

## Recurso de Reclamación. -

### H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tomás Menchaca Olivares y Kevin Venturelli Sims, abogados, en representación de la requerida **Banco de Chile**, en estos autos caratulados *“Requerimiento de la FNE en contra de Hernán Büchi Buc y Otros”*, Rol C-436-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”), respetuosamente decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley 211, venimos en interponer fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 203/2025 de este H. Tribunal, (en adelante, la “**Sentencia**”), la cual fue notificada a esta parte el día 6 de junio del presente año, en que, acogiendo -solo dos de los cinco ministros y en votación dividida- el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, la “**FNE**”), se declaró que Banco de Chile habría infringido el ilícito anticompetitivo contemplado en el artículo 3°, inciso 2°, letra d) del Decreto Ley 211, en razón de los argumentos de hecho, de derecho y económicos que pasamos a exponer.

Estamos frente a una Sentencia sin precedentes, manifiestamente errónea e inexcusablemente injusta. No solo por la insólita acumulación de sofismas utilizados para intentar demostrar lo indemostrable, sino también por el profundo daño que causa a la certeza jurídica, la confianza legítima y la buena fe.

Existe un gran respeto por los ministros del H Tribunal que dictaron el fallo, pero en este caso se equivocaron tan profundamente que terminaron sancionando a un banco por *“participar como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas que compiten entre sí”*; ...o porque un tercero, don Hernán Büchi —quien ya no es parte en esta causa— habría sido director de dos o más bancos, cuando consta en autos que solo lo fue respecto de uno; de dos o más corredoras de bolsa, cuando consta que no lo fue de ninguna; y de dos o más corredoras de seguros, cuando también consta en autos que no ejerció tal cargo en ninguna de ellas.

Más grave aún, pretende castigar a un banco por una conducta que no solo no podía cometer, que no solo no estaba tipificada a su respecto; pretende castigarlo por no haber cometido conducta alguna -ni por acción ni por omisión- que pueda calificarse de ilícita, según veremos más adelante, pues el ilícito, de haber existido, se habría consumado cuando un tercero, don Hernán Büchi, aceptó el cargo de director en una tercera empresa, Falabella S.A., **acto en el cual nuestra representada no tuvo ni pudo tener ninguna participación.**

La Sentencia es una demostración clara de la necesidad del control que debe realizar la Excm. Corte Suprema de la legalidad -y en este caso también constitucionalidad- de las actuaciones del tribunal especializado<sup>1</sup>.

**- No se cumplen los requisitos expresamente establecidos por el legislador para el tipo sancionado**

El punto de partida es que tanto la FNE como el H. Tribunal señalan que la conducta sancionada sería “*per se*” contraria a la libre competencia; esto es, según la doctrina americana que creó esta categorización, una regla de línea clara o “*bright line*”, en las que basta la concurrencia de los claros hechos infraccionales para aplicar la sanción, sin que se haga necesario efectuar ningún análisis de mercado; solo hay que constatar los hechos claros y evidentes de una conducta también clara y evidente. Es como pasarse una luz roja; basta probar el hecho para que exista la sanción.

**¿Cuál es esa conducta, que efectivamente es clara y evidente?**

**La de (1) *participar* (2) como *director o ejecutivo relevante* (3) en dos o más empresas competidoras entre sí (más un umbral objetivo de ventas). Nada más y nada menos.**

Del tenor literal del tipo infraccional se desprende con claridad que Banco de Chile no incurrió en la conducta imputada. La Sentencia, en un extenso y erróneo razonamiento jurídico y económico, intenta forzar lo imposible: demostrar la cuadratura del círculo mediante una construcción cargada de sofismas.

La Sentencia sostiene, erradamente, que Banco de Chile habría participado como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras, lo que es jurídicamente imposible. Pretende asimilar como una sola empresa a tres entidades distintas, con giros exclusivos y en mercados relevantes distintos, sin siquiera identificar con claridad cuál sería ese mercado común. Llega al absurdo de imputar al Banco participación simultánea en corredoras de bolsa y de seguros, actividades que por ley no puede ejercer ni menos dirigir. Esa es, y solo esa, la conducta por la que ha sido condenado Banco de Chile<sup>2</sup>.

Según se desarrollará en el presente recurso, no resulta aplicable en este caso la teoría de la única unidad económica, por dos razones fundamentales: **(i)** no se puede ser director o ejecutivo relevante de entes sin personalidad jurídica; y **(ii)** en los mercados involucrados

<sup>1</sup> Según se verá, la Sentencia recurrida vulnera principios esenciales del derecho, como los de legalidad, tipicidad, culpabilidad y responsabilidad personal, además de contradecir el sentido de la libertad económica que la libre competencia protege. Asimismo, desconoce criterios fundamentales del derecho de la competencia al definir quiénes son competidores entre sí, llegando al extremo de considerar que bancos compiten con corredoras de valores o seguros, una afirmación jurídicamente insostenible, pero necesaria para justificar la sanción impuesta.

<sup>2</sup> Ni siquiera respecto de don Hernán Büchi, única persona que podría participar como director o ejecutivo relevante de alguna empresa, se cumplen los requisitos del claro tipo infraccional. Él -no el banco- fue director sólo de un banco y no lo fue de ninguna corredora de bolsa o de seguros, por lo que ni siquiera a su respecto podría sostenerse la acusación de la Fiscalía.

(bancario, corredoras de valores y de seguros), la ley exige que cada empresa esté constituida como una persona jurídica distinta.

Sin embargo, todavía más grave, aun cuando aplicásemos el *interlocking* al caso de autos -lo que es absolutamente improcedente- y asimilásemos incorrectamente el concepto de “*empresas competidoras entre sí*” que utiliza la ley con el de única unidad económica, tal como pretende la Sentencia, veremos que **nuestra representada solo participa en el mercado bancario y no participa en ningún otro, ni podría hacerlo, por expresa disposición legal.** Sus filiales, Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros, solo participan en los mercados de intermediación de valores e intermediación de seguros, respectivamente, también por expresa disposición legal. Nadie ha sostenido, ni probado, algo distinto.

