y que tampoco han sido objeto de requerimiento por parte de la FNE. Es por ello, que a continuación se presenta un esfuerzo por realizar un análisis razonable de dichos conceptos, conforme a lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional.

4.1. Interlocking bajo la regla per se.

La imposición de la regla per se a un ilícito de competencia devela un interés por parte del legislador por evitar una conducta que es considerada intrínsecamente anticompetitiva, y por ello se restringen las defensas que los acusados pueden invocar al haber sido imputados de haber participado del ilícito ⁶¹.

thresholds, which take effect immediately, are \$38,204,000 for Section 8(a)(1), and \$3,820,400 for Section 8(a)(2)(A).” [En línea] <<https://www.federalregister.gov/documents/2020/01/21/2020-00784/revised-jurisdictional-thresholds-for-section-8-of-the-clayton-act>> [Consultado por última vez abril 2020]

⁶¹ KRATTENMAKER, T. 1988. Per se violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses, Georgetown Law Journal 77, N°1, p.165. [Traducción libre]: “*Antitrust law does, however,*

Dentro de la discusión parlamentaria de la Ley 20.945, se discutió si la tipificación del ilícito de Interlocking horizontal directo debía ser considerado bajo la regla per se, siguiendo la lógica que ha imperado en el derecho norteamericano. En dicha ocasión, Jorge Grunberg sostuvo respecto al Interlocking que “el comportamiento sancionado no es un acuerdo que produzca un efecto concreto de limitación de la libre competencia. Más bien, se trata de una conducta unilateral que importa un riesgo potencial de infracción, porque es perfectamente posible que el nombramiento de los mismos directores, en compañías competidoras, no dañe la competencia. Pese a lo anterior, el derecho comparado considera que se trata de una situación que es per se peligrosa, razón por la que se debe evitar, aunque no haya acuerdo de por medio, y no se produzca ningún efecto anticompetitivo medible”⁶².

En la legislación de los Estados Unidos de América se ha impuesto una restricción per se al Interlocking horizontal con el objetivo de identificar y prevenir los posibles canales de comunicación entre las empresas competidoras. Así lo indica la historia legislativa del artículo 8 de la Clayton Act, cuya tramitación provocó un amplio debate dentro del Senado estadounidense, acerca de la imposición de la regla per se para el Interlocking horizontal, estableciéndose dicho criterio normativo finalmente ⁶³.

helpfully and intelligibly reject certain defenses to or justifications for some alleged antitrust violations on the grounds that those defenses are per se inadmissible or impermissible”.

⁶² Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Segundo Informe de Comisión de Constitución, Senado. p.536: “*En respuesta a esta inquietud, el señor Grunberg sostuvo que en este caso el comportamiento sancionado no es un acuerdo que produzca un efecto concreto de limitación de la libre competencia. Más bien se trata de una conducta unilateral que importa un riesgo potencial de infracción, porque es perfectamente posible que el nombramiento de los mismos directores, en compañías competidoras, no dañe la competencia. Pese a lo anterior, el derecho comparado considera que se trata de una situación que es per se peligrosa, razón por la que se debe evitar, aunque no haya acuerdo de por medio, y no se produzca ningún efecto anticompetitivo medible”.*

⁶³ MACLEOD, William. 1984. Interlocks at the Federal Trade Commission: ¿Room for Reason in a “Per Se” Statute?, 53 ANTITRUST L.J. p. 1080: “*Even members of the Judiciary Committee, which reported the Clayton Bill to the Senate, opposed the attempt to turn Section 8 into a per se statute. One of the Committee members stated that an interlock ‘should not be made unlawful per se but only when it is made or becomes the handmaiden of monopoly or the restraint of trade.’ The Senators also resisted sentiment*

Posteriormente a la dictación de la Clayton Act, ha sido la propia jurisprudencia norteamericana la que ha reconocido que la normativa contemplada en el artículo 8 de la Clayton Act se rige bajo la regla per se.

Dicha interpretación se presentó en el caso *United States vs. Sears, Roebuck & Co.*, en este, los acusados solicitaron que se aplicase al Interlocking horizontal el mismo estándar de prueba correspondiente a las fusiones, esto es, analizando sus posibles efectos anticompetitivos en los mercados, lo que fue rechazado por la Corte del Distrito Sur de Nueva York, puesto que dicho estándar de prueba conllevaría la anulación de la ley que prohíbe el Interlocking horizontal en toda circunstancia que no fuese extrema. En cambio, aceptar que los Interlocking se encuentran bajo la regla per se, permite que las características prohibitivas del artículo 8 se apliquen con todo el alcance que los legisladores deben haber contemplado ⁶⁴.

Este enfoque jurisprudencial fue replicado posteriormente en otros casos de Interlocking horizontal en Estados Unidos. Ejemplo de ello, es el caso *Protectoseal Co. vs. Barancik*, en el cual, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, señaló que “no creemos que el Congreso pretendiera que la legalidad de un Interlocking dependiera del tipo de evidencia compleja que puede requerirse en un caso bajo el artículo 7 de la Clayton Act (análisis de fusiones). Por el contrario, la ley refleja un interés público en evitar que los directores sirvan en posiciones que impliquen un potencial conflicto de interés o una potencial obstrucción de la competencia”⁶⁵. Asimismo, se señaló en el caso *Jicarilla*

to impose criminal sanctions under Section 8, because of its ambiguities. Ultimately, Senator Cummins' amendment was defeated, and Section 8 retained the language that it contains today”.

⁶⁴ *United States v. Sears, Roebuck. Co.*, (S.D.N.Y. 1953). [Traducción libre]: “*This difficulty suggests that the merger test would result in complete nullification of the law prohibiting interlocking directorates in all but the rawest situation, as where, for example, the two corporations concerned had between them the entire business in their field in the United States and it was clear that no valid business requirement could warrant a hypothetical merger. The government's position presents no such difficulty. To accept its workable per se test, instead of the defendants' alternative, permits the prohibitory features of § 8 to be administered with the full scope which the legislators must have contemplated.*”

⁶⁵ *Protectoseal Co. v. Barancik*; 23 F.3d 1184 (7th Cir. 1994). [Traducción libre]: “*We do not believe Congress intended the legality of an interlock to depend on the kind of complex evidence that may be required*

Apache Tribe vs Supron Energy Corp, que “si un Interlocking caía dentro del artículo 8, (...) el Interlocking será ilegal y no es necesario un análisis en conformidad a la regla de la razón”⁶⁶.

Por último, J. Thomas Rosch, ex comisionado de la Federal Trade Commission, ha afirmado que, “las infracciones al artículo 8 de la Clayton Act son tratadas como infracciones per se. Esto significa que las partes no pueden justificar las infracciones a la ley basándose en la falta de perjuicios competitivos”⁶⁷.

El efecto que ha traído consigo la imposición de la regla per se en Estados Unidos ha sido positivo, ya que “las empresas comúnmente deciden abordar el problema de forma proactiva, mediante la renuncia del puesto en la junta de accionistas o eliminando el Interlocking”⁶⁸. Como consecuencia de ello, los casos por infracción del artículo 8 fueron (y continúan siendo) litigados raramente ⁶⁹.

Dado el positivo efecto de la legislación norteamericana sobre la conducta de las empresas, es entendible que la regulación de nuestro país se haya basado en el modelo de

in a protracted case arising under § 7. On the contrary, the statute reflects a public interest in preventing directors from serving in positions which involve either a potential conflict of interest or a potential frustration of competition.”

⁶⁶ Jicarilla Apache Tribe v. Supron Energy Corp; 782 F.2d 855 (10th Cir. 1986). [Traducción libre]: “If an interlocking directorate falls within section 8, which is very specific, the interlock is unlawful, and no rule of reason analysis is necessary”.

⁶⁷ ROSCH. J.T. 2009. Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States, p. 17. [Traducción libre]: “Section 8 can be enforced by the Federal Trade Commission, U.S. Department of Justice, state attorneys general, and private parties. Violations of the Act are treated as per se violations. That is, parties cannot justify violations of the Act based on a lack of competitive injury.”

[En línea] <<https://www.ftc.gov/es/public-statements/2009/09/terra-incognita-vertical-and-conglomerate-merger-and-interlocking>> [Consultado por última vez marzo 2020]

⁶⁸ WILKINSON, L. 2017. Interlocking Directorates. Thomson Reuters, Journal of Litigation: Spotlight on Antitrust litigation. p.56. [Traducción libre]: “Companies often choose to address the issue proactively by foregoing a board seat or eliminating the interlock”.

⁶⁹ GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act, 24 Yale J. on Reg. p. 118. [Traducción libre]: “Section 8 cases were (and continue to be) litigated rarely”.

prohibición per se contemplado en la Clayton Act, lo que acorde a Jacobs evitaría los costos de litigación que implicaría una ponderación de todas las variables competitivas relevantes, cada vez que se pretenda desarticular un Interlocking debido a sus potenciales riesgos a la libre competencia ⁷⁰.

La inclusión de la normativa per se en el artículo 3 letra d), evidencia la intención preventiva de la normativa, que tiene como objetivo excluir estas prácticas de los mercados y de las organizaciones estructurales dentro de las empresas, debido al alto riesgo que podría traer consigo para la libre competencia el intercambio de información entre ejecutivos.

Sin embargo, es necesario precisar que la prohibición contemplada en el artículo 3 letra d) solo contempla la hipótesis de Interlocking horizontal directo. Así lo señaló el Ministro de Economía, Luis Felipe Céspedes, en la discusión legislativa de la norma, “al estimar como necesario controlar los vínculos establecidos entre empresas competidoras a través del Interlocking horizontal”⁷¹. En la misma línea Felipe Irrázabal, Fiscal Nacional Económico, acotó que “la norma propuesta no prohíbe que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores comunes sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas”⁷².

Lo anterior, 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

⁷⁰ JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 of the Clayton Act as a template for small and emerging economies. *Fordham international Law journal*, 37 pp.679 y ss.

⁷¹ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. p.76: “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”.

⁷² Ibidem. p.77: “El Fiscal Nacional Económico acotó que la norma propuesta no prohíbe que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores comunes sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas.”

libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3 en enmienda”⁷³.

Esto va en sintonía con lo expresado por la legislación de libre competencia en Estados Unidos, en la cual se contempla la posibilidad de revisar mediante el artículo 1 de la Sherman Act, aquellos Interlocking que no se produzcan entre competidores pero que pudieran tener efectos anticompetitivos⁷⁴, esto es, bajo la regla de la razón.

Por lo tanto, la norma prohíbe que una misma persona natural ejerza el cargo de director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras de forma simultánea, en razón de los riesgos que dicha conducta trae para la libre competencia, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas (Interlocking indirecto), y tampoco se contempla dentro de la prohibición al Interlocking vertical, los cuales podrán ser revisados de todas formas bajo el artículo 3 inciso primero del DL 211, como fue mencionado anteriormente.

4.2. ¿Qué se entiende por la frase “empresas competidoras entre sí”?

Dentro de la discusión parlamentaria, se destacó una inquietud por parte de la Confederación de la Producción y el Comercio en la Comisión de Economía del Senado, respecto a qué se entenderá por el término “competidor” dentro de la nueva prohibición

⁷³ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. p.77: “En cuanto a los casos que queden fuera del umbral, aclaró que de todas maneras podrán ser revisados en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3° en enmienda”.

⁷⁴ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p. 1301. [Traducción libre]: “The arrangement between a director and the corporation reflects a contract. If several such contracts by a director of several corporations were the source of an unreasonable restraint of trade involving those several corporations, one might characterize the multiple directorships as contracts unreasonably restraining trade, which Sherman Act §1 forbids. Or one might find several corporations to be engaged in a conspiracy in restraint of trade through the vehicle of an interlocking director. In either event, the existence of a violation would depend on finding significant anticompetitive results or tendencies in the particular case. For example, a common director might be the vehicle for effecting price coordination between competitors”

del Interlocking horizontal directo⁷⁵. Para dar solución a la interpretación jurídica de este concepto, es útil analizar la regulación que se contempla en el derecho comparado.

En Estados Unidos, acorde a lo señalado por el artículo 8 de la Clayton Act, se prohíbe el Interlocking entre empresas que por la cualidad de su negocio y ubicación de su actividad sean competidores, es decir, “se requiere que las empresas que se encuentran vinculadas por un Interlocking compitan en el mismo mercado relevante del producto y geográfico”⁷⁶.

Ahora bien, se ha presentado una discusión respecto al método de determinación del mercado relevante en un caso de Interlocking, ya que no ha sido definido con claridad por la jurisprudencia norteamericana.

En principio, debemos realizar una precisión que es necesaria para entender los razonamientos de las diferentes Cortes y Tribunales norteamericanos que a continuación se presentarán, esta es, la diferencia entre un análisis cualitativo y uno cuantitativo del mercado relevante.

El mercado relevante bajo el análisis cualitativo, de carácter más flexible, cuyo objetivo es facilitar el *enforcement* de la prohibición del Interlocking, considera: (i) si la industria y sus clientes, en general, reconocen los productos como independientes o competidores; (ii) si las técnicas de producción son similares; y (iii) si los productos tienen consumidores diferenciados. Mientras que el análisis cuantitativo, más restrictivo, considera que la

⁷⁵ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de la Comisión de Economía de Senado. p.319: “*Inquietud: La redacción de la norma presenta problemas de interpretación. Algunos de estos son: - ¿Quiénes son competidores? ¿Shell compite con McDonalds o Walmart? (Todos venden bebidas y papas fritas).*”

⁷⁶ PREMINGER. R. 1981. Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act, Vol. 59. Washington University Law Review. p.948. [Traducción libre]: “*The third element requires that the interlocked corporations compete in the relevant product and geographic markets.*” [En línea] <https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol59/iss3/13> [Consultado por última vez abril 2020].

noción de competidor debe ser juzgada bajo estándares de elasticidad cruzada de la demanda y de sustituibilidad, propios de una operación de concentración ⁷⁷.

Lo anterior es relevante, puesto que se ha afirmado que el artículo 7 de la Clayton Act (que regula las fusiones, adquisiciones y joint ventures) se basa en un análisis de mercado cuantitativo ⁷⁸. En cambio, sería inapropiado aplicar dicho análisis al artículo 8 de la Clayton Act, tanto para determinar un efecto anticompetitivo en el mercado ⁷⁹, como para dilucidar si dos empresas son competidoras entre sí ⁸⁰, siendo preferible un análisis cualitativo.

Dicho estándar cualitativo fue aplicado por la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito en el caso TRW, Inc v. Federal Trade Commission. En este, se presentó una denuncia por parte de la Federal Trade Commission, puesto que una misma persona, Horace Shepard,

⁷⁷ DÍAZ VELASCO, M. 2020. Participaciones minoritarias e interlocking ¿Cuán tolerable es tener a un competidor sentado en la misma mesa? Investigaciones CeCo. p.5. [En línea] <<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>> [Consultado por última vez en abril 2020]

⁷⁸ Brown Shoe Co., Inc. v. United States 370 U.S. 294 (1962). [Traducción libre]: “Thus, as we have previously noted, determination of the relevant market is a necessary predicate to a finding of a violation of the Clayton Act because the threatened monopoly must be one which will substantially lessen competition 'within the area of effective competition.' Substantiality can be determined only in terms of the market affected. The 'area of effective competition' must be determined by reference to a product market (the 'line of commerce') and a geographic market (the 'section of the country'). The Product Market. The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it”.

⁷⁹ United States v. Sears, Roebuck & Co., 111 F. Supp. 614 (1953). [Traducción libre]: “This conclusion is compelled because of the futility of trying to decide whether a given hypothetical merger would violate the pertinent sections of the antitrust laws. Such a decision would involve a consideration of many factors ...[which] can be applied only in an actual case and not in a hypothetical situation...This difficulty suggests that the merger test would result in complete nullification of the law prohibiting interlocking directorates in all but the rawest situation”.

