

Reflexiones del traspié interlocking

ANÁLISIS

Felipe Irrazábal



EL LUNES PASADO FUE AMARGO PARA LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE) Y EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). La marraqueta no estuvo precisamente crujiente. Ese día, la Corte Suprema (CS) demolió, desde sus cimientos, la casa construida por el TDLC —de finas terminaciones— sobre el *interlocking*. El TDLC había acogido dos requerimientos de la FNE en contra de personas de carne y hueso que fungieron como directores de varias matrices —también sancionadas— que competirían, a través de sus filiales, en determinados sectores del mercado financiero.

Ese era el estreno —con bombos y platillos— de la aplicación de una reforma del 2016 a la ley de competencia. La norma prohíbe “la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca[n]” tengan ingresos superiores a cierto monto, sin que se requiera probar efectos.

El voto de mayoría del TDLC estimó que la prohibición comprendía tanto el *interlocking* directo (una misma persona en dos empresas que compiten produciendo los mismos bienes y servicios) como el indirecto (una misma persona en *holdings* cuyas filiales compiten). Consideró que el requisito legal de “empresas competidoras entre sí” se cumplía si una persona era director de dos *holdings* de distintos grupos económicos, cuyas filiales estuviesen involucradas en el mismo mercado, en cuyo caso no era necesario probar efectos. Según el TDLC, para interpretar esta norma, había que mirar la realidad económica de las empresas, en donde materialmente los grupos económicos constituyen unidades económicas que instruyen a sus filiales sobre sus conductas comerciales.

La CS no estuvo de acuerdo y en votación unánime

dinamitó los pilares sobre los cuales el voto de mayoría del TDLC construyó su interpretación. En una sentencia quirúrgica —corta y precisa—, la Suprema aclaró que la norma es excepcional para la libre competencia, porque no requiere la prueba de efectos. Sería una norma “*per se*” —en la jerga anglosajona—, en donde los demandantes no requieren probar efectos y los demandados no pueden defenderse con eficiencias o la ausencia de efectos. Esa particular naturaleza exige que el intérprete sea restrictivo en su aplicación (sopesando cuidadosamente su tenor

Las autoridades de competencia erraron el anteojo. Miraron estos casos con la mirada tradicional de la libre competencia y no repararon que las normas *per se* (la de *interlocking* directo y la de carteles duros) requieren ceñirse estrictamente a la ley”.

literal), por el respeto al principio de legalidad y por el riesgo de sancionar conductas inocuas.

Luego, la CS pasó a analizar el cumplimiento estricto de cada uno los requisitos de la norma, concentrándose en el contenido de qué se entiende por “persona” y por “empresa competidora entre sí”. Determinó que persona es un individuo y no las empresas, citando pasajes de la historia

de la ley. Precisó que empresa competidora se refiere a las que directamente compiten en un mercado determinado, y no a sus *holdings*, haciendo referencia a la inclusión del concepto de “grupo económico” en la norma (a propósito del cálculo de umbrales y de las participaciones cruzadas), a que los *holdings* no pueden legalmente operar en los mercados investigados, a una descripción del ilícito contenida en la página web de la FNE y a las diferencias de texto con la Clayton Act. de EE.UU., inspiradora de la norma chilena. Agrega, eso sí, un comentario “de paso”: se pueden sancionar, a futuro, los *interlockings* indirectos si se prueban los efectos.

A mi juicio, las autoridades de competencia erraron el anteojo. Miraron estos casos con la mirada tradicional de la libre competencia y no repararon que las normas *per se* (la de *interlocking* directo y la de carteles duros) requieren ceñirse estrictamente a la ley, sin que exista espacio para interpretaciones extensivas o analógicas. Esa distorsión fue corregida por la CS, ratificando el sano contrapeso que ejerce la Suprema respecto a las autoridades de competencia, con la advertencia de que el foco de la última instancia debiera concentrarse en temas jurídicos (tanto sustantivos como procesales) y exhibir deferencia en las cuestiones en su esencia económica.

A futuro, habrá que ver en qué casos específicos la norma de *interlocking* directo tiene aplicación efectiva (que no era en estos casos) y respecto al indirecto, tendrá que pasar más agua bajo el puente para saber cómo se prueban los efectos perniciosos (vinculado a posibles trasposos de información en contextos colusorios) y el nivel de traslape que se requiere.

* El columnista es coautor de un informe en derecho, presentado por una de las requeridas.