Es decir, aun si fuera aplicable en este caso la doctrina de la única unidad económica -un error- y se la hace análoga con el concepto de “*empresas competidoras entre sí*” prescrito en el tipo infraccional, tal teoría **no nos permitiría concluir que empresas que participan en mercados relevantes distintos formen una única empresa solo porque tienen un controlador común.**

El absurdo de la tesis de la Sentencia se revela al aplicarla consistentemente: si Banco de Chile y sus filiales forman una única unidad económica por estar bajo el control de Quiñenco S.A., entonces, siguiendo esa lógica, también lo serían ENEX o Sudamericana de Vapores, y ellas, por tanto, serían también competidores de Falabella o Consorcio Financiero, pese a ofrecer bienes y servicios, cada una, en mercados relevantes totalmente distintos. El resultado es jurídica y económicamente insostenible.

Lo cierto es que la teoría de la unidad económica es un símil en el Derecho de la Libre Competencia a la bien conocida doctrina del *descorrimiento del velo corporativo*, y como tal solo es aplicable cuando varias personas jurídicas integran una **única empresa** que compite en un **mismo mercado relevante, para efectos de identificar al verdadero infractor que ha realizado la conducta típica sancionada.** No busca sancionar a una persona por la conducta de otra, ni menos sancionar a una persona jurídica por tipos infraccionales aplicables solo a las personas naturales.

En ese orden de ideas, la **doctrina de la única unidad económica** no es una metodología económica para determinar si una empresa compite o no en un mercado relevante determinado, como pretende la Sentencia, sino que es una herramienta jurídica que permite determinar quién es responsable, pero no convierte por arte de magia a una empresa en competidora en un mercado en el que no ofrece bienes y servicios. Para determinar competidores existen las metodologías económicas que permiten determinar el mercado relevante, que son conocidas por todos los que practican en el Derecho de la Libre Competencia.

Según la equivocada lógica de la Sentencia, el solo hecho de existir control común por parte de una sociedad bastaría para considerar que todas las empresas controladas son

una única unidad económica y que, por tanto, serían competidoras -todas juntas- en mercados relevantes completamente distintos en los que no participan, como la banca, corretaje de valores o seguros.

Con todo, la Sentencia no dijo, ni podría decir, cómo es que un Banco, sociedad anónima especial miembro del grupo empresarial Quiñenco y controlada por ésta, podría competir en un mercado distinto al bancario, como son los de corretaje de valores y de seguros. Sin embargo, es lo que se afirma al decir que tres empresas distintas, que participan en mercados relevantes totalmente distintos, forman parte de una única empresa (el tipo infraccional habla de **empresas competidoras entre sí**) por el mero hecho de que una de ellas -un banco- es matriz de las otras y ejerce las labores de control propias de una matriz sobre sus filiales. Siendo así, ¿qué diferencia hay entre ello y afirmar que forman una única unidad competitiva las empresas ENEX, Sudamericana de Vapores y Banco de Chile (entre otras), si todas tienen el mismo controlador?

El yerro de la Sentencia se debe a una grave imprecisión conceptual, pues sostiene, a partir del concepto económico de empresa, que un grupo empresarial que tiene diversas empresas **que participan en mercados relevantes distintos** es una única unidad económica, lo que lleva al absurdo de que Banco de Chile, que es una empresa del Grupo Quiñenco, está en el mismo mercado relevante que Sudamericana de Vapores y ENEX. O, peor aún, que Quiñenco participa como “*empresa competidora*” en todos los mercados relevantes de cada una de las muchas sociedades que controla y que son miembros de su grupo empresarial.

Lo anterior también llevaría al absurdo de que, con esa definición de mercado relevante, la participación de mercado de las empresas se reduciría artificialmente, haciéndose casi imposible en muchísimos casos prohibir una operación de concentración o sancionar un abuso de posición dominante. Es decir, además de errada y contraria a derecho, seguir la tesis de la Sentencia es una mala política pública de defensa de la competencia<sup>3</sup>.

Por lo demás, si fuera cierta la tesis de la Sentencia -que la infracción fue cometida por una única unidad competitiva compuesta por matriz y filiales-, se debió requerir a todas las personas jurídicas involucradas o, al menos, acreditar cuál de ellas participa efectivamente en el mercado relevante. No basta con invocar actos de supervisión propios del rol de la matriz; era indispensable demostrar que estas entidades actuaban como una sola “*empresa competidora*”, en un mismo mercado relevante y con una dirección común, lo que nunca se probó. Del examen del expediente es evidente que dicha prueba no existe, y, sin embargo, la Sentencia omite por completo esta circunstancia esencial.

- **Precisamente porque es imposible aplicar el claro tipo infraccional a nuestra representada, la Sentencia creó un tipo infraccional distinto**

Siendo imposible aplicar el claro tipo infraccional a nuestra representada, la Sentencia creó un tipo infraccional distinto, y conculcando con ello los principios más básicos del

---

<sup>3</sup> Así lo hacen presente los profesores YBAR y FANTUZZI en sus informes que serán analizados en el presente recurso.

Derecho Administrativo Sancionador, ha condenado al Banco de Chile por una conducta que no puede cometer, conforme al tenor literal del artículo 3°, letra d), del Decreto Ley N° 211. Para hacerlo, el H. Tribunal construyó -*ex novo*- una figura infraccional no prevista por el legislador (la infracción a un supuesto deber de cuidado no tipificado e imposible de cumplir), ampliando arbitrariamente los márgenes de lo punible.

Lo anterior no solo vulnera el principio de tipicidad y legalidad consagrado en el Derecho Administrativo Sancionador, sino que también infringe lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que consagran el deber de sujeción de todos los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y prohíben el ejercicio de atribuciones que no hayan sido expresamente conferidas por la ley. En un Estado de Derecho, ningún tribunal puede arrogarse competencias normativas ni sancionar más allá de los límites precisos que impone el legislador. Por ello, esta condena no solo es injusta, sino también inconstitucional.