⁸⁰ Protectoseal Company v. Barancik. 484 F. 2d 585 (1973). [Traducción libre]: “First, of course, is the requirement that one of the corporations have a net worth of at least \$1,000,000; second, the reference to competition ‘between them’, which apparently contemplates a horizontal market relationship between the companies, implies that a market-wide analysis of competition is unnecessary; and third, the broad reference to an agreement which would violate any of the antitrust laws indicates that interlocks between companies that are prohibited from entering into inherently illegal agreements are covered”.

era miembro simultáneamente de los directorios de TRW y Addressograph-Multigraph, empresas que eran competidoras debido a la ubicación de sus operaciones y a la naturaleza común de sus negocios, los cuales acorde a la FTC “incluían, pero no se encontraban limitados a la manufactura, venta y distribución, en el comercio de maquinaria de autorización de crédito en puntos de venta, y otros tipos de equipos usados para la validación de crédito, como cheques, registro de depósitos, retiros desde instituciones financieras y registros de inventario”⁸¹.

Siguiendo su argumentación, la FTC afirmó que el propósito del artículo 8 de la Clayton Act era “cortar de raíz las incipientes violaciones de la libre competencia”⁸². Dicho objetivo no sería cumplido cabalmente, si se requiriese prueba de alta elasticidad de la demanda entre los productos que competían o baja sustituibilidad de uso debido a que: “En primer lugar, la definición de mercado para la cual fueron diseñados estos test es usada para establecer el “marco” de competencia donde se producen efectos anticompetitivos, pero en el artículo 8 no es necesario que tal marco sea definido. Solo se requiere que dos presuntos “competidores” se encuentren involucrados, no así, prueba acerca de los efectos anticompetitivos del Interlocking. En segundo lugar, señaló que el estándar era muy restrictivo. Para promover el propósito del artículo 8 no debe confiarse únicamente en el grado actual de sustituibilidad de uso entre los productos de los presuntos competidores, sino que también en la evidencia respecto a: (1) la medida en que la industria y sus clientes reconocen los productos como independientes o competitivos

⁸¹ TRW, Inc., 93 F.T.C.325,379 (1979). [Traducción libre]: “*The business of TRW and Addressograph included, but was not limited to, the manufacture, sale and distribution in commerce of point-of-sale credit authorization equipment and teller-operated bank transaction equipment, and other such equipment used for credit validation, check cashing validation, recording of deposits and withdrawals from financial institutions, and inventory record keeping.*”

⁸² Ibidem. [Traducción libre]: “*The purpose of section 8 was "to nip in the bud incipient antitrust violations by removing the opportunity or temptation for such violations through interlocking directorates.*”

(2) si las técnicas de producción son similares; y (3) si los productos tienen un cliente característico”⁸³.

La Corte de Apelaciones estuvo de acuerdo con la FTC, al señalar que los test de elasticidad cruzada de la demanda y sustituibilidad razonable serían inapropiados para interpretar el artículo 8, ya que son usados para medir perjuicios anticompetitivos y el objetivo del artículo 8 es prevenir los Interlocking antes de que se puedan producir estos perjuicios ⁸⁴.

En segundo lugar, la Corte de Apelaciones estableció que “en las industrias en desarrollo los tests de elasticidad cruzada de la demanda y de sustituibilidad son difíciles de aplicar y probablemente traerán resultados incorrectos, ya que los mercados son generalmente pequeños, por lo que a menudo la variación del producto solo está empezando, y las necesidades de los consumidores no se encuentran estandarizadas” ⁸⁵.

⁸³ TRW, Inc., 93 F.T.C. 325, 379 (1979). “First, market definition for Sherman Act and Clayton Act, section 7, purposes, for which these tests were designed, is used to establish “the locus of competition, within which the anticompetitive effects” of a merger or practice are to be judged. Section 8, on the other hand, does not require that such a “locus” be established. Only two alleged “competitors” are involved and proof that the interlock has an actual anticompetitive effect is not required. Second, the petitioner’s recommended standard is too restrictive. To further the purpose of Section 8 there should be reliance not only on the degree of actual interchangeability of use between the products of alleged competitors, but also on evidence concerning (1) the extent to which the industry and its customers recognize the products as separate or competing; (2) the extent to which production techniques for the products are similar; and (3) the extent to which the products can be said to have distinctive customers.”

⁸⁴ Ibidem. [Traducción libre]: “Statutory language should be construed in accordance with its underlying purpose. The purpose of section 8 was “to nip in the bud incipient antitrust violations by removing the opportunity or temptation for such violations through interlocking directorates. The Commission is right in asserting that this purpose would not be well served by requiring proof of high cross-elasticity of demand between competing products or low friction interchangeability of use”.

⁸⁵ Ibidem. [Traducción libre]: “Cross-elasticity of demand measures the responsiveness of demand for one product to changes in the price of another product. Although measuring cross-elasticities of demand is always difficult, it must be particularly so in a developing industry such as the one involved here where the market is still small, where product variation among firms is just beginning, and where customer needs are far from standardized. Cross-elasticity of demand in such industries may be immeasurable, but this does not mean that competitors are nonexistent”

La FTC reiteró su posición en el caso *Borg Warner Corp. v. FTC*. En este presentó una orden de cese de la conducta, sosteniendo que las empresas Borg-Warner Corp. y Robert Bosch GmbH habrían infringido el artículo 8 de la Clayton Act y el artículo 5 de la Federal Trade Commission Act, al designar dentro de sus directorios a los señores Merkle y Bacher, luego de una adquisición de acciones por parte de Bosch GmbH a Borg-Warner.

Los competidores se dedicaban al negocio de fabricación y venta de repuestos de automóviles en el mercado de posventa (ej. repuestos usados para reemplazar los originales de un automóvil). Lo interesante de este caso es que mientras Borg-Warner Corp. es una empresa estadounidense que opera en Estados Unidos, Robert Bosch GmbH es una empresa alemana que manufactura los repuestos, pero no los vendía por sí misma, sino que los comercializa mediante su filial estadounidense Robert Bosch Corp., lo que se encuadra dentro de la clasificación de Interlocking competencia matriz-filial ⁸⁶.

La FTC solicitó aplicar el estándar cualitativo del mercado relevante al señalar que “al no existir prueba de efectos competitivos bajo el artículo 8, no existe necesidad de precisar una definición de los límites del mercado relevante bajo la ley” ⁸⁷.

La Corte de Apelaciones del Segundo Distrito decidió que “las infracciones encontradas por la FTC no eran flagrantes ni prolongadas, (...) puesto que obedecían a una práctica común de nombrar representantes en el directorio de una empresa para monitorear su inversión” ⁸⁸. Además, señaló que el monto total de ventas en el cual ambas empresas eran

⁸⁶ *Borg-Warner Corp. V. F.T.C* 746 F.2D 108 (1984). [Traducción libre]: “*The Commission made the following rulings: 1. Borg-Warner was a competitor of Bosch U.S. in selling three categories of automotive products for foreign cars. 2. Bosch GmbH was a competitor of Borg-Warner in selling those products in the United States through its subsidiary, Bosch U.S., the activities of which it controlled.*”

⁸⁷ GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act, 24 *Yale J. on Reg.* p.123-124. [Traducción libre]: “*Even so, the FTC concluded that, since there is no competitive effects test under Section 8, there is no need for a precise definition of the metes and bounds of the relevant market under that statute.*”

⁸⁸ *Borg-Warner Corp. V. F.T.C* 746 F.2D 108 (1984). [Traducción libre]: “*The violations the Commission found were not flagrant or longstanding. The interlocking directorates were created in 1977 when Bosch GmbH, in connection with its acquisition of a substantial block of Borg-Warner stock, followed*

competidoras era relativamente pequeño y que las líneas de repuestos que se habían alegado como competidoras por la FTC eran inciertas ⁸⁹.

Por tanto, la Corte de Apelaciones decidió que las empresas no podían ser observadas como violadores conscientes de sus obligaciones legales, y por ello la orden de cese de la conducta no podía mantenerse en pie ⁹⁰.

Criterio diferente fue el que adoptó la Corte del Distrito de Maryland en el caso, que enfrentó a American Bakeries Co., como demandante y Gourmet Bakers Inc., como demandado. Este proceso se dio en el contexto de una disputa de poder para mantener el control de American Bakeries Co., puesto que uno de los directores de Gourmet Bakeries Inc., Peter Grimm, era uno de los posibles candidatos para ocupar un puesto en el directorio del demandante ⁹¹.

Para determinar si había existido una infracción del artículo 8 de la Clayton Act, se debía comprobar que existía competencia entre ambas empresas. Por un lado, American Bakeries Co. vendía productos frescos de panadería a clientes de retail, institucionales y de comida rápida, mientras que el negocio de Gourmet Bakeries Inc. era la venta de productos congelados y alimentos secos.

Para realizar dicho examen, la Corte del Distrito de Maryland señaló que “la presencia de competencia actual se determina por dos análisis: (1) ¿Pueden los dos productos (tanto del demandado como de su sustituto) decirse que compiten, debido a que son razonablemente sustituibles con relación a las funciones que se le pueden dar?; (2) ¿Son

the common practice of placing representatives on the company's board of directors to monitor its investment.”

⁸⁹ Borg-Warner Corp. V. F.T.C 746 F.2D 108 (1984). [Traducción libre]: “*The total amount of sales with respect to which the Commission found that Borg-Warner and Bosch U.S. were competitors was relatively small. Borg-Warner has an extensive program to insure compliance with section 8.*”

⁹⁰ Ibidem. [Traducción libre]: “*In these circumstances, the petitioner corporations cannot be viewed as knowing or conscious violators, or firms that acted in violation or disregard of their known legal obligations*”.

⁹¹ American Bakeries Co. v Gourmet Bakers, Inc. 515 F. Supp. 977; (1981).

los dos productos competidores debido a que existe una alta elasticidad cruzada de la demanda por parte de los consumidores? Básicamente, los dos análisis postulan la misma pregunta: Si acaso los productos del demandado son sustituibles por otro producto. Bajo el primer análisis, la sustituibilidad está medida por la función del producto; en el segundo, por la respuesta del cliente”⁹².

Como el demandante no entregó evidencia con relación a la elasticidad cruzada de la demanda, la Corte del Distrito de Maryland aplicó el análisis de sustituibilidad razonable de las funciones del producto, para así determinar si ambos poseían similitudes físicas y de uso, concluyendo que dichas similitudes no concurrían, por lo que no había competencia entre ambas empresas. Finalmente, se determinó que al no existir competencia entre ambas empresas la incorporación de Peter Grimm en la Junta de Directores del demandante no violaría el artículo 8 de la Clayton Act ⁹³.

El último caso relevante sobre la materia fue *Paladin Associates Inc. v. Montana Power Company (MPC), Northridge Co. y North American Resources Company*.

En este caso, el demandante alegó que existía un Interlocking (mediante un director de apellido Minion) entre Entech (filial de MPC que tenía a su vez como filial a North American Resources Company, cuyo negocio era el marketing de gas natural en Montana y otros lugares); y Northridge, conglomerado que se dedicaba al mercado de gas natural dentro de Montana y otros lugares a través de su filial TransCanada Gas Services, lo que le permitía obtener información de las acciones de MPC.

⁹² *American Bakeries Co. v Gourmet Bakers, Inc.* 515 F. Supp. 977; (1981). [Traducción libre]: “*The presence of actual competitiveness ... is determined by two tests: (1) Can the two products (the defendant's and the substitute) be said to compete because they are reasonably interchangeable with respect to the uses to which they can be put? (2) Are the two products actually competitive because there is a high cross-elasticity of demand on the part of customers? Basically, the two tests pose the same question: Are the defendant's products interchangeable with a suggested substitute? In the first test, interchangeability is gauged by product uses; in the second, by consumer response.*”

⁹³ *Ibidem.* [Traducción libre]: “*As American and Gourmet are not competitors, defendant Grimm's service on the boards of the plaintiff and defendant corporations would not violate Section 8 of the Clayton Act. Therefore, American's application for permanent injunctive relief must be denied.*”

Para determinar si existía competencia entre los demandantes, se hizo referencia tanto al caso *TRW* como a *American Bakeries*. La Corte de Apelaciones del Noveno Distrito de forma resumida señaló que: “En consecuencia, para establecer una violación del artículo 8, el demandante debe probar que las empresas, en cuyos directorios el director tiene participación, actualmente compiten entre ellas. Northridge es una empresa de marketing cuyo producto relevante es el gas natural. En contraste, Entech es un holding cuyo interés primordial es el carbón. Asimismo, señaló que el señor Minion nunca ha sido director de North American Resources Co, afiliada de marketing de gas de Entech o de MPC, y que los demandantes han fracasado en identificar una sola instancia donde el señor Minion usó su posición con Northridge de forma impropia para obtener información confidencial de MPC. La evidencia presentada solo demuestra que Northridge pudo tener la oportunidad de conspirar con MPC”⁹⁴.

Podemos concluir que en este caso la Corte de Apelaciones no logró determinar un estándar para señalar qué entendía por competidores, sino que únicamente resolvió que la demanda no procedía bajo un análisis cualitativo superficial de los negocios de las empresas competidoras.

Tras la enunciación de los casos de la jurisprudencia norteamericana que se consideran principales para el estudio de la materia, podemos concluir que no existe uniformidad en cuanto a los criterios utilizados para determinar la calidad de “competidores” bajo el artículo 8 de la Clayton Act, sino que existe una dualidad entre aquellos que interpretan el mercado de forma cualitativa y aquellos que velan por un análisis cuantitativo, lo que produce incerteza jurídica en la aplicación de la normativa. También se ha criticado la

⁹⁴ *Paladin Associates Inc v. Montana Power Company*. 328 F. 3d 1145 (2003). [Traducción libre]: “Accordingly, to establish a violation of section 8, a plaintiff must prove the corporations, on whose boards the director sits, actually compete with each other. Northridge is a marketing company whose relevant product is natural gas. In contrast, Entech is a holding company whose primary interest is coal. Mr. Minion was never a director of NARCO, Entech's gas marketing affiliate, or MPC. Moreover, plaintiffs have failed to identify a single instance where Mr. Minion used his position with Northridge to improperly obtain confidential information from MPC. The evidence presented by plaintiffs with respect to Mr. Minion shows only that Northridge may have had an opportunity to conspire with MPC.”

jurisprudencia por su falta en reconocer que “la competencia es una cuestión de grados, más que un asunto de todo o nada”⁹⁵

Al respecto, Jacobs “ha señalado que un análisis cualitativo tiene el potencial de incrementar la incertidumbre, y quizás en ciertas ocasiones aumentar los costos de aplicación de la ley. (...) Por otra parte, ha señalado que incluso las definiciones de mercado relevante que no desarrollan un análisis competitivo completo pueden ser extremadamente costosas”⁹⁶. Al respecto, Gerber señala que “teóricamente un análisis cuantitativo bien desarrollado es mejor que un análisis cualitativo, pero determinar un estándar apropiado es una tarea compleja”⁹⁷.

4.3. ¿Cuál sería una definición adecuada para el término “competidores” en Chile?

Los casos presentados previamente nos permiten orientar la aplicación de la normativa en nuestro país, es decir, determinar qué empresas serán consideradas como “competidoras” bajo el artículo 3 letra d), el cual solo prohíbe el Interlocking horizontal directo. Las otras clases de Interlocking no son objeto de este análisis, ya que se rigen por el artículo 3 inciso primero del DL 211, como explicamos previamente.

⁹⁵ GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act, 24 Yale J. on Reg. p.125. [Traducción libre]: “A critical flaw in the current Section 8 interpretation of competitors is its failure to recognize that competition is a question of degree, rather than an all-or-nothing matter”.