- **Si se estimara que concurren los elementos del tipo, los antecedentes del proceso demuestran la total ausencia de culpa**

Las anomalías de la Sentencia siguen. Incluso si estimara que los elementos del tipo infraccional se cumplen respecto de Banco de Chile, igualmente no debiera ser condenado dada **la evidente ausencia de culpa por confianza legítima**. Tanto porque el acto de designación del director es manifestación de la voluntad del accionista que lo nombra y no del Banco, como de las propias interpretaciones del órgano fiscalizador.

Es la propia FNE, en sus documentos públicos, quien ha sostenido que un *interlocking* indirecto como el de autos no infringe la norma, no por su denominación, sino porque **no cumple los requisitos del tipo**. Tan evidente es esta interpretación, que la FNE debió recurrir a un informe en derecho para intentar desvirtuar lo sostenido por ella misma, por sus máximas autoridades -Irrazaval, Riesco, Ybar, Zink., por la doctrina, el H. Tribunal y prácticamente la totalidad del foro, negando que ello genere confianza legítima o error de prohibición, en abierta contradicción con la jurisprudencia reiterada de la Excma. Corte Suprema. La propia Sentencia reconoce la existencia de confianza legítima, pero la reduce a una mera atenuante, cuando en realidad constituye una manifestación clara de que, en el peor de los escenarios, Banco de Chile debió ser absuelto por ella.

Se trata de una decisión dividida, que condena por primera vez una conducta que hasta esa fecha **todos** estimaban no era aplicable al caso de autos ni menos a nuestra representada, que no produjo efectos, como reconoce la Sentencia, y a pesar de ello, condena a una multa exorbitante.

Las irregularidades de la Sentencia no se quedan allí. La **decisión fue tomada por sólo dos de los cinco ministros del H. Tribunal**. Nunca antes se había constituido el Tribunal para una vista de causa sin la concurrencia de los ministros suplentes no inhabilitados -si ello fuera posible- cuando faltaban titulares por ausencia o inhabilidad. Ninguno de los dos ministros suplentes estaban inhabilitados en esta causa. Si bien lo anterior no acarrea la

nulidad formal de la Sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 9°, inciso segundo, del Decreto Ley 211, sí configura una irregularidad procesal. Los ministros suplentes fueron expresamente contemplados por el legislador para integrar el Tribunal en caso de ausencia o inhabilidad de los titulares, evitándose así una condena decidida por una minoría del Tribunal. Por ello, la omisión de convocarlos a una vista de causa de esta envergadura constituye un vicio institucional serio, que socava la regularidad del fallo.

- **No existe la interrupción de prescripción por representación ajena**

Ahora bien, aun en el improbable caso de que se estimase que existió la infracción acusada, la conducta estaría **prescrita respecto de nuestra representada**. Eventualmente podría sostenerse que, tratándose de la persona natural, la infracción sea permanente porque su calidad de director o ejecutivo relevante se mantiene mientras no renuncie a alguno de los cargos que dan lugar al *interlocking*, en empresas competidoras entre sí. Eso es precisamente lo que dice la Sentencia para rechazar la excepción de prescripción, señalando que la **persona natural** del director mantenía su calidad de tal en forma permanente y, por ende, la prescripción no empezaría a correr mientras no renunciara a algún directorio. Sin embargo, ¿Qué dice respecto del Banco de Chile? Ciertamente nada, haciendo extensible la actuación de un tercero en perjuicio de nuestra representada.

La Sentencia condena a Banco de Chile, y no a don Hernán Büchi, pese a que -de haber existido infracción- ésta se habría consumado al momento en que él aceptó el cargo de director en una segunda sociedad (que no fue el Banco de Chile sino Falabella S.A.). Ello demuestra, una vez más, que **la condena se funda en un hecho de un tercero, respecto del cual mi representada no tiene control alguno**. Incluso si se considerara como hito relevante la entrada en vigencia de la norma, ya era de público conocimiento que don Hernán Büchi era director en las sociedades anónimas requeridas. En ambos escenarios, el supuesto ilícito habría ocurrido más de tres años antes de la interposición del requerimiento, por lo que la conducta imputada a Banco de Chile -además de inexistente- se encuentra irremediabilmente prescrita.

\*\*\*\*

En definitiva, lo que aquí se pretende sancionar es, en los hechos, un ilícito imposible: el tipo infraccional exige la participación como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí, y **Banco de Chile no solo no participa en los mercados relevantes de corredoras de bolsa o seguros sino que, por expresa disposición legal, no puede hacerlo**. Con todo, aun si se aceptara -erradamente- la tesis de la una única unidad competitiva entre empresas que operan en mercados distintos, subsiste la confianza legítima generada por la interpretación oficial y sostenida durante años por la propia FNE, que jamás consideró este tipo de situaciones como sancionables. Más grave aún, se pretende sancionar al Banco por un acto que no le es imputable, pues la designación del director es expresión exclusiva de la voluntad del accionista que lo nombra. Finalmente, incluso si todo lo anterior pudiera ser superado -aun por las vías más creativas del razonamiento jurídico-, permanece



el obstáculo insalvable de la prescripción, pues el supuesto ilícito, de haber existido, ocurrió más de tres años antes del requerimiento.

Por último, incluso en el escenario más adverso, la multa impuesta resulta a todas luces desproporcionada e injusta, contraria a los principios más elementales del derecho sancionador. **Sancionar a quien no puede delinquir, por un acto que no realizó, fuera de plazo y sin culpa, constituye no solo una violación flagrante al debido proceso, sino un precedente inaceptable en un Estado de Derecho.**

ÍNDICE

I. ANÁLISIS GENERAL DEL TIPO INFRACCIONAL DE *INTERLOCKING* ..... 8

A. EL TENOR LITERAL DEL ARTÍCULO 3º LETRA D) DEL DECRETO LEY 211 ES MERIDIANAMENTE CLARO..... 8

B. SE TRATA DE UNA INFRACCIÓN QUE SOLAMENTE PUEDE SER COMETIDA POR UNA PERSONA NATURAL..... 8

C. ES IMPERATIVO QUE LAS EMPRESAS SEAN “COMPETIDORAS ENTRE SÍ”, LO QUE TAMPOCO SUCEDERÍA EN EL CASO DE AUTOS ..... 12

i) ¿Qué significa que dos o más empresas sean competidoras entre sí? ..... 12

ii) Falabella S.A y Consorcio Financiero S.A. no ofrecen, ni pueden ofrecer, productos y servicios bancarios..... 14

iii) Banco de Chile no ofrece, ni puede ofrecer, servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por los corredores de bolsa..... 17

iv) Banco de Chile no ofrece, ni puede ofrecer, servicios en el mercado de intermediación de seguros..... 18

v) Banco de Chile solamente ofrece, y puede ofrecer, bienes y servicios bancarios ..... 19

vi) Banco de Chile no es la matriz de un grupo empresarial ..... 20

II. LA SENTENCIA HA INFRINGIDO MANIFIESTAMENTE LA LEY: BASTA COMPARARLA CON EL TIPO INFRACCIONAL Y LA PRUEBA PARA ARRIBAR A TAL CONCLUSIÓN ..... 21

A. LA SENTENCIA HA INCURRIDO EN UNA FALSA APLICACIÓN DE LA LEY, CREANDO UN NUEVO TIPO INFRACCIONAL QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD ..... 22

i) Banco de Chile no “participa” como director o ejecutivo relevante..... 25

ii) Ausencia absoluta del elemento volitivo de Banco de Chile en la conducta que se pretende sancionar..... 26

iii) Banco de Chile no es competidor de Consorcio Financiero S.A. ni de Falabella S.A. en ningún mercado..... 28

a) Falabella y Consorcio Financiero no son bancos..... 28

b) La Sentencia ha aplicado la doctrina de la “unidad económica” incorrectamente, porque ella no es una metodología económica que sirva para determinar que una empresa ofrece bienes y servicios en un mercado relevante determinado ..... 29

iv) Si el interlocking contemplado en el Decreto Ley 211 es una infracción per se, debe ser analizado e interpretado restrictivamente ..... 33

B. LA SENTENCIA HA INCURRIDO EN UNA FALSA INTERPRETACIÓN DE LA LEY..... 35

i) Errónea aplicación del elemento gramatical..... 36

a) Es falso que el verbo rector de la conducta acusada sea “adoptar” o “impedir” la materialización de un ilícito anticompetitivo ..... 36

b) La Sentencia se equivoca al determinar qué debe entenderse por “empresas competidoras entre sí” ..... 37

ii) Errónea aplicación del elemento lógico-sistemático ..... 40

a) No se puede ser “director” o “ejecutivo relevante” sino de empresas constituidas como personas jurídicas..... 40

b) La Sentencia, impropriamente, hace que la noción de “empresa competidora” sea equivalente a la de grupo empresarial..... 41

iii) Errónea aplicación del elemento histórico ..... 44

iv) La Sentencia aplicó erróneamente el elemento teleológico o finalista, sin respetar, además, el orden consecutivo de las reglas de interpretación de la ley ..... 46

C. LA SENTENCIA HA INFRINGIDO EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL..... 48

D. LA SENTENCIA HA INFRINGIDO LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRUEBA Y LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA..... 49

E. LA SENTENCIA VULNERA LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONADOR..... 51

III. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: UNA PREMISA ERRADA IMPORTA EL RECHAZO EQUIVOCADO DE DICHA EXCEPCIÓN ..... 53

IV. CONFIANZA LEGÍTIMA Y AUSENCIA DE CULPA: LA INJUSTICIA DE CONDENAR AL BANCO DE CHILE POR SER EVIDENTE LA AUSENCIA DE CULPA ..... 53

i) Los antecedentes que constan en el proceso excluyen toda noción de culpa..... 54

ii) La confianza legítima y su relación con la ausencia de culpa..... 60

V. PRESCRIPCIÓN..... 64

VI. EN EL EVENTO DE QUE SE CONCLUYA QUE EXISTE EL ILÍCITO IMPUTADO, LA  
MULTA RESULTA DESPROPORCIONADA E INJUSTA ..... 66

VII. CONCLUSIONES..... 68

I. ANÁLISIS GENERAL DEL TIPO INFRACCIONAL DE *INTERLOCKING*

A. El tenor literal del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 es meridianamente claro.

1. La prohibición del *interlocking* es relativamente reciente. Su incorporación se debe a la reforma que sufrió el Decreto Ley 211 en razón de la dictación de la Ley N°20.495 del año 2016, que introdujo la actual letra d) al catálogo de infracciones contra la Libre Competencia contenidas en el inciso segundo de su artículo 3°, sancionando ***“la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”***, siempre que los grupos empresariales a los que pertenezcan cada una de esas empresas superen los umbrales anuales establecidos por el legislador en el ya mencionado cuerpo normativo.

2. La letra d) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, establece de forma clara que el sujeto activo de la infracción debe “participar” como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí. No cabe una interpretación forzada de esta disposición, cuya redacción es precisa y clara. Sin embargo, la FNE ha propuesto una lectura arbitraria, que fue erróneamente acogida por la Sentencia, comprometiendo así la certeza jurídica y exigiendo un examen riguroso de los elementos de tipicidad del tipo infraccional aplicado.

3. En lo que sigue, se demostrará el error de la Sentencia al sostener que el Banco de Chile -persona jurídica con giro exclusivo bancario- puede ser sujeto activo de la infracción, a pesar de no haber ejercido el cargo de director en más de una empresa, y de que no se cumple el requisito expreso de que las empresas involucradas compitan *“entre sí”*, tratándose, además, de una conducta atribuida a un tercero, no a nuestra representada.