⁹⁶ JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 if the Clayton Act as a template for small and emerging economies. Fordham international Law journal, 37. pp. 669-670. [Traducción libre]: “The Ninth Circuit’s “qualitative” approach has the potential to increase uncertainty, and perhaps in some instances to raise enforcement costs. The Court of Appeals itself recognized that its approach “may render more difficult the process of screening potential directors for compliance with section 8. On the other hand, even market definition analyses that do not engage in a full competitive analysis can be extremely costly, and by not requiring such an assessment, enforcement costs are reduced.”

⁹⁷ GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act, 24 Yale J. on Reg. p. 125. [Traducción libre]: “A precise quantitative standard specifically developed to effectuate the purpose of Section 8 is theoretically superior to a qualitative standard, but determining the appropriate standard is a difficult task.”

En primer lugar, podemos observar que la Federal Trade Commission, tuvo como postura constante que el análisis que debía realizarse para determinar si las empresas eran competidoras bajo el artículo 8 de la Clayton Act era de carácter cualitativo, argumentando principalmente lo siguiente: (i) El espíritu de la legislación era “cortar de raíz las incipientes violaciones de la libre competencia”⁹⁸, lo que no sería cumplido cabalmente si se requiriese un análisis cuantitativo; (ii) Los análisis cuantitativos fueron diseñados para medir perjuicios anticompetitivos y el objetivo del artículo 8 es prevenir los Interlocking antes de que puedan producir estos perjuicios ⁹⁹.

Por el contrario, aseveró que el análisis de competencia para el Interlocking horizontal podía ser determinado en base a: “(1) la medida en que la industria y sus clientes reconocen los productos como independientes o competitivos; (2) si las técnicas de producción son similares; y (3) si los productos tienen clientes característicos” ¹⁰⁰, lo que sería suficiente para determinar si las empresas son competidoras.

El aprendizaje que puede ser realizado de la experiencia comparada, es que se debe evitar complejizar la aplicación de la normativa per se, que prohíbe el Interlocking horizontal, para así evitar los riesgos que esta conducta trae consigo. Debido a ello, lo más prudente sería definir a las “empresas competidores entre sí”, mediante un análisis cualitativo del

⁹⁸ TRW, Inc.,93 F.T.C.325,379 (1979). [Traducción libre]: “The purpose of section 8 was "to nip in the bud incipient antitrust violations by removing the opportunity or temptation for such violations through interlocking directorates.”

⁹⁹ Ibidem. [Traducción libre]: “First, market definition for Sherman Act and Clayton Act, section 7, purposes, for which these tests were designed, is used to establish "the locus of competition, within which the anticompetitive effects" of a merger or practice are to be judged. Section 8, on the other hand, does not require that such a "locus" be established”.

¹⁰⁰ Ibidem. [Traducción libre]: “Only two alleged "competitors" are involved and proof that the interlock has an actual anticompetitive effect is not required. Second, the petitioner's recommended standard is too restrictive. To further the purpose of Section 8 there should be reliance not only on the degree of actual interchangeability of use between the products of alleged competitors, but also on evidence concerning (1) the extent to which the industry and its customers recognize the products as separate or competing; (2) the extent to which production techniques for the products are similar; and (3) the extent to which the products can be said to have distinctive customers.”

mercado relevante, lo que de todas formas deberá ser determinado en su momento por el TDLC y la Corte Suprema.

En segundo lugar, podemos señalar que si bien la FNE no ha fundado un requerimiento ante el TDLC por una infracción al artículo 3 letra d), si ha ejercido dicha función por una infracción al artículo 4 bis del DL 211, el cual considera la obligación de informar a la FNE 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 competidora¹⁰¹.

De forma previa al análisis de lo que entendió la FNE por el término “empresas competidoras” en sus requerimientos por aplicación del artículo 4 bis del DL 211, es importante señalar por que dicho análisis es relevante para la aplicación del artículo 3 letra d).

Como fue señalado previamente, uno de los riesgos para la libre competencia del Interlocking horizontal directo, es el de coordinación, el que también se presenta en el caso de las participaciones cruzadas entre empresas competidoras, lo que fue mencionado en la historia de la Ley 20.945. En dicha instancia, el Subfiscal de la Fiscalía Nacional Económica, Mario Ybar, explicó que tanto el Interlocking como las participaciones minoritarias entre competidores presentan riesgos de coordinación¹⁰².

¹⁰¹ El texto íntegro del artículo 4 bis del DL 211 es el siguiente: *“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3º”.*

¹⁰² Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Segundo Informe de Comisión de Constitución, Senado. p.536: *“el Subfiscal de la Fiscalía Nacional Económica, señor Ybar, explicó que hace tres años la institución presentó un estudio sobre participaciones minoritarias e interlocking que alertaba sobre los riesgos a la competencia derivados de estos mecanismos. Indicó que el que suponía más riesgo era el del interlocking, pues la presencia de unos mismos directores o ejecutivos en cargos relevantes en empresas competidoras supone un riesgo evidente de coordinación, al punto que la normativa de Estados Unidos lo prohíbe expresamente. Manifestó que el mismo problema también está presente en el caso de*

Dicho riesgo fue abordado específicamente por la FNE en el Informe sobre la adquisición por Tianqui Lithium de una participación accionaria en SQM. En este caso, la FNE examinó los posibles riesgos de coordinación derivados de la adquisición, por el eventual acceso a información sensible de SQM al cual accedería Tianqui, lo que podría ayudar a que se verificara un actuar coordinado entre las entidades competidoras con vínculos de propiedad común. Estos efectos serían, acorde a la FNE, propios de la existencia de una participación accionaria en competidores ¹⁰³.

Por otro lado, podemos observar que ha sido la misma FNE la que ha señalado que las participaciones minoritarias (vínculos materiales) y el Interlocking (vínculos personales) se encuentran íntimamente relacionados, siendo ambos denominados por el término general “vínculos estructurales”, encontrándose en la práctica ambos fuertemente interrelacionados. Esto se debe a que “normalmente será la existencia de una participación minoritaria en un competidor la que conferirá la potestad a la empresa inversionista de nombrar un representante en el directorio”¹⁰⁴.

En suma, las participaciones cruzadas entre competidores y el Interlocking horizontal directo comparten importantes elementos en común. Todo lo anterior, nos permite concluir que el criterio adoptado por la FNE, al determinar que empresas son “competidoras” respecto a la infracción al deber de informar participaciones cruzadas

participaciones minoritarias, pero de forma menos evidente, al punto que sería mejor analizar, caso a caso, si efectivamente hay una afectación al bien jurídico que protege el decreto ley N° 211”.

¹⁰³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2018. Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre la adquisición por Tianqui Lithium Corporation de una participación accionaria de SQM. Rol N°2493-18. p. 50: “Por otra, se han examinado los posibles riesgos de coordinación derivados de la Adquisición, en virtud del eventual acceso a información sensible de SQM por parte de Tianqui, lo que podría ayudar a que se verificara el actuar coordinado entre las entidades competidoras con vínculos de propiedad común. Al respecto cabe hacer presente que esta Fiscalía considera que tales efectos son propios de la existencia de una participación accionaria en competidores, respecto de la cual incluso podrían materializarse hipótesis de interlocking indirecto, haciendo más propensa la verificación de un actuar coordinado entre las entidades vinculadas en propiedad a Tianqui.”

¹⁰⁴ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. pp. 4-6.

contenido en el artículo 4 bis no debería diferir mucho de los eventuales requerimientos ante una infracción del artículo 3 letra d).

A continuación, se presentan los requerimientos presentados por la FNE en contra de Banmédica S.A y de la Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada. En ambos casos, se infringió el deber de informar su participación en más del 10% del capital de una empresa competidora, dentro del plazo de 180 días contados desde la publicación de la ley en el Diario Oficial, contemplado en el artículo 4 transitorio de la Ley 20.945 ¹⁰⁵.

En el caso de Banmédica, esta no informó su adquisición de capital en Servisalud S.A. y Servisalud Inmobiliaria S.A, sociedades que conjuntamente operaban Clínica Los Carrera, la cual era competidora de la filial de Banmédica, Clínica Ciudad del Mar S.A. La FNE consideró que ambas Clínicas eran “competidoras” en base a los siguientes criterios: (i) Ambas comparten el mismo mercado: prestación de servicios de salud; (ii) Características generales respecto del servicio: ambas son centros privados de atención cerrada, por lo que pueden ofrecer servicios de hospitalización diurna y nocturna; (iii) Ubicación: ambas se ubican en la Región de Valparaíso, a solo 16 km entre sí; (iv) Servicios ofrecidos: ambas ofrecen tres tipos de servicio de salud: ambulatorios, hospitalarios y atención de urgencias; (v) Tipo de clientes: ambas clínicas atienden pacientes tanto de Isapres como de Fonasa y también a particulares; (vi) Número de médicos que prestan servicios en ambas: un total de 109 médicos distintos habría prestado servicios en ambos centros, para el periodo entre enero de 2018 y noviembre de 2019; (vii) Fuente de ingresos: se observa que los ingresos para ambas están concentrados en pacientes que provienen de la Región de Valparaíso¹⁰⁶. La FNE concluyó que “conforme a los antecedentes antes mencionados,

¹⁰⁵ Disposiciones transitorias de la Ley 20.945, relativas al DL 211, artículo 4: “Las participaciones de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial en el capital de empresas competidoras a que alude el artículo 4° bis, existentes en el momento de la entrada en vigencia de esta ley, deberán ser informadas a la Fiscalía Nacional Económica dentro del plazo de ciento ochenta días, contado desde la publicación de la presente ley en el Diario Oficial”.

¹⁰⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Requerimiento en contra de Banmédica S.A. Rol C-388-2020. pp.6-8.

los servicios ofrecidos por ambas clínicas pueden ser considerados, de manera razonable como intercambiables para los pacientes, lo que permite deducir que ejercen algún grado de presión competitiva entre sí”¹⁰⁷.

Por otra parte, el requerimiento en contra de la Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada se fundó en que esta no habría informado su participación en más del 10% del capital de Plásticos Eroflex S.A, quien era competidora de su filial Plásticos Bio Bio S.A. Los criterios señalados por la FNE para determinar que existía competencia entre ambas fueron los siguientes: (i) Mercado en el que participan: ambas se dedican a la fabricación y comercialización de envases flexibles de plásticos; (ii) Tipo de productos ofrecidos: ambas ofrecen una serie de envases plásticos a medida, destinados a almacenar y proteger distintos tipos de productos; (iii) Identificación de clientes: ambas empresas han abastecido a los mismos clientes con igual tipo de productos; (iv) Capacidad para diversificar su producción: ambas empresas tienen la potencialidad de aumentar las líneas de productos coincidentes, realizando cambios relativamente menores a sus procesos; (v) Se indicó que la propia empresa requerida ha reconocido dicha competencia, mediante la renuncia de un representante de Los Orientales al directorio de Plásticos Eroflex. S.A, para así evitar una sanción por infracción al artículo 3 letra d) del DL 211 ¹⁰⁸.

Los criterios utilizados por la FNE, en ambos requerimientos, se encuadran dentro de lo que hemos caracterizado previamente como análisis cualitativo del mercado relevante, focalizándose principalmente si compiten en la industria, los servicios o productos ofrecidos en el mercado y el tipo de clientes, alejándose de variables presentadas por el análisis cuantitativo, como son la elasticidad cruzada de la demanda o la sustituibilidad¹⁰⁹.

¹⁰⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Requerimiento en contra de Banmédica S.A. Rol C-388-2020. p.8.

¹⁰⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Requerimiento en contra de Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada. Rol C-389-2020. pp. 3-4.

¹⁰⁹ Podría generar confusión lo afirmado por la FNE en el caso Banmédica, en el cual se indicó que *“los servicios prestados pueden ser intercambiables para los pacientes”*, lo que podría ser mal entendido

En conclusión, si consideramos que la FTC (agencia especializada en la protección de la libre competencia en Estados Unidos, ordenamiento jurídico que sirvió de base a la regulación del Interlocking en Chile) fundamentó sus decisiones en base a un análisis cualitativo del mercado relevante, y a ello le agregamos la postura adoptada por la FNE en los requerimientos bajo el artículo 4 bis, podemos concluir que la FNE probablemente presentará un análisis cualitativo del mercado relevante en sus eventuales requerimientos bajo el artículo 3 letra d), en especial, si consideramos la complejidad que conlleva preparar un análisis cuantitativo del mercado relevante. Esto puede ser importante para que los agentes económicos adopten medidas de cumplimiento, y así eviten un requerimiento por parte de la FNE.

4.4. ¿Qué se entiende por cargo ejecutivo relevante?

En el artículo 3 letra d) del DL 211 se prohíbe la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí. Sin embargo, dicha normativa no especifica qué se considera como un cargo ejecutivo “relevante”, lo que fue presentado como una inquietud durante la tramitación de la Ley 20.945, puesto que los eventuales requeridos podrían manifestar que la prohibición no les es aplicable, indicando que sus cargos no son “relevantes” dentro de las empresas ¹¹⁰.

Para responder a esta pregunta resulta útil observar el derecho comparado. En Estados Unidos, el artículo 8 de la Clayton Act ha establecido que la prohibición de los Interlocking se refiere a aquellas personas que sirven como directores o ejecutivos de dos

como un análisis de sustituibilidad. Sin embargo, el análisis presentado, no se condice con los criterios presentados por la misma FNE para determinar si existe sustituibilidad entre los productos o servicios prestados. Véase. FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración, Santiago, p.11.

¹¹⁰ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de Comisión de Constitución del Senado. p.534: *“A continuación, el Honorable Senador señor Espina manifestó que el problema de la disposición en estudio radica justamente en el uso de la expresión "relevantes" para calificar cargos ejecutivos que pueden incurrir en esta infracción. La defensa de quienes incurran en esta falta alegará que sus cargos no eran relevantes. Teniendo en consideración lo anterior, pidió al Ejecutivo precisar que se entiende por “cargo ejecutivo relevante”.*

empresas. El concepto “ejecutivo” como indica el mismo artículo 8 (4) se refiere a “un ejecutivo elegido o seleccionado por el directorio”¹¹¹. Esto se debe a la importancia del directorio, el cual “juega un rol clave en la supervisión administrativa y provee consejo y orientación en la estrategia corporativa”¹¹².

Acorde a Petersen, “el artículo 8 de la Clayton Act ha sido interpretado para cubrir a los empleados, a pesar de que la redacción simple de la ley no respalde tal interpretación. La razón para extender el artículo 8, y así incluir a los empleados, se basa en la teoría de la agencia, acorde a la cual, ‘un empleado puede considerarse como un agente de la empresa para la que trabaja’. Esto tiene sentido, ya que una empresa fácilmente podría hacer que un director renuncie y emplearlo en su lugar, para así escapar de la restricción”¹¹³.

De esta forma se manifestó la Corte del Distrito de Nueva York en el caso Square D Co. vs Schneider S.A, al sostener que “si se adoptase una lectura literal del artículo 8, sería fácil para una empresa vincularse mediante un Interlocking con un competidor, y así evadir la responsabilidad del artículo 8, al denominar a sus agentes en las juntas de directorio de los competidores de una forma distinta a ejecutivos o directores”¹¹⁴.

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS, Clayton Act, section 8 (a) 4. [Traducción libre]: “For purposes of this section, the term “officer” means an officer elected or chosen by the Board of Directors.”

¹¹² BIZJAK, WHITBY, LEMMON. 2009. Option Backdating and Board Interlocks. Oxford, Review of Financial Studies. p. 4826. [Traducción libre]: “[B]oard of directors plays a key role in managerial oversight and provides advice and guidance on corporate strategy.”