B. Se trata de una infracción que solamente puede ser cometida por una persona natural

4. El tipo infraccional acusado señala expresamente que la conducta anticompetitiva consiste en la *“participación simultánea de una persona”*, en los cargos de director o ejecutivo relevante. Llevado en términos negativos, ello significa que, si el sujeto activo de la acción *no participa simultáneamente* en el cargo de director o ejecutivo relevante, no puede ser sancionado en esta sede en virtud de dicha infracción.

5. Lo anterior no es más que una aplicación del principio de tipicidad. El profesor Eduardo CORDERO ha señalado a este respecto que *“la tipicidad sirve para precisar la legalidad, puesto que ésta se cumple con la previsión en la ley de las infracciones y sanciones, mientras que la tipicidad va más lejos al exigir como garantía que la norma contenga la determinación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre*



una y otra (...) En otros términos, no resulta suficiente que la infracción se halle establecida en la ley, sino a ello debe agregarse la exigencia de que ésta describa expresamente la conducta que la configura, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que tiene que ceñirse en su actuar”<sup>4</sup>.

6. No importa cuántas lecturas se pretenda dar a la norma en comento. En ella se establece indubitadamente que **el sujeto activo de la conducta anticompetitiva solamente puede ser la persona (natural y no jurídica, como se verá en lo que sigue) que ostente simultáneamente un cargo de director o de ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí**. No es necesario recurrir a una hermenéutica compleja o técnicas jurídicas distintas a las reglas de interpretación de la ley contempladas en nuestro Código Civil. El tenor literal es claro, y lo sancionado es la “*participación simultánea de una persona*” en las hipótesis de cargos relevantes que se contemplan.

7. Esta conclusión no es baladí. Como es sabido, las personas jurídicas no pueden participar como ejecutivo relevante o director en empresa alguna. La razón es muy sencilla: **dicha participación solamente compete a las personas naturales**. Por lo mismo, requerir a Banco de Chile como sujeto activo del ilícito anticompetitivo reglado en el artículo 3°, letra d) del Decreto Ley 211 bordea lo absurdo y lo imposible, pues no puede participar simultáneamente como ejecutivo relevante o director de su propia empresa, ni mucho menos de una de su competencia, razón suficiente para que, a la luz del claro tenor de dicha disposición, del principio de tipicidad y de la seguridad jurídica, el requerimiento en su contra haya debido ser desechado en todas sus partes, con costas. Esta ha sido también la opinión de los informantes en derecho en esta causa, **tanto de la FNE** como de las partes requeridas.

8. En efecto, esa fue la opinión el actual Fiscal Nacional Económico, quien antes de desempeñar aquel cargo obró como informante de la FNE en estos autos. En su Informe en Derecho, sostuvo el señor GRUNBERG que “*la Historia de la Ley N° 20.945 parece ser suficientemente clara en cuanto a que la prohibición sólo alcanzaría a una misma persona natural*. Por ello, casos como el de una sociedad que en su calidad de accionista designa ejecutivos relevantes o directores -que constituyen personas naturales distintas- en empresas competidoras entre sí, debieran analizarse conforme al tipo genérico del artículo 3° inciso primero del DL 211”<sup>5</sup> (énfasis añadido),

9. Como se puede apreciar, el mismo informante de la FNE concluye que la hipótesis infraccional del *interlocking* reglado por el Decreto Ley 211 solamente alcanza a las personas naturales. De no tratarse de personas naturales, tal como también lo señala el señor GRUNBERG, el presunto ilícito anticompetitivo debe analizarse de conformidad al tipo

<sup>4</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Eduardo CORDERO, titulado “*El interlocking como ilícito anticompetitivo y sus alcances en el Derecho Chileno*”, acompañado por esta parte a folio 301 de estos autos, p. 22.

<sup>5</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el actual Fiscal Nacional Económico, don Jorge GRUNBERG, titulado “*Análisis del tipo infraccional de interlocking contenido en el artículo 3° inciso segundo letra d) del Decreto Ley N°211 de 1973*”, acompañado por la FNE a folio 206 de estos autos contenciosos, p. 6.

genérico contemplado en el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 211. Podemos adelantar que dicho análisis, a diferencia de lo que se concluyó respecto de la letra d) del artículo 3° del Decreto Ley 211, no es “*per se*” anticompetitivo y, por lo mismo, es imperativo hacerse cargo de los *efectos anticompetitivos* de la conducta en los mercados en cuestión, aspecto que omitió la FNE en su requerimiento y que la decisión de mayoría -de solo dos ministros del H. TDLC- acogió, con el voto en contra del Ministro Ricardo Paredes.

10. En igual sintonía, el ex Subfiscal Nacional Económico, don Mario YBAR, quien ofició como Fiscal Nacional Económico subrogante en la época de dictación de la Ley N°20.945, hizo presente en su Informe en Derecho presentado por esta parte que “*dado su carácter excepcional, la letra d) en cuestión debe interpretarse restrictivamente, alcanzado únicamente a la persona natural que tenga “participación simultánea en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”, justamente aquel que necesariamente debió saber de la vulneración de la norma al aceptar un cargo en una empresa competidora de aquella en que no se encontraba desarrollando funciones. Ello no debe obstar a la posibilidad de perseguir la responsabilidad de las personas jurídicas, en que dichas personas naturales ejercen funciones relevantes o respecto de las personas jurídicas que los designaron en tales funciones, para ya no conforme a la norma específica contenida en la letra d), sino que de conformidad con la norma general establecida*”<sup>6</sup> (énfasis añadido).