¹¹³ PETERSEN, V. 2016. Interlocking Directorates in the European Union: An Argument For Their Restriction, Eur. Bus. L. Rev. p.63. [Traducción libre]: “Section 8 of the Clayton Act has also been interpreted as to cover employees, even though the plain wording of the statute does not support that interpretation. The rationale for extending Section 8 to cover employees is based on an agency theory according to which an employee “may be regarded as the agent of the corporation for which he or she works. This makes sense, as a firm could simply make a director resign and employ him instead to escape the restriction”.

¹¹⁴ Square D Co. v. SCHNEIDER SA, 760 F. Supp. 362 (S.D.N.Y. 1991, [Traducción libre]: “If a literal reading of Section 8 were adopted it would be easy for a company to interlock with a competitor and yet evade § 8 liability simply by calling its agents on the competitors’ board something other than either officers or directors.”

Debido a lo anterior, “la Corte de Nueva York determinó que una violación al artículo 8 de la Clayton Act existe cuando una empresa intenta ubicar en el directorio a personas que son agentes de esa empresa y tienen una relación laboral o comercial con ella. Para respaldar tal decisión, la Corte se basó en las políticas que justificaban el artículo 8, entre ellas, la de impedir la coordinación de las decisiones comerciales de los competidores y el intercambio de información comercialmente sensible”¹¹⁵. Por esta misma razón, es que algunas legislaciones -como la de Japón- abarcan la situación en que una persona sirve como director en una empresa y como empleado en otra¹¹⁶.

A pesar de que la prohibición del Interlocking en el artículo 3 letra d) del DL 211 se basó principalmente en la Clayton Act para su redacción, no presenta la limitación inicial de la normativa estadounidense. Es decir, en nuestro país podría considerarse como “ejecutivo relevante” a un empleado de la empresa, aun cuando éste no fuese elegido directamente por el directorio.

Ahora bien, para evitar que la prohibición alcance a todos los empleados de una empresa, se debe establecer un margen objetivo. Conforme a lo señalado por Jorge Grunberg en la Comisión de Constitución del Senado, la “relevancia” de los cargos que pueden incurrir en esta infracción “viene dada por la descripción de sus funciones objetivas y de la información que necesariamente debe ser puesta en conocimiento de quién lo ocupa, y no por las características personales del ejecutivo en cuestión”. Además, expresó que “lo más importante en esta definición es el acceso a la información que no debe ser compartida

¹¹⁵ WILKINSON, L. 2017. Interlocking Directorates. Thomson Reuters, Journal of Litigation: Spotlight on Antitrust litigation. p.60. [Traducción libre]: “The court instead found that a Section 8 violation exists where a company attempts to place on a competitor’s board individuals who are agents of, and have an employment or business relationship with, that company. The court stated that its decision supported the policies underlying Section 8, including preventing the coordination of business decisions by competitors and the exchange of commercially sensitive information.”

¹¹⁶ JAPÓN, 1947, Ley Antimonopolio, artículo 13-1. [Traducción libre]: “An officer or an employee (meaning, in this Article, a person other than an officer engaged in the business of a company on a regular basis) of a company may not hold a position as an officer of another company at the same time, if the person’s doing so substantially restrains competition in any particular field of trade.”

con la competencia, lo cual es un asunto bastante objetivo, y que debe ser apreciado caso a caso”¹¹⁷.

La explicación anterior se condice con los criterios establecidos en el artículo 68 inciso segundo de la Ley 18.045. Bajo dicha normativa se entiende por ejecutivo principal “a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros”. Es decir, su calidad depende de las funciones que ejerce dentro de una empresa, lo que a su vez determinará la información a la que acceden los ejecutivos.

A modo de conclusión, podemos señalar que se consideran como ejecutivos “relevantes” aquellos empleados de una empresa, que ejerzan funciones que les permitan tener acceso a información relevante, la cual, como fue señalado previamente corresponde a “toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado”¹¹⁸.

4.5. ¿Por qué se estableció un umbral -respecto de los ingresos de los grupos empresariales- como requisito para sancionar el Interlocking horizontal?

La fijación de un umbral en el artículo 3 letra d) fue un aspecto discutido dentro de la tramitación de la Ley 20.945. En principio, el poder ejecutivo había propuesto sancionar

¹¹⁷ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° Ley 20.945; Primer Informe Comisión Constitución del Senado. p.534: “El abogado asesor del Ministerio de Economía, señor Grunberg, expresó que esa calificación es importante, porque justamente permite distinguir entre las posiciones de dirección que pueden cometer esta infracción, y las que no tienen esta calidad. Con todo, afirmó que, aunque se puede tratar de una disposición abierta, de todas formas, es un asunto bastante objetivo, porque la relevancia del cargo viene dada por la descripción de sus funciones objetivas y de la información que necesariamente debe ser puesta en conocimiento de quién lo ocupa, y no por las características personales del ejecutivo en cuestión. Expresó que lo más importante en esta definición es el acceso a la información que no debe ser compartida con la competencia, lo cual es un asunto bastante objetivo, y que debe ser apreciado caso a caso.”

¹¹⁸ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Santiago. p.14.

[En línea] <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf> [Consultado por última vez en abril 2020]

el Interlocking sin límite alguno¹¹⁹. Posteriormente, a partir de la discusión llevada a cabo en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, se decidió fijar un umbral de ingresos, conforme al cual, solo se hace aplicable la prohibición si el grupo empresarial al que pertenece la empresa competidora tiene ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.

Para responder a la interrogante planteada resulta útil definir adecuadamente qué se entiende por “grupo empresarial”.

En países en desarrollo, los grupos económicos son considerados como actores económicos de gran relevancia, y han sido estudiados extensamente en distintas áreas del conocimiento como los negocios, las finanzas y la economía. Acorde a la literatura económica, los grupos empresariales consisten en “empresas legalmente independientes que operan en múltiples (comúnmente no relacionadas) industrias, que se encuentran unidas por vínculos permanentes, ya sean formales como participaciones de capital o informales como lazos familiares”¹²⁰.

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico ha entregado una definición legal en el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, la cual ha definido el término “grupo empresarial” de la siguiente forma: *“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”*. Además, dicha normativa establece que

¹¹⁹ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. p.77: *“El Ministro de Economía recordó que la propuesta inicial en esta materia era sancionar interlocking sin fijar límite alguno.”*

¹²⁰ KHANNA, YAFEH. 2005. Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites? *Journal of Economic Literature*. 45(2) p. 331. [Traducción libre]: *“Legally independent firms, operating in multiple (often unrelated) industries, which are bound together by persistent formal (e.g. equity) and informal (e.g. family) ties”*.

forman parte de un mismo grupo empresarial: "a) Una sociedad y su controlador; b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y éste último, y c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más circunstancias establecidas en la Ley".

Ahora bien, respecto de la fijación del umbral de ingresos, podemos señalar que en la tramitación de la Ley 20.945 se explicó por parte del Ministro de Economía, Luis Felipe Céspedes, que dicha inclusión en la regulación del Interlocking horizontal tiene por objeto eximir de su aplicación a las empresas de menor tamaño, según se definen éstas en el artículo 2° de la ley N° 20.416. La lógica detrás de la imposición de umbrales de ingresos sería poner una señal de alerta sobre las grandes empresas, las cuales tienen un potencial mayor de afectar la libre competencia ¹²¹.

A pesar de que las empresas de menor tamaño puedan quedar fuera de los umbrales fijados en el artículo 3 letra d), el Fiscal Nacional Económico explicó que "estas podrán ser de todas formas revisadas en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3° del DL 211" ¹²².

¹²¹ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. p.77: "El Ministro de Economía explicó que la inclusión de un umbral de ingresos en la regulación del interlocking horizontal tiene por objeto eximir de su aplicación a las empresas de menor tamaño, según se definen éstas en el artículo 2° de la ley N° 20.416. (...) El Ministro de Economía recordó que la propuesta inicial en esta materia era sancionar interlocking sin fijar límite alguno y que, a raíz del debate en esta Comisión, el Ejecutivo propone ahora poner una señal de alerta respecto de las grandes empresas, pero eso no significa que las de menor tamaño podrán hacer lo que quieran, porque está resguardado –a través de los demás instrumentos que contempla el proyecto– que ellas no puedan atentar contra la libre competencia."

¹²² Ibidem. p.77: "El Fiscal Nacional Económico acotó que la norma propuesta no prohíbe que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores comunes sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas. En cuanto a los casos que queden fuera del umbral, aclaró que de todas maneras podrán ser revisados en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3° en enmienda".

Podemos observar que, nuevamente, nuestra legislación sigue el modelo estadounidense plasmado en la Clayton Act, en la cual se establece como requisito que cada una de las empresas tengan un capital, excedente y utilidades indivisas de más de 10.000.000 dólares, ajustado por inflación¹²³.

Teniendo esto en consideración, es que podemos señalar que nuestra legislación es más restrictiva con relación a los ingresos anuales establecidos como requisito para sancionar el Interlocking, si consideramos que el umbral establecido en nuestro país es menor al de Estados Unidos¹²⁴. Cabe precisar, que la Clayton Act considera el umbral para “corporations” lo que vendría a ser un símil de empresas individuales, mientras que la normativa chilena utiliza el término “grupo empresarial”, lo que restringe aún más el umbral de ingreso, si entendemos que las ventas de un grupo empresarial son, por regla general, mayores a las de una empresa individual por sí sola. Esto obedecería, conforme a nuestro entendimiento, a un menor tamaño de nuestra economía en comparación a la norteamericana.

4.6. Análisis del inciso segundo del artículo 3 letra d).

Dentro del proyecto original de la Ley 20.945, presentado por el poder ejecutivo¹²⁵, no se contemplaba el requisito establecido en inciso segundo del artículo 3 letra d), el que señala: *“Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos,*

¹²³ ESTADOS UNIDOS. Clayton Act, section 8 (1). [Traducción libre]: *“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. Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this section if-- A. the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection; B. the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or C. the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum of that corporation's total sales”*.

¹²⁴ Al 31 de diciembre de 2019, el umbral chileno se encuentra en los 3.769.507 dólares aproximadamente. Monto calculado con la UF a 28.309 pesos y el dólar a un valor de 751 pesos.

¹²⁵ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Oficio indicaciones del Ejecutivo. Fecha 29 de mayo, 2015, p.40.

contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”.

La inclusión del mencionado inciso segundo se generó en la Comisión de Economía del Senado, en la cual se “estimó conveniente permitir que, si una empresa de menor tamaño supera el umbral y pasa a ser una gran empresa, el ejecutivo o director cuente con un plazo de 90 días para cesar en la participación simultánea”¹²⁶.

Dicha incorporación al texto de la ley se encuentra en línea con lo establecido en el artículo 8(b) de la Clayton Act, el cual señala: *“Cuando una persona sea elegida o escogida como director o ejecutivo de una empresa que se encuentra sujeta al presente artículo, (...) su elegibilidad para actuar en tal capacidad no se verá afectada por ninguna de las disposiciones del mismo, en razón del cambio en el capital, superávit, y utilidades indivisas de tal empresa, o cualquiera sea la causa, hasta que transcurra un año desde la fecha en que se produjo el hecho que causó la inelegibilidad”*¹²⁷.

Estimamos que la incorporación del inciso segundo va en la línea correcta, al entregar un plazo razonable a las empresas para velar por el cumplimiento de la normativa, lo que les permite evaluar si les es aplicable la prohibición, conforme a las ventas que hayan tenido en el último año calendario, y adecuar sus estructuras administrativas en caso de ser necesario.

¹²⁶ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945. Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, p. 446.

¹²⁷ ESTADOS UNIDOS. Clayton Act, section 8 (b). [Traducción libre]: *“When any person elected or chosen as a director or officer of any corporation subject to the provisions hereof is eligible at the time of his election or selection to act for such corporation in such capacity, his eligibility to act in such capacity shall not be affected by any of the provisions hereof by reason of any change in the capital, surplus and undivided profits, or affairs of such corporation from whatever cause, until the expiration of one year from the date on which the event causing ineligibility occurred”.*

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE INTERLOCKING:

A continuación, veremos las consideraciones particulares que han tenido, tanto la jurisprudencia comparada, como la doctrina para cada una de las hipótesis de Interlocking explicadas anteriormente:

5.1. Interlocking horizontal directo.

Esta forma es la que ha recibido mayor atención por parte de la literatura, puesto que representa los mayores riesgos para la libre competencia en los mercados, al permitir a las empresas comunicar información confidencial de sus negocios¹²⁸, y por ello se les ha impuesto la prohibición per se. Esto se debe a la alta probabilidad que posee esta estructura para concretar los riesgos anticompetitivos señalados anteriormente, ya que una misma persona es la que posee información sensible de ambas empresas competidoras, lo que le permitiría, ya sea facilitar un acuerdo colusorio o coordinar el actuar de dos empresas que son competidoras e independientes entre sí.

Al encontrarse regidos por la regla per se, los Interlocking horizontales directos son anticompetitivos aun cuando no exista intercambio de información, es decir, basta la mera participación simultánea de una persona en juntas de directores o en cargos ejecutivos relevantes de dos empresas competidoras para que la conducta sea catalogada como ilícita. Esto último, se debe a que un director o ejecutivo relevante, que se encuentra en una situación de Interlocking, debe trabajar en el mejor interés de las empresas que integra, lo que es consecuencia directa de las obligaciones fiduciarias que conllevan sus funciones. Dichas obligaciones incluyen el deber de cuidado y de lealtad, las cuales

¹²⁸ TRAVERS. A. 1968. Interlocks in Corporate Management and the Antitrust Laws, 46 TEX. L. REV. 819, p. 840. [Traducción libre]: *"The argument for prohibiting competing corporations from sharing even one director is that the interlock permits the coordination of policies between nominally independent firms -to an extent that competition between them may be completely eliminated"*.

buscan asegurarse de que los actos del director o ejecutivo relevante vayan en el mejor interés de la empresa, y no en su propio interés ¹²⁹.

Acorde a Petersen, “estas obligaciones se vuelven problemáticas y pueden crear conflictos de interés para un director o ejecutivo relevante que participa en dos empresas competidoras, puesto que la utilidad de una de las empresas puede significar una pérdida para la otra empresa”¹³⁰. Según Areeda y Hovenkamp, “dicha posición dual, o Interlocking, puede dar lugar a intercambios de información, joint ventures, comportamientos paralelos, exclusión de rivales o una serie de actividades que podrían afectar negativamente a la competencia” ¹³¹.

La conclusión a la que ha llegado la doctrina comparada es que un director o ejecutivo relevante en situación de Interlocking entre competidores, tiene fuertes incentivos para reducir la competencia. Esto podría verse incrementado si el director o ejecutivo relevante es beneficiado económicamente por reducir la competencia, como sería el caso en que sus

¹²⁹ WALLER, S. 2011. Corporate Governance and Competition Policy. Chicago, George Mason Law Review, Vol. 18, No. 4. p. 836. [Traducción libre]: “*The duty of loyalty requires that directors consider the interest of the corporation over any personal interests so that they do not profit improperly at the corporation’s expense and avoid self-dealing. ... The duty of care generally requires directors to act in good faith and with the degree of diligence, care, and skill that an ordinarily prudent person would exercise under similar circumstances.*”

¹³⁰ PETERSEN, V. 2016. Interlocking Directorates in the European Union: An Argument For Their Restriction, Eur. Bus. L. Rev. p.21. [Traducción libre]: “*To clarify, an interlocked director should work in the best interest of both firms. This obligation becomes problematic and creates serious conflicts of interest for the interlocked person if she serves as a board member for two competing firms, because one firm’s profit may mean the other firm’s loss.*”

¹³¹ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p. 1300 [Traducción libre]: “*When an individual is a director or officer of two companies, each of which does business with or competes with the other, fiduciary responsibility to one company might conflict with fiduciary responsibility to the other. Such dual, or interlocking, positions might also lead to exchanges of information, joint ventures, parallel behavior, foreclosure of rivals, or a number of other activities that might affect competition adversely*”.

remuneraciones aumenten si mejora el desempeño económico de las empresas que integra ¹³².