11. El destacado profesor de Derecho de la Libre Competencia, don Domingo VALDÉS, llegó a similar conclusión, señalando su Informe en Derecho, acompañado por Consorcio a folio 330 de estos autos, que “*sabido es que, en nuestro derecho, sólo las personas naturales pueden ostentar los cargos de director y de ejecutivo relevante, según lo confirman diversos preceptos legales y reglamentarios (...) Luego, la única categoría de personas que puede participar en los cargos mencionados es una persona natural o física. Así también lo concluyó categóricamente la FNE al referirse al tipo específico de interlocking horizontal durante la tramitación de la Ley 20.945 que lo incorporó al DL 211. De allí que, en este tipo específico de “interlocking horizontal”, el sujeto activo previsto en el tipo genérico “El que”, resulta constreñido a una sola clase de personas: la natural o física. En otras palabras, el sujeto activo del tipo específico de interlocking es calificado*”<sup>7</sup> (énfasis añadido).

12. En similar sentido se pronunció el profesor CORDERO QUINZACARA, especialista en Derecho Administrativo, quien, en su Informe en Derecho acompañado por esta parte, indicó que “*este ilícito exige que una misma persona natural se desempeñe simultáneamente como director o ejecutivo relevante en empresas competidoras. De esta forma, la forma en que nuestro ordenamiento ha tipificado este ilícito anticompetitivo limita la calidad que debe tener el sujeto activo sólo a personas físicas o naturales. Por lo demás, no es sólo una*

<sup>6</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el ex Subfiscal Nacional Económico, Mario YBAR, acompañado por esta parte a folio 302 de estos autos contenciosos, p. 1 (Nota al pie N°3).

<sup>7</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Domingo VALDÉS, titulado “*Acerca de una supuesta infracción de interlocking horizontal*”, acompañado por Consorcio a folio 330 de estos autos contenciosos, pp. 4-5.

cuestión de Derecho positivo, sino que responde a la naturaleza del hecho que se imputa y la forma cómo se puede materializar; lo cual **no resulta compatible con las formas de actuación que puede adoptar una persona jurídica, la que no está en condiciones de participar en cargos de director o como ejecutivo relevante en las entidades con las cuales compite en el mercado**”<sup>8</sup> (énfasis añadido).

13. A su turno, el profesor Enrique ALCALDE, excelso profesor y abogado en el ámbito del Derecho Civil y Comercial, estimó en su Informe en Derecho, acompañado a folio 399 de estos autos, que “la única interpretación razonable y posible de la letra d) es aquella según la cual **el infractor sólo puede ser la persona natural que acepta el cargo de director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras entre sí** (...) El sujeto activo de la conducta en cuestión no puede ser sino una persona natural, y la participación o intervención que se quiere atribuir a la persona jurídica excede el alcance de la descripción típica”<sup>9</sup> (énfasis añadido).

14. Las opiniones a las que han arribado estos ilustres juristas no nos sorprenden. El tipo infraccional es tan claro, que los expertos de distintas áreas que han aportado sus conclusiones a estos autos han llegado a la misma conclusión: **la única forma de interpretar el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, en cuanto al sujeto activo que puede desarrollar la conducta de “participar simultáneamente” en los cargos de director o ejecutivo relevante, es que deba tratarse de una persona natural y no una jurídica como el Banco de Chile.**

15. Ello implica que para perseguir una eventual responsabilidad anticompetitiva de nuestra representada por la conducta que ha sido imputada, el requerimiento debió haberse centrado en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley 211, **figura que en caso alguno es “per se” y exige, por ende, la acreditación por parte de los demandantes de los efectos anticompetitivos de la conducta en el mercado relevante afectado**, actuales o potenciales, cosa que no hizo la FNE ni tampoco se exigió en el voto mayoritario de la Sentencia, a diferencia de lo correctamente concluido por el voto disidente del Ministro Paredes.

16. Incluso de haberse querido sancionar un interlocking indirecto de acuerdo con el tipo infraccional general, como el que efectivamente existe en el caso de autos -lo que no fue objeto del requerimiento, según expresamente se señaló en la Sentencia<sup>10</sup>-, además de requerirse la prueba de efectos que exige el inciso primero, igualmente, por la naturaleza de ese ilícito, éste solo podría haber sido imputado al director que acepta un cargo en la matriz de la sociedad que compite en el mercado relevante del Banco de Chile. De lo contrario

<sup>8</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Eduardo CORDERO, titulado “El interlocking como ilícito anticompetitivo y sus alcances en el Derecho Chileno”, acompañado por esta parte a folio 301 de estos autos, p. 25.

<sup>9</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Enrique ALCALDE, titulado “Informe legal sobre la procedencia de atribuir a una sociedad anónima en sede de Libre Competencia por la infracción de interlocking”, acompañado por Consorcio a folio 399 de estos autos, p. 8.

<sup>10</sup> Ver, Sentencia, considerando 15°.

seguiría el absurdo de condenar a una empresa por un ilícito que se consumó sin ninguna participación suya, directa ni indirecta.

17. En este caso, **Banco de Chile nombró a Hernán Büchi como ejecutivo relevante en el año 2008 -como reconoce la Sentencia<sup>11</sup>- sin que existiera interlocking de ninguna especie cuando lo hizo**, y el interlocking indirecto -no prohibido- se produjo en el año 2014, con la aceptación de don Hernán Büchi del cargo de director en Falabella, entidad no bancaria matriz de un grupo empresarial que, entre muchas empresas, principalmente de retail, tiene un banco. Es indiscutible que al Banco de Chile no le correspondió participación alguna ni en el nombramiento ni en la aceptación de ese cargo, y que fue en ese momento que se consumó el supuesto ilícito, sin participación alguna de quien fue injustamente condenado por éste.

**C. Es imperativo que las empresas sean “competidoras entre sí”, lo que tampoco sucede en el caso de autos**

18. El tipo infraccional de *interlocking* no solamente requiere que se verifique que una persona natural ostente el cargo de director o ejecutivo relevante, sino que ello debe ocurrir, simultáneamente, entre “*dos o más empresas competidoras entre sí*”.