Dentro de la jurisprudencia norteamericana han existido casos de este tipo de Interlocking horizontal directo. El más reciente ocurrió entre las empresas Apple y Google, las cuales fueron investigadas por la Federal Trade Commission en el año 2009, puesto que compartían dos directores. Uno de ellos, Eric Schmidt se convirtió en director de Apple al momento en que Apple y Google se encontraban trabajando conjuntamente para integrar varias tecnologías de Google, como Google Maps en el Iphone, mientras que competían en otras áreas como los exploradores de Web, donde competían Safari de Apple con Chrome de Google, o Itunes con YouTube en la distribución de música y videos. La competencia entre ellas fue la razón por la cual los directores que integraban ambas empresas se vieron obligados a dejar sus cargos ¹³³.

Cabe recordar que, acorde a Wilkinson, en los Estados Unidos de América, “las empresas deciden de forma proactiva eliminar los Interlocking entre competidores cuando estos se producen, e incluso antes de la competencia entre ellas”¹³⁴. Así fue el caso de un ejecutivo de Alphabet Inc., sociedad matriz de Google Inc., quien renunció a la junta de directores de Uber Technologies Inc., cuando ambas empresas comenzaron a perseguir negocios similares. Tanto Alphabet como Uber, se encontraban enfocados en áreas coincidentes

¹³² OFFICE OF FAIR TRADING. 2010. Minority interests in competitors: A research report prepared by DotEcon Ltd. pp. 60-61. [Traducción libre]: “[T]hat if the “director’s remuneration is closely tied to company performance, then it may pay for the director to adopt decisions that imply that the companies compete less aggressively with each other.” [En línea] <<https://www.dotecon.com/assets/images/oftmic.pdf>> [Consultado por última vez en abril 2020]

¹³³ ARTHUR. C. 2009. Google CEO Eric Schmidt resigns from Apple board over 'conflicts of interest. [En línea] <<https://www.theguardian.com/technology/2009/aug/03/google-chief-schmidt-resigns-apple-board>> [Consultado por última vez en abril 2020]

¹³⁴ WILKINSON, L. 2017. Interlocking Directorates. Thomson Reuters, Journal of Litigation: Spotlight on Antitrust litigation. p.56. [Traducción libre]: “Companies often choose to address the issue proactively by foregoing a board seat or eliminating the interlock, sometimes even before there are actual competing sales.”

como tecnología de mapas, transporte compartido y vehículos que viajan autónomamente¹³⁵.

Esta experiencia ha sido replicada en nuestro país desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.945. Así lo afirmó Lorena Pavic, abogada experta en libre competencia, quién señaló que “desde la tramitación del proyecto de Ley, las empresas han realizado auditorías internas para identificar aquellos casos en que cuentan con directores o ejecutivos relevantes que participan simultáneamente en directorios de empresas competidoras, a efectos de realizar los cambios pertinentes, y también se han analizado protocolos para que los potenciales nuevos directores declaren ex ante no participar al mismo tiempo en directorios de la competencia”¹³⁶.

Lo anterior, demuestra el efecto disuasivo que ha ejercido la prohibición sobre los receptores de la norma, quienes sin necesidad de requerimiento por parte de la FNE han decidido voluntariamente abandonar los cargos directivos o ejecutivos que pueden generar riesgos anticompetitivos.

5.2. Interlocking indirecto-deputization.

El Interlocking vía deputization opera como una forma de Interlocking indirecto, puesto que dos personas que representan los mismos intereses se encuentran dentro de los directorios o ejercen cargos ejecutivos relevantes en dos empresas competidoras.

Los riesgos que trae consigo esta estructura para la libre competencia son menores que aquellos que se consideran para el Interlocking horizontal directo, ya que al ser diferentes

¹³⁵ ISAAC, M. 2016. Uber and Alphabet’s Rivalry Heats Up as Director Chooses Sides, N.Y. Times. August 29th. [En línea] <<https://www.nytimes.com/2016/08/30/technology/uber-and-alphabets-rivalry-heats-up-as-director-chooses-sides.html>> [Consultado por última vez en abril 2020]

¹³⁶ IBARRA. V. 2016. Grandes empresas cambian sus "altos mandos" y evalúan reorganizaciones por ley que impide compartir directivos. El Mercurio, Economía y Negocios Online, Santiago, Chile, 23 de octubre.

[En línea] <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=301413>> [Consultado por última vez en abril 2020]

las personas que integran las empresas competidoras, no se genera el efecto inevitable que la misma persona accede a información comercialmente sensible de dos competidores directos.

En Estados Unidos, tanto el Department of Justice¹³⁷ como la Federal Trade Commission¹³⁸ han señalado que las sociedades y asociaciones son personas que pueden violar la normativa si tienen representantes integrando los directorios de dos empresas competidoras, a pesar de que esos representantes sean diferentes personas. Sin embargo, ningún tribunal ha condenado una infracción al artículo 8 de la Clayton Act basado en esta teoría, a pesar de que se ha presentado la posibilidad en juicio ¹³⁹.

Uno de ellos fue el caso Reading International Inc., vs. Oaktree Capital Management, en el cual la Corte del Distrito Sur de Nueva York señaló que: “para sustentar su alegación, los demandantes tendrán que demostrar no solo que tanto Kaplan como Karsh (los directores) trabajan para Oaktree (el acusado), sino que además que sus servicios en las juntas de directorio no son a título individual, sino como representantes de Oaktree, actuando como títeres o instrumentos de la voluntad de dicha empresa, de modo que pueda decirse legítimamente que es Oaktree como entidad, y no Kaplan y Karsh como personas separadas, la que ‘sirve como director’ tanto de Loews como de Regal”¹⁴⁰.

¹³⁷ United States v. International Ass’n of Machinists, (1994).

¹³⁸ Advisory Opinion, United Auto Workers, 97 F.T.C 933 (1981).

¹³⁹ Pocahontas Supreme Coal Co. v Benthlehem Steel Corp., 828 F.2d 211, 217 (4th Cir. 1987). [Traducción libre]: “Finally, in one paragraph of the complaint, Pocahontas sought to invoke, again in conclusory terms, the so-called “deputization” theory of “interlocking directorates.” Under this theory when a parent company designates different persons to sit on the boards of competing subsidiaries, these persons are treated as “deputies” of the same principal so that they are the same person for Sec. 8 interlock purposes. Again, the complaint did not purport to identify the directors or boards involved in such a “deputization” scheme.”

¹⁴⁰ Reading Int’l, Inc., v. Oaktree Capital Management, LLC, 317 F. Supp.2d 301 (S.D.N.Y. 2003). [Traducción libre]: “To establish their claim, plaintiffs will have to show not merely that Kaplan and Karsh both work for Oaktree, but that their service on the boards is not in their individual capacities, but as the deputies of Oaktree, acting as the puppets or instrumentalities of the corporation’s will, such that it can legitimately be said that it is Oaktree as an entity, and not Kaplan and Karsh as separate persons, which “serve[s] as a director” of both Loews and Regal”.

Otro caso relevante en la materia fue *United States vs. Cleveland Trust Company*, en el cual se presentó una oportunidad importante para que una Corte Federal definiera los límites permisibles de la hipótesis de Interlocking-deputization. En este se produjo un Interlocking debido a que Cleveland Trust (uno de los bancos más grandes de EE. UU) tenía presencia mediante uno de sus directores y su vicepresidente en tres firmas industriales que competían en el mercado de manufactura de herramientas mecánicas complejas: Warner and Swasey Company, Pneumo-Dynamics Corporation y White Consolidated Industries, Inc.¹⁴¹.

Como prerrequisito para revisar la legalidad del Interlocking, la Corte del Distrito de Ohio tuvo que abordar dos temas fundamentales. El primero de ellos, fue determinar si los directores implicados se encontraban actuando principalmente como agentes del banco, por lo que su presencia en los directorios de las empresas se debía a su capacidad representativa, y no a su capacidad individual. El segundo tema, era si Cleveland Trust, podía ser culpable bajo el artículo 8, debido a que el director se encontraba en situación de Interlocking. Lamentablemente, la Corte del Distrito de Ohio decidió que era innecesario responder estos temas cruciales, debido a que solo tenía que resolver la moción de juicio sumario¹⁴².

Sin embargo, en dicho caso la Corte indicó que “ambas partes estuvieron de acuerdo en que una empresa podía ser considerada como una ‘persona’ para los propósitos del artículo 8 de la Clayton Act, ya que el artículo 1 de la Clayton Act define ‘persona’ o ‘personas’, como sigue: *la palabra ‘persona’ o ‘personas’ donde quiera que se use en esta ley deberá ser considerada para incluir a empresas o asociaciones existentes o autorizadas, ya sea bajo*

¹⁴¹ *United States v. Cleveland Trust Co.*, 392 F. Supp. 699, 702-03 (N.D. Ohio 1974).

¹⁴² JACOBS. M. 2013. “Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica Working Paper. p.21. [Traducción libre]: “*The district court, on a motion for summary judgment, did not reject the government’s theory as a matter of law though it noted that the question was “entirely unsettled”, but declined to grant the motion because of significant factual questions that remained*”.

la ley de los Estados Unidos de America, las leyes de cualquier de los Territorios, las leyes de cualquier Estado, o las leyes de un país extranjero"¹⁴³.

Debido a lo anterior, Preminger concluye que "la estructura interna de la ley dicta que una empresa puede ser considerada como un director, y en conjunto con los directores individuales que han sido delegados, ser demandados conforme a ley, ya sea en un procedimiento de ejecución gubernamental o en uno privado"¹⁴⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico dicha interpretación no sería posible conforme al artículo 3 letra d), ya que en la historia de la ley 20.945 se estableció claramente que la prohibición per se solo afecta a personas naturales que ejercen cargos de directores o ejecutivos relevantes en empresas competidoras y no en empresas que nombrasen directores en estas ¹⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, si una persona jurídica o una empresa, es representada en competidores entre sí, mediante directores o ejecutivos relevantes que actúan como

¹⁴³ United States v. Cleveland Trust Co., 392 F. Supp. 699 (N.D. Ohio 1974), 513 F.2d 633 (6th Cir. 1975). [Traducción libre]: "Both parties agree that a corporation may be a "person" for purposes of Section 8 of the Clayton Act. Section 1 of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 12, defines "person" or "persons" as follows: "The word `person' or `persons' wherever used in this Act shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country."

¹⁴⁴ PREMINGER, R. 1981. "Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act", Washington University Law Review. p. 962. [Traducción libre]: "Under section 8 "[n]o person at the same time shall be a director in any two or more corporations. The definitional section of the Clayton Act includes corporations in its description of juristic "persons." Hence, the internal structure of the Act dictates that a corporation can be a director and, along with the individual deputized directors, a defendant for purposes of the statute in a government enforcement or private proceeding".

¹⁴⁵ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° Ley 20.945; Primer Informe Comisión Economía de la Cámara de Diputados, p.76: "El Fiscal Nacional Económico acotó que la norma propuesta no prohíbe que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores comunes sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas. En cuanto a los casos que queden fuera del umbral, aclaró que de todas maneras podrán ser revisados en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3° en enmienda".

agentes de la misma empresa¹⁴⁶, esto podría traer aparejado altos riesgos de coordinación y por tanto ser objeto de reproche bajo el artículo 3 inciso primero del DL 211.

5.3. Interlocking directo - competencia entre filiales y competencia matriz-filial

Respecto al Interlocking directo en que la competencia se produce entre filiales, la FNE ha señalado lo siguiente: “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”¹⁴⁷. La misma Fiscalía ha explicado que ello “descansa en el supuesto que la matriz efectivamente fiscalice las actividades de su filial, dada su dedicación a un mismo giro, a un giro complementario o que se encuentre constituida como una sociedad de inversión”¹⁴⁸.

Una opinión similar es la que se ha presentado en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, particularmente en el caso *United States v. Crocker National Corp.*, en el cual la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, afirmó que la legalidad de este Interlocking depende de la extensión del control ejercido por la matriz sobre el negocio de la filial, actuando como una sola entidad¹⁴⁹.

Dicho criterio ha sido contemplado por la doctrina, en este sentido Areeda y Hovenkamp sostienen que “los jueces deben determinar la legalidad del Interlocking cuestionándose

¹⁴⁶ Los directores de sociedades anónimas además de actuar como agentes de las sociedades que integran, tienen deberes consagrados en la Ley 18.046: 1) Deber de diligencia y cuidado (artículo 41); 2) Deber de lealtad (artículo 43 y 46); 3) Deber de imparcialidad (artículo 39 inciso tercero), entre otros.

¹⁴⁷ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.15.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ *United States v. Crocker Nat'l Corp.*, 656 F.2d 428 (9th Cir. 1981). [Traducción libre]: “Whether for the purposes of Section 8 the business of a subsidiary is to be attributed to a parent in determining if the parent compete with another corporation with which it is interlocked, turns upon the extent of the control exercised by the parent over the subsidiary's business (...). If the parent substantially controls the policies of its subsidiary, it may fairly be said, in the language of the competing corporations provision of Section 8, that the "business and location" of the parent include the business and location of the subsidiary”.

si puede esperarse que el negocio de las filiales se encuentra sujeto a las deliberaciones de los directorios de sus matrices”¹⁵⁰, misma opinión tuvo Victor H. Kramer¹⁵¹.

Richard Murphy sigue la misma línea argumentativa anterior, pero realiza una precisión respecto a la autonomía de la filial, como sigue: “si una matriz ejerce un control suficiente sobre las políticas y operaciones de su filial, el Interlocking entre la matriz y el competidor de la filial presenta los mismos problemas que si la propia matriz compitiera directamente la filial en la que se encuentra la directora o ejecutivo común (...) Un alto grado de control justifica la aplicación de la normativa, mientras que si la filial es autónoma, es menos probable que el Interlocking entre uno de sus competidores y su matriz produzca efectos anticompetitivos”¹⁵².

Por otra parte, la existencia de control de las matrices sobre las filiales también es relevante en el sentido que conlleva la imputación de la competencia entre las filiales a las matrices para satisfacer el requisito de competencia.

Así se dio en el ya mencionado caso Borg-Warner Corporation vs FTC., en el cual “para imputar el negocio de la filial, Bosch U.S., a la matriz, Bosch GmbH, el juez de derecho administrativo se basó exclusivamente en un concepto idéntico adoptado en el artículo 7

¹⁵⁰ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. [Traducción libre]: *“Where the subsidiary is the competitor, however, the court should determine the legality of the interlock by asking whether the subsidiary's business could ordinarily be expected to be the subject of the parent's boardroom deliberations”*.

¹⁵¹ KRAMER. 1950. Interlocking Directorships and the Clayton Act After 35 Years, 59 YALE L.J. p.1268. [Traducción libre]: *“Does the Section 8 apply to directorships in two parent companies each of which has a wholly-owned subsidiary where the subsidiaries are in competition but not the parents? Where the major policies of the subsidiaries are dictated by the parents, it would seem that there is a strong case for holding the directorships unlawful.”*

¹⁵² MURPHY, R. 1978. Keys to Unlock the Interlocks: Dealing with Interlocking Directorates, 11 U. Mich. J.L. Reform 361, 386. p. 377. [Traducción libre]: *“If a parent exercises sufficient control over its subsidiary's policies and operations, then an interlock between the parent and the subsidiary's competitor presents the same problems as if the parent itself directly competed with its interlocked partner (...) A high degree of control warrants the application of the section, whereas if the subsidiary is autonomous, an interlock between one of its competitors and its parent is less likely to produce any anticompetitive effects”*.

de los casos de fusión. Esta analogía da contenido al concepto de control, ampliando así el efecto prohibitivo del artículo 8 para incluir el Interlocking matriz-filial dentro de la autoridad de la ley”¹⁵³. Preminger, ha considerado que “el razonamiento de Borg- Warner evidencia un enfoque práctico de las realidades corporativas modernas, dando un significado de sentido común a la normativa, que eleva la esencia por sobre la forma”¹⁵⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en la Clayton Act no se ha establecido una prohibición per se sobre este tipo de Interlocking. Sin embargo, como ya mencionamos anteriormente, puede ser sancionado en virtud del artículo 3 inciso primero del DL 211, es decir, si el Interlocking impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos.