19. Es recién en este punto en donde adquieren relevancia las empresas en las que podría configurarse un *interlocking*, pues —como ya se ha señalado— el sujeto activo de la infracción contemplada en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 no es otro que la persona natural que desempeña simultáneamente un cargo de director o ejecutivo relevante. Las empresas, en este contexto, no son infractoras de la norma, ya que su mención en el tipo infraccional tiene como único propósito delimitar y calificar la ilicitud de la conducta del director o ejecutivo, al exigir que dicha participación se dé en empresas competidoras entre sí. Sólo quien ejerce personalmente dichos cargos puede cometer la infracción; las sociedades involucradas no realizan ni pueden realizar la conducta sancionada.

**i) ¿Qué significa que dos o más empresas sean competidoras entre sí?**

20. Al igual como sucede con la descripción del sujeto activo, el tenor del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 es clarísimo: **la calificación de la conducta será contraria a la Libre Competencia cuando las empresas en cuestión sean “competidoras entre sí”**. Por lo mismo, en lo que sigue, pasaremos a precisar qué se debe tener en cuenta para determinar que dos o más empresas son competidoras entre sí.

21. Se trata de un ámbito que hay que tener bien claro, pues de lo contrario es posible caer en las imprecisiones en que ha incurrido la Sentencia. **La competencia se analiza en atención a los bienes y servicios que un agente económico ofrece en un mercado relevante determinado**<sup>12</sup>, siendo precisamente esto lo que vincula a esta rama del Derecho

<sup>11</sup> Ver, Sentencia, considerando 129°.

<sup>12</sup> Ver, por todos, WHISH, R. y BAILEY, D. (2012) *Competition Law*, pp. 29-39.

con la economía, de manera que no sólo debe recurrirse a un análisis jurídico-formalista, sino que, también, a uno de índole económico.

22. En este sentido, tal como se destacó en el informe económico elaborado por los señores Jorge FANTUZZI y Emily JACOB, economistas de FK Economics, el cual fue acompañado por esta parte a folio 305 de autos, para determinar si dos o más empresas son *competidoras entre sí* existen diversas metodologías económicas, siendo algunas de ellas la elasticidad cruzada de la demanda, la prueba o test del monopolista hipotético, la intercambiabilidad razonable del uso, al test de precios, entre otros<sup>13</sup>.

23. Así lo ha sentenciado el H. TDLC. Por ejemplo, en la Sentencia N°141/2014, se dio por asentado que **“la competencia depende fundamentalmente de la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir el servicio de transporte que presta una línea por el de otra, y de cómo esta sustitución cambia ante variaciones de precios de estos servicios”**<sup>14</sup> (énfasis añadido).

24. La Excm. Corte Suprema también ha apuntado en este sentido, señalando que **“en economía, la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio”**<sup>15</sup>, siendo evidente que la competencia se encuentra relacionada directamente con los bienes y servicios que una empresa ofrece en un mercado relevante determinado.

25. Este necesario análisis económico fue, asimismo, reconocido por la FNE en su requerimiento. En efecto, al referirse al requisito de que debe estarse ante dos o más empresas *competidoras entre sí*, nuestra agencia de competencia señaló que **“un primer acercamiento a su definición es el concepto mismo de competencia en el ámbito de la economía. Todas las definiciones entregadas por la literatura se relacionan al concepto de rivalidad o disputa. Dicha rivalidad puede tener lugar en términos de precio, calidad, funciones y características objetivas asociadas a los productos o servicios ofrecidos por las compañías”**<sup>16</sup>.

26. Debemos ser tajantes. **Ninguna de estas metodologías permite concluir que Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella sean competidoras entre sí.** La razón, por cierto, es de bastante sentido común: ni Consorcio Financiero ni Falabella pueden ofrecer bienes o servicios bancarios (y si lo hicieran, cometerían un delito) y, por su parte, por expreso mandato del legislador, Banco de Chile no puede ofrecer bienes o servicios que sean distintos de los bancarios.

<sup>13</sup> Ver, Informe económico de FK Economics, acompañado por esta parte a folio 305 de estos autos, pp. 44-50.

<sup>14</sup> Ver, Sentencia H. TDLC N°141/2014, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerando 18°.

<sup>15</sup> Ver, Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 7 de septiembre de 2012, en autos rol N° 2578-2012, considerando 84°. En el mismo sentido, ver, Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 23 de diciembre de 2013, en autos rol N°2666-2013, considerando 9°; Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 20 de enero de 2015, en autos rol N°21536-2014, considerando 3°; Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 07 de enero de 2016, en autos rol N°5609-2015, considerando 5°; Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 12 de octubre de 2016, en autos rol N°5128-2016, considerado 4°; Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 14 de agosto de 2020, en autos rol N°15005-2019, considerando 5°; entre otras.

<sup>16</sup> Ver, Requerimiento FNE, que consta a folio 4 de estos autos, p. 19.



27. Tal fue lo concluido en el Informe de FK Economics, en que luego de recurrir a las más asentadas metodologías económicas se concluyó que “*de acuerdo a las distintas metodologías utilizadas en derecho de la libre competencia para definir mercado relevante, se concluye que para que Banco de Chile compita con Falabella S.A. o con Consorcio Financiero S.A. debe existir sustituibilidad entre sus productos y servicios ofertados en una zona geográfica determinada. Ni Falabella ni Consorcio tienen giro bancario, con lo cual no ofrecen servicios bancarios (que son regulados y permitidos únicamente por la Ley General de Bancos), por lo tanto, al no existir productos sustitutos entre Banco de Chile y las otras dos empresas requeridas, es erróneo considerar que estas se encuentran en el mismo mercado relevante que Banco de Chile, por lo que no pueden ser competidoras entre sí*”<sup>17</sup> (énfasis añadido). Lo mismo ocurre en los mercados de corretaje de valores o de seguros.