En definitiva, para que se dé lugar a una sanción, siguiendo la experiencia de la jurisprudencia norteamericana en los casos *United States v. Crocker National Corp* y *Borg-Warner Corporation vs FTC*, además de la doctrina comparada enunciada anteriormente por Areeda y Hovenkamp, y Kramer, tendría que comprobarse: (i) la existencia de Interlocking entre empresas matrices no pertenecientes al mismo grupo empresarial; (ii) competencia entre las filiales o competencia entre una filial con una de las matrices; (iii) control de las matrices sobre el actuar de sus filiales¹⁵⁵, (iv) que el

¹⁵³ PREMINGER, R. 1981. “Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act”, *Washington University Law Review*. p. 967. [Traducción libre]: “*For purposes of imputing the business of the subsidiary, Bosch U.S., to the parent, Bosch GmbH, the administrative law judge drew exclusively on an identical concept adopted in section 7 merger cases. This analogy gives content to the control concept, thereby expanding the prohibitory effect of section 8 to include the parent-subsubsidiary interlock within the statute's authority.*”

¹⁵⁴ *Ibidem*. [Traducción libre]: “*The reasoning in Borg- Warner evidences a practical approach to modern corporate realities, giving a common sense meaning to the statute that elevates substance over form.*”

¹⁵⁵ WILKINSON, L. 2017. Interlocking Directorates. Thomson Reuters, *Journal of Litigation: Spotlight on Antitrust litigation*. La autora enuncia algunos criterios utilizados por la FTC para medir el control que ejerce la matriz sobre sus filiales. p. 58. “*There is no definitive list of factors for assessing the degree of control a parent has over its subsidiary to determine if there is a Section 8 violation involving one corporation that competes with the subsidiary of another. The FTC has evaluated whether: (i) The parent elects and nominates the subsidiary's directors. (ii) The directors of the parent and subsidiary overlap. (iii) The subsidiary corporation: is wholly owned; submits financial reports and business plans to*

Interlocking impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos.

Distinto es el análisis de la hipótesis enunciada previamente en este trabajo, que ilustra el caso de un Interlocking entre empresas filiales no competidoras, pero cuyas matrices si competían entre sí. Al respecto la FNE ha señalado que, “en la medida en que las filiales no determinen las acciones de las matrices ni accedan a información detallada sobre las mismas, presenta riesgos menores que los de un Interlocking horizontal común”¹⁵⁶. Por su parte, Areeda y Hovenkamp han considerado que este tipo de Interlocking no trae consigo mayores riesgos anticompetitivos¹⁵⁷.

Debido a lo anterior, consideramos que esta última hipótesis de Interlocking constituye generalmente una práctica lícita dentro de su nuestro ordenamiento jurídico, en atención a que no presenta mayores riesgos anticompetitivos. Sin perjuicio de que pueda ser analizada específicamente y con mayor detenimiento en el caso particular.

5.4. Interlocking indirecto- matriz-filial tipo joint venture

Esta figura ha llamado especialmente la atención cuando se materializa en el marco de un joint venture, en el cual dos empresas competidoras, “A” y “B”, participan en una empresa “C” que se encuentra en un mercado relevante distinto, generando riesgos para la libre competencia debido a la posibilidad de traspaso de información entre

the parent; markets products on behalf of the parent; has access to the parent's research and development plans; or relies on the parent for capital contributions. (iv) The subsidiary's business is the subject of the parent's boardroom deliberations and, if so, to what extent. (v) Officers of the two corporations discuss issues that involve potential cooperation relating to the subsidiary's activities, showing that the temptation to engage in anticompetitive behavior is already close at hand. (vi) An interlocked director can exercise control over, or substantially influence, decision-making at the board level so that there is a likelihood of collusion or an anticompetitive information exchange”.

¹⁵⁶ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.16.

¹⁵⁷ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p. 1308. [Traducción libre]: “Interlocks where the parent of the interlocked firm is the competitor are presumptively of no concern.”

competidores, que estos acuerdos de colaboración generan¹⁵⁸. Esto es especialmente aplicable a los joint venture de producción y comercialización, en que deben tomarse importantes resguardos para que el joint venture no adopte como parte de sus funciones la de determinar la política de precios u otras decisiones de negocios de las empresas competidoras, eliminando la competencia entre ellas ¹⁵⁹.

La FNE ha señalado que, si bien, los riesgos para la libre competencia no aumentan por el solo hecho de que “A” y “B” tengan participación en una tercera empresa “C”, ello dependerá en último término del tipo de información que las competidoras entreguen a la empresa “C” y de la relación entre los directores y representantes de “C” con los directores y representantes de las empresas competidoras¹⁶⁰. Si la información compartida entre competidores en el marco de un joint venture las lleva a coordinar sus acciones, la diferencia con una fusión desaparece¹⁶¹. Por lo mismo, al analizar una operación de este tipo debe considerarse la existencia de “cortafuegos” y otras medidas de bloqueo al

¹⁵⁸ FABRA, y MOTTA. 2013, Coordinated Effects in Merger Cases, Report commissioned by the World Bank-Bank Netherlands Partnership Program- "Strengthening Competition Policy in Latin American Countries", p. 9. [Traducción libre]: *“cross-ownership, cross-directorships and joint ventures may also offer opportunities for competitors to talk to each other, thereby making coordination easier”*. [En línea] <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/CRCAL-2013-Coordinated-effects-in-merger-cases1.pdf>> [Consultado por última vez en septiembre de 2020]

¹⁵⁹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.24.

¹⁶⁰ Ibidem. p.19: *“Cuando inversiones semejantes (...) se materializan en el marco de un joint venture, nuevamente será necesario tener cuidado con la organización interna de la nueva entidad y la forma en que se encuentran establecidos los incentivos. Como tendremos ocasión de discutir infra, si bien los riesgos de coordinación no aumentan por el solo hecho de que A y B tengan una participación minoritaria en una tercera empresa C, ello dependerá en último término del tipo de información que las matrices entreguen a la empresa C y de la relación entre los directores y representantes de C y los directores y representantes de las empresas competidoras”*.

¹⁶¹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.25.

traspaso de información, lo que ha sido contemplado por la FTC para la autorización de joint ventures en Estados Unidos¹⁶².

En Chile, uno de los casos más relevantes en la materia fue el Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 del DL N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago, más conocido como “caso Transbank”. En este caso, se planteó por parte de la FNE que existirían riesgos para la libre competencia, que provenían del hecho que los directores y quienes conforman comités de marketing y de acciones promocionales de Transbank, entre otros, eran ejecutivos de los propios bancos que participan de la propiedad de esta última ¹⁶³. De este modo, si bien no existía una participación directa de ejecutivos de un banco en el directorio de otro banco competidor, evidentemente se generaba una instancia de reunión, al interior de las Sociedades de Apoyo al Giro Bancario (“SAGB”), entre ejecutivos de entidades que deberían competir en otros mercados.

¹⁶² WAIT, A. 2011. Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from FTC Consent Decrees, Hunton & Williams, p.6. [Traducción libre]: *“In some cases, the Commission has required the implementation and maintenance of elaborate firewalls and other restrictions designed to limit the types of information exchanged and the people or departments that have access to potentially competitively-sensitive information in order to allay concerns that information exchanges could result in reductions in competition.”* [En línea] <https://www.huntonak.com/images/content/3/6/v2/3664/Competitor_Information_Exchanges.pdf> [Consultado por última vez en abril 2020]

¹⁶³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal, en Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago, de fecha: 13 de enero de 2017, dictada en autos Rol ERN-20-2014, considerando 472: *“vi. Sexto riesgo: potencial traspaso de información sensible 472. Un último grupo de riesgos surge de la existencia de interlocking directorates y de otras situaciones similares; es decir, provienen del hecho que los directores y quienes conforman comités de marketing y de acciones promocionales de Transbank, entre otros, son ejecutivos de los propios bancos que participan de la propiedad de esta última. De este modo, si bien no existe una participación directa de ejecutivos de un banco en el directorio de otro banco competidor evidentemente se genera una instancia de reunión entre ejecutivos de entidades que deberían competir en otros mercados”*.

En primer lugar, fue señalado como riesgo anticompetitivo el hecho que directores y ejecutivos de bancos se encontraran autorizados para ser simultáneamente directores de SAGB. La Fiscalía sostuvo que la naturaleza de las SAGB podría justificar estructuras orgánicas en que se crucen directores o altos ejecutivos, pero que dichas justificaciones se desvanecerían frente a los evidentes riesgos para la libre competencia de reunir directores y ejecutivos que representarían empresas con casi un 90% de participación de mercado. Así, los directorios de las SAGB Transbank, Nexus y Redbanc serían ambientes propicios para el encuentro entre competidores con riesgos para el lado adquirente, el lado emisor u otros mercados relacionados. En consecuencia, la FNE estimó como indispensable que la normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) se adecuase a los estándares sobre Interlocking desarrollados a nivel comparado ¹⁶⁴.

En segundo lugar, la FNE cuestiono que al interior de las SAGB se crearan comités de diversa índole en los que se reunirían competidores, sin que existiera regulación ni fiscalización de parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras sobre

¹⁶⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal, en Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago, de fecha: 13 de enero de 2017, dictada en autos Rol ERN-20-2014, Considerandos 168-169: *“Finalmente, la FNE se refiere a dos riesgos para la libre competencia relacionados con la estructura orgánica de directorios y otras instancias de encuentro dentro de las SAGB. En primer lugar, señala como riesgoso que directores y ejecutivos de bancos se encuentren autorizados para ser simultáneamente directores de SAGB (Circular N° 3 de la SBIF y Capítulo 11-6 de la RAN). La Fiscalía sostiene que la naturaleza de las SAGB podría justificar estructuras orgánicas en que se crucen directores o altos ejecutivos, pero que dichas justificaciones se desvanecerían frente a los evidentes riesgos para la libre competencia de reunir directores y ejecutivos que representarían empresas con casi un 90% de participación de mercado. Los directorios de las SAGB Transbank, Nexus y Redbanc serían ambientes propicios para el encuentro entre competidores con riesgos para el lado adquirente, el lado emisor u otros mercados relacionados. En consecuencia, la FNE estima indispensable que la normativa de la SBIF se adecúe a los estándares sobre interlocking desarrollados a nivel comprado. 169. En segundo lugar, la FNE cuestiona que al interior de las SAGB se creen comités de diversa índole en los que se reunirían competidores, sin que exista regulación ni fiscalización de parte de la SBIF sobre la información que ahí se intercambia. Tal sería el caso del Comité de Marketing de Transbank, en donde se abordarían temas propios del rol emisor o que afectarían a toda la industria.”*

la información que ahí se intercambia. Tal sería el caso del Comité de Marketing de Transbank, en donde se abordarían temas propios del rol emisor que afectarían a toda la industria.

Ante ello, el TDLC indicó que efectivamente existían riesgos potenciales de traspaso de información sensible emanados del Interlocking, ya que al existir estructuras orgánicas en que se encuentran constantemente directores o ejecutivos de los bancos, se generaría una instancia para el traspaso involuntario o intencional de información relevante y sensible relativa a las actividades emisoras de un banco a otros competidores¹⁶⁵. Acorde al TDLC “tal información puede morigerar los incentivos a competir en el segmento emisor, más aún si muchos de los eventuales desarrollos que se puedan presentar en éste deben ser informados y aprobados por un directorio formado por ejecutivos de los competidores”¹⁶⁶.

Por otra parte, el TDLC agregó que “existe el riesgo de que los emisores utilicen esta instancia para coordinar conjuntamente las políticas de adquirencia que todos han delegado en Transbank, y que pueden llevar al cierre del mercado a potenciales nuevos adquirentes que pudieran competir con el monopolista. Este riesgo no sólo se limita a la adquirencia, dado que resulta al menos plausible inferir que los emisores discutirán políticas que se relacionan con los segmentos adquirente y emisor”¹⁶⁷.

El caso terminó con una propuesta de modificación normativa por parte del TDLC a la Presidenta de la República a través del Ministerio de Hacienda, en la cual recomendó: “Prohibir la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia: la actuación

¹⁶⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal, en Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago, de fecha: 13 de enero de 2017, dictada en autos Rol ERN-20-2014. Considerando 472.

¹⁶⁶ Ibidem. Considerando 474.

¹⁶⁷ Ibidem. Considerando 475.

conjunta de empresas competidoras es excepcionalísima y sólo se justifica por razones de innovación o desarrollo de nuevos productos, que no podrían producirse por cada una de las empresas por separado. De esta forma, no se observan en la actualidad, para el caso de la adquirencia en el mercado chileno, fundamentos suficientes que justifiquen la actuación conjunta de los emisores, por lo que se propone prohibir dicha actuación”¹⁶⁸.

La FNE ha señalado que la implementación de cortafuegos para evitar los ya mencionados traspasos de información no es una solución viable cuando existe un Interlocking entre las matrices “A” y “B” con la empresa filial “C”. Esto se debe, a que “la identidad entre las personas que participan en la administración de alguna de las matrices y las que participan en la administración del joint venture, permiten que en el marco de la operación del segundo se revele información competitivamente sensible sobre la primera, además de aumentar los costos de fiscalización acerca del tipo de información que es transmitida”¹⁶⁹.

Esto se puede ver representado en la investigación llevada a cabo por la FNE, debido a que SQM y Rockwood, empresas competidoras en el mercado del litio y del potasio, establecieron un joint venture mediante la empresa Salmag en el mercado de la “bischofita”. La FNE señaló en su informe de archivo que “existe el inminente riesgo de que, a través de Salmag, SQM y Rockwood puedan compartir o acceder a información estratégica de su competidora en otros mercados, como los del litio y del potasio. Este riesgo de coordinación es plausible dado que todos los apoderados designados por ambas socias para la administración de Salmag han sido, paralelamente, ejecutivos relevantes en

¹⁶⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal, en Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago, de fecha: 13 de enero de 2017, dictada en autos Rol ERN-20-2014. Propuesta normativa 3.1.

¹⁶⁹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p.26.

SQM y Rockwood o alguna de sus relacionadas”¹⁷⁰. En dicho caso, ante la investigación de la FNE, la empresa Rockwood se adjudicó la compra de los derechos sociales de Salmag, evitando con ello los posibles traspasos de información entre los ejecutivos de ambas empresas.

De todo lo anterior, podemos concluir que en caso de que exista un Interlocking indirecto en el marco de un joint venture, la FNE solicitará al TDLC que los directores o ejecutivos relevantes de las empresas competidoras “A” y “B” abandonen los cargos que ejercen en la empresa “C”, además de la implementación de “cortafuegos” y otras medidas de bloqueo para evitar los traspasos de información entre competidores.

5.5. Interlocking entre competidores potenciales

Los competidores potenciales han sido caracterizados por la FNE como “actores establecidos en negocios relacionados a un mercado, que poseen ventajas para ingresar a dicho mercado, y cuya expansión y vigor competitivo sea esperable”¹⁷¹.

De esta afirmación, podemos concluir que se produciría un Interlocking entre competidores potenciales, en la medida en que una misma persona ejerza un cargo ejecutivo relevante o de director en una empresa que se encuentra dentro de un mercado relevante determinado, y al mismo tiempo ejerza otro cargo semejante en otra empresa que se encuentra en un negocio relacionado que le confiera ventajas para entrar a dicho mercado.

¹⁷⁰ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División Anti-Monopolios. 2017. Informe de archivo: “Denuncia de particular contra Salmag por abuso de posición dominante”, p.16.

¹⁷¹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración, Santiago, p.8: *“Esto mismo explica que, en ocasiones, la adquisición de competidores potenciales pueda ser analizadas como operaciones de concentración. Así, por ejemplo, la adquisición de un potencial entrante, de un entrante reciente cuya expansión y vigor competitivo sea esperable, de un actor establecido en un negocio relacionado que le confiera ventajas para ingresar al mercado del adquirente, concentraciones que impidan la expansión de un actor en nuevos mercados geográficos o impidan o retarden la introducción de nuevos productos, entre otras, son todas circunstancias que la FNE podrá evaluar como cambios razonablemente predecibles en un escenario en que la concentración no tenga lugar.”*

Ahora bien, en los Estados Unidos de América, el Interlocking entre competidores potenciales no ha sido objeto de sanción bajo el artículo 8 de la Clayton Act. Así se afirmó en el caso *Paramount Pictures*, en el cual la Corte del Distrito de Nueva York señaló que: “ninguno de los acusados ha violado el artículo 8 de la Clayton Act, porque ninguno de los demandados particulares que sirven como directores de Paramount ha servido al mismo tiempo como director de cualquier empresa demandada que es o haya sido competidora de Paramount, dentro del ámbito de la ley”¹⁷². De ello, es posible concluir que la Corte de Nueva York consideró que el lenguaje de la ley solo contemplaba competidores pasados o presentes, pero no futuros.

Esta idea ha sido respaldada por Areeda y Hovenkamp, quienes han argumentado que: "La afirmación de que los Interlocking entre futuros competidores no son ilegales per se parece correcta. Un enfoque contrario a tales Interlocking podría involucrar a la Corte en el tipo de análisis prolongado, complicado y especulativo de los mercados, el comportamiento competitivo y la probabilidad de entrada que puede ser necesario en un caso pertinente de fusión de conglomerado. Pero tales investigaciones no parecen ser necesarias en el caso de un Interlocking entre dos futuros competidores, particularmente si el Interlocking puede ser detenido fácilmente si la entrada real se hace inminente"¹⁷³.

¹⁷² *Paramount Pictures Corp. v. Baldwin-Montrose Chemical Co., Inc.*, CCH Trade Cas. 71.678 (S.D.N.Y.1966). [Traducción libre]: “*none of the defendants has violated § 8 of the Clayton Act, because neither of the individual defendants serving as directors of Paramount has served at the same time as a director of any defendant corporation which is or has been a competitor of Paramount, within the purview of the statute.*”

¹⁷³ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p. 1304. [Traducción libre]: “[The] holding that interlocks between future competitors are not per se illegal seems correct. A contrary approach to such interlocks would involve the court in the kind of lengthy, complicated, and speculative analysis of markets, competitive behavior, and likelihood of entry that may be required in appropriate conglomerate merger case. But such inquiries do not seem to be worth the cost in the case of an interlocking directorate between two future competitors, particularly where the interlock can be stopped easily when and if actual entry becomes imminent”.

A pesar de lo anterior, los autores reconocen una excepción en el caso en que un director o ejecutivo relevante, ejerza el cargo de forma simultánea en un monopolista y en un rival incipiente o pequeño. Se indica, que “tales uniones deben ser condenadas por la política antimonopolio, ya que la independencia del rival incipiente es muy importante cuando el mercado en cuestión ya se encuentra sujeto a una empresa dominante”¹⁷⁴.

Bajo esta misma lógica creemos que debe ser interpretada la prohibición de los Interlocking incorporada en el artículo 3 letra d) del DL 211, en atención a los objetivos perseguidos por la normativa y los efectos que se producirían si consideramos a los competidores potenciales como parte de la prohibición.

En atención a los objetivos, cabe recordar que los principales riesgos asociados al Interlocking son la colusión y la coordinación por intercambio de información sensible entre competidores.

El primero de ellos, no se observa en el caso de los competidores potenciales, ya que, para que el TDLC o la Corte Suprema declaren la ilicitud de un cartel duro conforme a letra a) del inciso segundo del artículo 3º, debe acreditarse “la existencia de un acuerdo que involucre a competidores entre sí, esto es, competidores directos que actúan en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio respectivo”¹⁷⁵.

Con relación al riesgo de intercambio de información, Areeda y Hovenkamp señalan que “la presencia del director en posición de Interlocking podría contribuir de alguna manera a (...) entregar a la otra empresa información avanzada que no debería tener. Sin embargo,

¹⁷⁴ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p.1302[Traducción libre]: “We would recognize an exception for the monopolist's director who sits on the board of a fringe or nascent rival. Such mergers should be condemned by antitrust policy, for the independence of a nascent rival is too important when the market in question is already subject to a dominant firm”.

¹⁷⁵ GRUNBERG. J. 2020. Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”, Investigaciones CeCo [En línea] <<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>> [Consultado por última vez en octubre de 2020]

tales determinaciones parecerían implicar un nivel de especulación demasiado alto para justificar la invocación de la aplicación de este artículo per se¹⁷⁶.

En consideración a los efectos que podría tener la prohibición del Interlocking competidores potenciales, estimamos que podría traer consigo el mismo efecto advertido por la doctrina comparada, es decir, se podría involucrar al TDLC o a la Corte Suprema, en un análisis prolongado, complicado y especulativo de los mercados, el comportamiento competitivo y la probabilidad de entrada en estos.

En conclusión, si tenemos en cuenta lo expuesto por la doctrina comparada en la materia, los riesgos anticompetitivos que justificaron la incorporación de la normativa y el posible efecto que podría traer consigo el hecho de aceptar que el Interlocking entre competidores potenciales se encuentra prohibido por el artículo 3 letra d), es que debemos restringir su aplicación únicamente a los competidores directos.

Sin perjuicio de lo anterior, y en línea con lo señalado previamente por Areeda y Hovenkamp, corresponderá analizar con más detalle aquellos Interlocking entre competidores potenciales, que vinculan a una empresa incipiente con otra que ostenta poder monopólico, lo que deberá ser realizado en conformidad al artículo 3 inciso primero.

5.6. Interlocking vertical

Acorde a Petersen, las relaciones verticales “son importantes y eficientes, ya que les permiten a las empresas dividir tareas en la cadena de distribución. Esto significa que una empresa productora no tiene que crear su propio sistema de distribución, sino que puede

¹⁷⁶ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p.1302. [Traducción libre]: “To be sure, the presence of the interlocked director might conceivably contribute in some way to discouraging future entry or give the other company advance information that it ought not to have. Nevertheless, such determinations would seem to involve too high a level of speculation to warrant invoking the application of this per se statute”.

encargar dicha función a otros agentes económicos”¹⁷⁷. En esta misma línea, Nicolás Rojas señala que, “los acuerdos verticales, en cuanto pretenden replicar hasta cierto punto los efectos de una integración vertical no pueden ser considerados anticompetitivos en casos en que la alternativa de la integración sea lícita”¹⁷⁸.

En consecuencia, ha sido afirmado que, por regla general, los acuerdos verticales no tienen los mismos riesgos para la libre competencia que poseen los acuerdos horizontales¹⁷⁹.

Ahora bien, se ha afirmado que los Interlocking verticales, “se encuentran usualmente motivados por la pretensión de facilitar las transacciones entre el productor y sus clientes”¹⁸⁰. Siguiendo la idea anterior, podemos señalar que en el marco de la discusión

¹⁷⁷ PETERSEN, V. 2016. Interlocking Directorates in the European Union: An Argument For Their Restriction, Eur. Bus. L. Rev. p.52. [Traducción libre]: “*Vertical relationships are important and efficient, since they enable companies to divide tasks in the distribution chain. This means that a producer does not have to put together his own distribution system and retail store. Instead, he can rely on other firms to take care of it for him and the producer can focus on what he does best – produce goods.*”

¹⁷⁸ ROJAS COVARRUBIAS. 2009. Restricciones verticales a la Competencia en el ámbito del retail; En: NEHME y MONTT. 2009. Libre competencia y Retail. Santiago: Legal Publishing. p. 33: “*Así, se ha reconocido que los acuerdos verticales, en cuanto pretenden replicar hasta cierto punto los efectos de una integración vertical no pueden ser considerados anticompetitivos en casos en que la alternativa de la integración sea lícita.*”

¹⁷⁹ EU COMMISSION, 2010. Guidelines on vertical restraints. p. 31. [Traducción libre]: “*Vertical restraints are generally less harmful than horizontal restraints. The main reason for being less concerned about a vertical restraint than a horizontal restraint lies in the fact that the latter may concern an agreement between competitors producing identical or substitutable goods or services. In such horizontal relationships the exercise of market power by one company (higher price of its product) may benefit its competitors. This may provide an incentive to competitors to induce each other to behave anti-competitively. In vertical relationships the product of the one is the input for the other, in other words the activities of the parties to the agreement are complementary to each other. This means that the exercise of market power by either the upstream or downstream company would normally hurt the demand for the product of the other. The companies involved in the agreement therefore usually have an incentive to prevent the exercise of market power by the other.*” [En línea]

<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf>

[Consultado por última vez en abril 2020].

¹⁸⁰ TRAVERS. A. 1968. Interlocks in Corporate Management and the Antitrust Laws, 46 TEX. L. REV. 819, p. 851. [Traducción libre]: “*Interlocks between suppliers and customers raise a separate set of*

parlamentaria de la Ley 20.945, el Ministro de Economía Luis Felipe Céspedes, 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 económica¹⁸¹.

Sin embargo, Gabrielsen ha señalado que los Interlocking verticales pueden ser dañinos para la libre competencia, en el caso en que permitan excluir a competidores del mercado¹⁸². En este mismo sentido, Areeda y Hovenkamp indican que el Interlocking vertical “ha sido criticado tradicionalmente, sobre la base de que puede conducir a un trato preferencial a las expensas de otros distribuidores o clientes, facilitando acuerdos recíprocos o de exclusividad y ventas atadas”¹⁸³, es decir, restricciones verticales.

Conforme a la FNE, las restricciones verticales representan mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción, a través de los cuales se regulan condiciones con que éstos compran,

issues. In the first place, these interlocks are ordinarily motivated by a desire on the part of the firms to facilitate transactions between themselves”.

¹⁸¹ Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° Ley 20.945; Primer Informe Comisión Economía de la Cámara de Diputados, p.76: “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”.

¹⁸² GABRIELSEN, Tommy Staahl. 2011 Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention, E. L. REV 36(6). p. 624. [Traducción libre]: “Within a vertical distribution system, for example between a producer and a retailer, it is well known that co-ordination can benefit both the firms and the consumers. Information exchange between competing firms (horizontal information exchange) can promote a co-ordinated outcome, and therefore it is a potential for harmful effects. Vertical interlocking directorships are normally benign to consumers, except in cases where rivals can be foreclosed.”

¹⁸³ AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business. p.1303. [Traducción libre]: “Vertical interlocks join companies that are at different levels of production or distribution. Such interlocks traditionally have been criticized on the ground that they can lead to preferential treatment at the expense of other suppliers or customers by facilitating reciprocal or exclusive dealing, tying arrangements”.

venden o revenden ciertos productos o servicios¹⁸⁴. Este tipo de restricciones pueden afectar negativamente a competidores y consumidores, impidiendo eficiencias entre rivales o extrayendo excedente de los consumidores ¹⁸⁵.

La FNE ha clarificado este punto, señalado que apreciará en términos generales como lícita una restricción vertical cuando la cuota de mercado del vendedor, en el mercado donde vende los productos objeto del contrato, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, sean cada una del 35% o menos ¹⁸⁶.

Teniendo en consideración lo anterior, podemos concluir que serán revisados los Interlocking verticales cuando exista: (i) un Interlocking entre dos empresas que se encuentren en una relación vertical dentro de la cadena de producción; (ii) una restricción vertical entre ambas empresas; (iii) un nexo causal entre el Interlocking y la restricción vertical; y (iv) dichas empresas ostenten cada una en sus respectivos mercados relevantes más del 35% de participación de mercado.

5.7. Interlocking entre parientes

Dado que en Chile las personas toman tanto el apellido paterno como el materno, los investigadores Francisca Silva, Nicolás Majluf y Ricardo Paredes, pudieron construir las filiaciones paternas y maternas de cada propietario, director y gerente general de las

¹⁸⁴ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, 2014, Guía para el análisis de restricciones verticales, Santiago. p.4.

¹⁸⁵ Ibidem. *“Sin embargo, las restricciones verticales también pueden debilitar la intensidad de la competencia dentro de la misma estructura vertical (lo que se conoce como “competencia intra-marca”) o entre estructuras verticales rivales (lo que se conoce como “competencia inter-marca”). En este sentido, aun resultando eficiente para las partes a las que se aplican, las restricciones verticales podrían resultar indeseables desde el punto de vista del bienestar social”.*

¹⁸⁶ Ibidem, pp. 7-8. Esta apreciación de licitud podrá desvirtuarse si se detecta la existencia de restricciones verticales paralelas que rijan a proveedores y/o distribuidores competidores entre sí y que en conjunto generen un efecto acumulativo, y en otros casos extraordinarios y especiales así calificados por la FNE (tales como fijaciones de precios mínimos de reventa), en los que se explicará por qué no se está utilizando la apreciación de licitud descrita.

empresas no financieras transadas en bolsa. Utilizando la lista de miembros de directorios publicada por la antigua Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), pudieron calcular dos indicadores de vínculos sociales para cada una de las 114 empresas que pertenecían a grupos empresariales en el año 2000 ¹⁸⁷. Estos indicadores fueron: (i) directores en situación de Interlocking, definidos como la fracción de los miembros del directorio de una determinada empresa que son también directores o gerentes generales en otras empresas del grupo; (ii) vínculos familiares, definidos como la fracción de los miembros del directorio más el gerente general de una determinada empresa ocupado por personas que controlan accionistas o miembros de sus familias. De las 114 empresas consideradas, estas tenían un promedio de Interlocking entre directores de 56% y un promedio de vínculos familiares de 22%.

Acorde al informe, los vínculos familiares tienen un impacto positivo para la gran mayoría de las firmas de la muestra (76%). Estos resultados afirman empíricamente la hipótesis respecto a que los vínculos familiares aumentan los beneficios entre las empresas afiliadas al grupo empresarial, por razones como una mejor coordinación, comunicación y una confianza más profunda ¹⁸⁸.

Frente a esto, el derecho de la libre competencia tiene la labor de determinar si dichos beneficios son obtenidos de forma lícita o mediante prácticas que afectan o ponen en riesgo la competencia en los mercados.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un precedente que data del año 2011, en el cual se dio una situación de Interlocking entre parientes explícitamente considerada como tal por parte de la FNE. Esta se produjo a raíz de la adquisición por parte de Cencosud

¹⁸⁷ SILVA, MAJLUF, PAREDES. 2005. Family ties, interlocking directors and performance of business groups in emerging countries: the case of Chile. Santiago, Journal of Business research. La muestra total, es decir, el número de empresas chilenas no financieras transadas en bolsa, correspondía a 177. Sin embargo, solo 114 cumplían con el requisito de formar parte de un grupo empresarial, por lo que la muestra fue reducida a dicho número.

¹⁸⁸ Ibidem. p.320. [Traducción libre]: “Family ties have a positive impact for the great majority of firms in the sample (76%)”.

Tiendas S.A., de un 85,58% de la propiedad de Johnson's S.A.¹⁸⁹. El 14,42% restante se mantuvo en manos del grupo Calderón Kohon, ligado a Maxo Calderón Crispin, grupo que también participa como accionista en Ripley Corp. S.A. con un 11,87%, empresa controlada por el grupo Calderón Volochinsky, ligado a Alberto Calderón Crispin, hermano de Maxo Calderón. El caso correspondía a un Interlocking de parientes, en que la presencia de una participación minoritaria en Ripley incrementaba los riesgos de traspaso de información. Así, Maxo Calderón seguiría prestando servicios en Johnson's (ahora Cencosud S.A.), mientras que su hija se mantendría como directora titular en Ripley Corp. S.A.

Ante dicha situación, la FNE señaló que la relación entre los propietarios o administradores de empresas competidoras, afectará la libre competencia cuando, en los hechos, dicha relación permite que competidores actúen coordinadamente, tiendan a reducir su nivel de rivalidad, o que favorezcan intercambios de información que puedan infringir el DL 211. La FNE agregó, que dicha situación se vuelve "especialmente riesgosa cuando empresas competidoras comparten uno o más directores, o existe alguna relación de tal naturaleza entre los miembros de los distintos directorios que permitan presumir una unidad de intereses o propósitos"¹⁹⁰.

De lo anterior, podemos concluir que lo relevante de los vínculos familiares entre los directores de las empresas o de las personas que integren los cargos ejecutivos relevantes, es que exista una unidad de intereses o propósitos, lo que en principio entrega más dudas

¹⁸⁹ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, Resolución de Archivo de fecha 22 de diciembre de 2011, Rol N°1978-11. Vistos 1: *"El hecho esencial de fecha 7 de octubre de 2011, enviado por Cencosud S.A. a la Superintendencia de Valores y Seguros, relativo a la carta de intención de fecha 6 de octubre de 2011 concerniente a la adquisición del 85,58% del total de las acciones de Johnson's S.A. por parte de Cencosud"*

¹⁹⁰ Ibidem. Considerando 9: *"Que esta situación resulta especialmente riesgosa cuando empresas competidoras comparten uno o más directores, o existe alguna relación de tal naturaleza entre los miembros de los distintos directorios que permitan presumir una unidad de intereses o propósitos, en términos de que los riesgos precedentemente anotados puedan afectar la competencia entre las firmas."*

que certezas, puesto que es difícil determinar qué vínculo familiar devela una unidad de intereses y presenta riesgos de coordinación por los posibles traspasos de información.

El TDLC en la consulta de fusión de VTR S.A con Metrópolis Intercom S.A nos entrega un indicio de qué grado de parentesco se considera como relevante a objeto de evitar traspasos de información, al señalar como medida de mitigación para aprobar la fusión que “el grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por si o por medio de personas relacionadas - en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N° 18.045 - , en la propiedad de empresas operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile”¹⁹¹. En conformidad al artículo 100 de la ley 18.045, son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:
c) *Quienes sean directores, gerentes, administradores, o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos.*

Ha sido la propia FNE la que interpretó dicha resolución estableciendo que ello implica en la práctica, que se “prohíbe a los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y aún a sus parientes participar en competidores, cuestión que implica una prohibición expresa (y amplia) del Interlocking directo”¹⁹².

Sin embargo, dicha interpretación prohibitiva de los Interlocking entre parientes no fue plasmada en la Ley 20.945, por lo que podemos señalar que lo más probable es que la FNE solicite la modificación de los directores o ejecutivos relevantes en conformidad al artículo 3 inciso primero del DL 211, para así evitar el traspaso de información que puede ser

¹⁹¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°01/2004, de fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro. Dictada en autos Rol NC N° O2-04: “El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por si o por medio de personas relacionadas - en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N° 18.045 - , en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la presente resolución.”

¹⁹² FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Santiago. p. 80.

compartida mediante un Interlocking entre parientes, como ocurrió en el marco de la operación de concentración entre Cencosud y Johnson's ¹⁹³.

¹⁹³ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, Resolución de Archivo de fecha 22 de diciembre de 2011, Rol N°1978-11. Considerando 13: *"A fin de precaver la materialización de los riesgos de coordinación tanto Maxo Calderón como sus hijas se obligaron a renunciar a participar de cualquier forma en la dirección y administración de Johnson's como de cualquier otra empresa del grupo Cencosud mientras alguna de dichas personas y/o cualquiera de los miembros del grupo Calderón Volochinsky mantenga(n) propiedad accionaria en Ripley Corp. S.A"*.

CONCLUSIONES:

Este trabajo ha sido un esfuerzo por realizar una interpretación razonable de la prohibición contemplada en el artículo 3 letra d) del DL 211, en base a los análisis contemplados en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, estudios realizados por la FNE, y otros.

Como ya fue señalado a lo largo de esta investigación el interés del legislador ha consistido en evitar la proliferación de una conducta que claramente pone en riesgo la libre competencia en los mercados como es el Interlocking horizontal directo, el cual ha sido prohibido de forma per se.

Por otra parte, las hipótesis de Interlocking que deben ser evaluadas bajo la regla de la razón, igualmente deben ser investigadas por parte de la FNE, especialmente aquellas que poseen mayor potencial para afectar la libre competencia en los mercados. Si solo fuesen perseguidos los Interlocking horizontales directos, en atención a que se encuentran establecidos bajo la regla per se, la libre competencia en los mercados no se encontraría protegida completamente de los riesgos de colusión o coordinación que pueden producir los otros tipos de Interlocking.

En relación con el requisito conforme al cual las empresas en situación de Interlocking deben ser competidores entre sí, considero que su definición en atención al mercado relevante bajo un análisis cualitativo es la correcta. No sería razonable exigir que la Fiscalía Nacional Económica deba realizar un análisis de mercado cuantitativo para investigar y perseguir el cumplimiento del artículo 3 letra d). Esto se debe a que este análisis, ya sea mediante elasticidad cruzada o sustituibilidad, conlleva una complejidad mayor, lo que sería contradictorio con la intención del legislador al regular el Interlocking horizontal directo bajo la regla per se.

Asimismo, el análisis presentado es una buena herramienta para que los distintos agentes económicos puedan predecir el criterio que podría adoptar la FNE y así velar por el cumplimiento de la normativa de libre competencia.

Ahora bien, en atención a la naturaleza preventiva de la legislación, el efecto deseable es que las personas que se desempeñen simultáneamente en empresas competidoras abandonen los directorios o cargos ejecutivos relevantes en los que se encuentran sin necesidad de requerimiento por parte de la FNE, sobre todo si la naturaleza de la relación en la que se encuentran es de aquellas caracterizadas como Interlocking horizontal directo, debido a los riesgos anticompetitivos que esta estructura podría presentar en los mercados.

Finalmente, debemos señalar que la Fiscalía Nacional Económica podría solicitar al TDLC, la imposición de alguna de las siguientes sanciones contempladas en el artículo 26 del DL 211, en línea con la conducta descrita.

En principio, podría solicitar la modificación o poner término a los actos, contratos o acuerdos, que vinculan a directores o ejecutivos relevantes con empresas competidoras, como serían los pactos de accionistas, contratos de trabajo, contratos de prestación de servicios u otros. Además, esto podría venir acompañado de multas a beneficio fiscal hasta un monto de 60.000 unidades tributarias anuales (en el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor). Acorde al DL 211, dicha multa podría ser aplicada tanto a los directores o ejecutivos en su calidad de personas naturales, como a las empresas en su calidad de personas jurídicas. Esto podría traer consigo un doble efecto disuasivo, puesto que tanto las empresas competidoras como las personas naturales deberán evitar la ilegalidad de sus conductas, para así no sufrir los costos económicos y el reproche social de la eventual sanción.

BIBLIOGRAFÍA:

I. Textos consultados:

AREEDA Y HOVENKAMP. 2010. Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and their Application, 3rd Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business.

AXXIN, S. 1984. Interlocking Directorates under section 8 of the Clayton Act, American Bar Association, Section of Antitrust Law.

BENNET Y COLLINS. 2010. The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly. European Competition Journal. 6(2)

BIZJAK, WHITBY, LEMMON. 2009. Option Backdating and Board Interlocks. Oxford, Review of Financial Studies.

BRANDEIS. 1914. Other People's Money: and how the Bankers use it. New York, Frederick A. Stokes Company.

BUCH HANSEN, Hubert. 2014. Interlocking directorates and collusion: An empirical analysis. International Sociology, 29(3).

DÍAZ VELASCO, M. 2020. Participaciones minoritarias e interlocking ¿Cuán tolerable es tener a un competidor sentado en la misma mesa? Investigaciones CeCo.

EU COMMISSION, 2010. Guidelines on vertical restraints. [En línea: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf]

EUROPEAN COMMISSION. 2012. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. Official Journal of the European Union.

FABRA, y MOTTA. 2013, Coordinated Effects in Merger Cases, Report commissioned by the World Bank-Bank Netherlands Partnership Program- "Strengthening Competition Policy in Latin American Countries".

FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2014. Guía para el análisis de restricciones verticales.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, División de Fusiones y Estudios. 2013. Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2011. Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración.

FLEHNER.M. 1979. Section 8 of the Clayton Act Applicable to Corporations (SCM Corp. v. FTC). St. John's Law Review. Volume 53. Article 5.

GABRIELSEN, Tommy Staahl. 2011 Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention, European Law Review.

GERBER, B. 2007. Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act. Yale Journal on Regulation.

GRUNBERG. J. 2018. "La regla per se para carteles duros en el Derecho de la Competencia de Chile". En: TOSO MILOS. A y CARVAJAL ARENAS. L (eds.), Estudios de Derecho Comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial: 7 y 8 de noviembre 2018. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho.

GRUNBERG. J. 2020. Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente

JACOBS, M. 2013. Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies. Fiscalía Nacional Económica Working Paper.

JACOBS, M. E. 2014. Combating anticompetitive interlocks: section 8 if the Clayton Act as a template for small and emerging economies. *Fordham International Law Journal*. 37.

KHANNA, Y. 2005. Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites? *Journal of Economic Literature*. 45(2)

KRAMER. 1950. Interlocking Directorships and the Clayton Act After 35 Years. *Yale Law Journal*.

KRATTENMAKER, T. 1988. Per se violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses, *Georgetown Law Journal* 77, N°1.

LESLIE, C. 2004. Trust, Distrust, and Antitrust. *Texas Law Review*, Vol. 82(3).

MACLEOD, W. 1984. Interlocks at the Federal Trade Commission: ¿Room for Reason in a “Per Se” Statute? *Antitrust Law Journal*.

MILLER, G. 1997. Interlocking Directorates and the antitrust law. *Colorado Lawyer*.

MIZRUCHI, M. 1996. What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates. *Michigan, Annual Review of Sociology*.

MOAVERO & WINTERSTEIN. 2002. Minority Shareholdings, Interlocking Directorships and the EC Competition Rules - Recent Commission Practice. *Competition policy newsletter*.

MOTTA. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.

MURPHY, R. 1978. Keys to Unlock the Interlocks: dealing with Interlocking directorates. *Journal of Law Reform*. University of Michigan.

MURRAY. G. 2006. *Capitalist Networks and Social Power in Australia and New Zealand*. Aldershot: Ashgate.

OECD. 2008. Antitrust Issues involving minority shareholding and interlocking directorates. Directorate for Financial and enterprise Affairs Competition committee.

OFFICE OF FAIR TRADING. 2010. Minority interests in competitors: A research report prepared by DotEcon Ltd.

[En línea <https://www.dotecon.com/assets/images/oftmic.pdf>]. Consultado por última vez en abril 2020.

OSTROM, E. 2005. Understanding institutional diversity. Princeton University Press.

PETERSEN, V. 2016. Interlocking Directorates in the European Union: An Argument For Their Restriction. European Business Organization Law Review.

PREMINGER, R. 1981. Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act. Washington University Law Review.

ROJAS COVARRUBIAS. 2009. Restricciones verticales a la Competencia en el ámbito del retail. En: Nehme y Montt. 2009. Libre competencia y Retail, Santiago, Legal Publishing.

ROSCH, J. T., 2009. Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States. Federal Trade Commission before the University of Hong Kong.

[En línea: <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090911roschspeechunivhongkong.pdf>.]

SILVA, MAJLUF, PAREDES. 2005. Family ties, interlocking directors, and performance of business groups in emerging countries: the case of Chile. Journal of Business research.

TRAVERS. A. 1968. Interlocks in Corporate Management and the Antitrust Laws. Texas Law Review.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. 2010. Horizontal Merger Guidelines. [En línea: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>]

VALDÉS PRIETO, Domingo. Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. En: Revista Anales Derecho UC. Temas Libre Competencia.

WAIT, A. 2011. Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from FTC Consent Decrees. Hunton & Williams.

WALLER, S. 2011. Corporate Governance and Competition Policy. George Mason Law Review Review

WILKINSON, L. 2017. Interlocking Directorates. Thomson Reuters, Journal of Litigation: Spotlight on Antitrust litigation.

II. Jurisprudencia consultada:

a) Jurisprudencia nacional:

Corte Suprema. Sentencia en caso FNE contra Agrícola Agrosuper S.A y otros, de fecha 29 de septiembre de 2015, dictada en autos rol N°27181-2014.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. División Anti-Monopolios. 2017. Informe de archivo: “Denuncia de particular contra Salmag por abuso de posición dominante”.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Requerimiento en contra de Banmédica S.A. Rol C-388-2020.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2020. Requerimiento en contra de Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada. Rol C-389-2020.

FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA, Resolución de Archivo de fecha 22 de diciembre de 2011, Rol N°1978-11.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2018. Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre la adquisición por Tianqui Lithium Corporation de una participación accionaria de SQM. Rol N°2493-18.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 43/2012, de fecha: 12 de diciembre de 2012 (Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N°34/2011, de fecha 26-05-2011, dictada en autos rol NC N°380-10.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°119, de fecha 31-01-2012, dictadas en autos rol N° 184-08. (Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros.)

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2017. Anuario mayo 2016 - mayo 2017. Proposición de recomendación normativa N°19/2017. (Causa Rol ERN N° 20-2014).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 22/2007 de fecha 19-10-2007. dictadas en autos rol N° 134-06.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia 139/2014.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 103/2010, de fecha 28-01.2011

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°01/2004, de fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro. Dictada en autos Rol NC N° O2-04

b) Jurisprudencia de Estados Unidos:

Advisory Opinion, United Auto Workers, 97 F.T.C 933 (1981).

American Bakeries Co. v Gourmet Bakers, Inc. 515 F. Supp. 977; (1981)

Borg-Warner Corp. V. F.T.C 746 F.2D 108 (1984)

Brown Shoe Co., Inc. v. United States 370 U.S. 294 (1962).

Copperweld v. Independence Tube 467 U.S. 752, 768-769 (1984):

Jicarilla Apache Tribe v. Supron Energy Corp; 782 F.2d 855 (10th Cir. 1986

Paladin Associates Inc v. Montana Power Company. 328 F. 3d 1145 (2003).

Paramount Pictures Corp. v. Baldwin-Montrose Chemical Co., Inc., CCH Trade Cas. 71,678 (S.D.N.Y.1966)

Pocahontas Supreme Coal Co. v Benthlehem Steel Corp., 828 F.2d 211, 217 (4th Cir. 1987)

Protectoseal Co. v. Barancik; 23 F.3d 1184 (7th Cir. 1994).

Reading Int'l, Inc., v. Oaktree Capital Management, LLC, 317 F. Supp.2d 301 (S.D.N.Y. 2003)

Square D Co. v. Schneider, S.A., 760 F. Supp. 362, 366 (1991).

TRW, Inc., 93 F.T.C.325,379 (1979)

United States v. Cleveland Trust Co., 392 F. Supp. 699, 702-03 (N.D. Ohio 1974)

United States v. Crocker Nat'l Corp., 656 F.2d 428 (9th Cir. 1981).

United States v. International Ass'n of Machinists, (1994)

United States v. Sears, Roebuck & Co., 111 F. Supp. 614 (1953)

III. Antecedentes legislativos:

Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley N° 20.945.