28. La FNE, por el contrario, para determinar si se trataba de empresas “*competidoras entre sí*”, recurrió a una apreciación meramente jurídica -una ficción- conocida en el derecho de la competencia europeo como *única unidad económica*. Aquella doctrina foránea -que se relaciona con la doctrina del descorrimiento del velo corporativo a que se refiere la doctrina nacional- jamás ha tenido por propósito determinar que dos o más empresas sean competidoras entre sí, pues, en realidad, su objetivo no es otro que el atribuir responsabilidad anticompetitiva a matrices y filiales en caso de cumplirse con sus exigentes requisitos. La *teoría de la unidad económica* no busca más que eso, por lo que resulta absolutamente inepta para determinar la eventual competencia entre dos o más empresas, análisis que necesariamente exige una vertiente económica y no solamente jurídica, que la FNE omitió en su requerimiento y no fue cuestionado por el H. TDLC en la Sentencia.

29. El error de la Sentencia se evidencia si es que se contrasta con la interlocutoria de prueba. Justamente, hay que tener presente que se requería probar la “*efectividad de que Banco de Chile, Falabella S.A., Consorcio Financiero S.A. fueron competidores en la oferta de productos y servicios bancarios*” (no que lo fueran el banco de Chile, el Banco Consorcio y el Banco Falabella); que “*Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A. fueron competidoras en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa*”; y que “*Banco de Chile y Falabella S.A. fueron competidoras en la intermediación de seguros*”. Veamos.

ii) ***Falabella S.A y Consorcio Financiero S.A. no ofrecen, ni pueden ofrecer, productos y servicios bancarios***

30. Como se indicó previamente, uno de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos del proceso fue “*la efectividad de que Falabella S.A. y Consorcio Financiero S.A. son competidores en la oferta de productos y servicios bancarios*”. Esto implica que correspondía a la FNE acreditar que ambas requeridas —entidades que **no son bancos**—

<sup>17</sup> Ver, Informe económico de FK Economics, acompañado por esta parte a folio 305 de estos autos, p. 53.



ofrecen productos y servicios propios del giro bancario. En lo que sigue, revisaremos de qué manera la Sentencia aborda dicha cuestión probatoria. Desde ya, adelantamos que **no existe prueba al respecto** y, más aún, que tal afirmación es **jurídicamente imposible**.

31. En *primer lugar*, hay que tener presente que quienes deseen competir y participar en el mercado relevante bancario, que es lo que presume el requerimiento y la Sentencia respecto de Falabella y Consorcio Financiero, deben ceñirse estrictamente a lo establecido en la Ley General de Bancos (en adelante, “LGB”). En virtud de tal regulación, el agente económico que quiera competir en el mercado bancario y, por tanto, ofrecer aquella clase de bienes y servicios, debe antes obtener una *autorización bancaria*. Dicha *autorización* es otorgada por la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, “CMF”) una vez que logra verificar que el agente económico cumple con los exigentes requisitos dispuestos en Título II de la LGB. Sólo cuando la *autorización bancaria* se encuentra aprobada, el agente económico pasará a ser parte de las entidades sujetas a fiscalización de la CMF por ofrecer bienes y servicios bancarios.

32. En ese orden de ideas, otro de los grandes errores de la Sentencia ha sido no tener en consideración que el mercado bancario, que es aquel en que nuestra representada ofrece sus bienes y servicios, **es uno altamente regulado**. Ello se traduce, en palabras simples, en que no sea posible, salvo la exposición a grandes sanciones, que un banco pueda ofrecer servicios distintos a los bancarios, mientras que, por otro lado, ninguna empresa distinta a un banco puede ofrecer bienes o servicios que no estén permitidos para entidades no bancarias, pues, a *contrario sensu*, sería sancionado por la CMF y cometería un delito.

33. La CMF lleva un registro público en que se detalla cuáles son las entidades que, contando con una *autorización bancaria*, se encuentran facultadas para ofrecer bienes y servicios bancarios. Acompañamos un acta notarial de dicho registro a folio 319 de estos autos, y **dentro de él no figuran ni Falabella S.A ni Consorcio Financiero S.A.**, que son las empresas requeridas en autos. La decisión del H. Tribunal implica, en los hechos, **desconocer todo el marco normativo que regula el giro bancario en Chile**, así como la labor fiscalizadora de la CMF. Bajo esta lógica, tendríamos un banco que durante años habría operado fuera de su giro exclusivo, y empresas no bancarias que ofrecerían servicios financieros sin haber sido jamás sancionadas ni observadas por la autoridad competente.

34. **Lo anterior deja en evidencia la grave contradicción de la que adolece la Sentencia.** Si se argumenta que Consorcio Financiero y Falabella compiten en el mercado bancario, ello fuerza a concluir que lo hacen porque ofrecen bienes y servicios bancarios, que es el criterio económico que, como se vio *supra*, permite determinar que una empresa es *competidora* en un mercado determinado y es lo que, desde el punto de vista jurídico, debía probarse de acuerdo al claro tenor de la interlocutoria de prueba de autos. Sin embargo, la FNE nada probó de aquello y, además, omitió señalar que el mercado bancario está sometido a la regulación de la LGB y que se encuentra bajo la vigilancia y fiscalización de la CMF, en donde no consta en su registro público que Falabella o Consorcio Financiero, que son las empresas requeridas, cuenten con *autorización bancaria* para participar en dicho mercado.

35. En *segundo lugar*, es menester dejar por asentado que, desde la óptica del Derecho de la Libre Competencia, existe una importante *barrera legal a la entrada* que impide que cualquier agente económico que no cuente con una *autorización bancaria* pueda participar y competir en el mercado bancario por la vía de ofrecer bienes y servicios de dicha naturaleza. Es lo que señala el artículo 39 LGB, que prescribe que “*ninguna persona natural o jurídica que no hubiera sido autorizada para ello por ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o cualquiera otra forma*”.

36. La LGB es sumamente clara. **Nadie puede ofrecer bienes o servicios bancarios -y, por tanto, ser considerado un competidor en dicho mercado- si no cuenta con la autorización legal que para tales efectos otorga la CMF.** Dichos servicios se encuentran taxativamente enumerados en el artículo 69 LGB, no habiéndose demostrado por la FNE que Falabella o Consorcio Financiero los ofrecen en el mercado bancario.

37. La misma CMF se encargó de aclarar por medio del Oficio Ordinario N°34.263, de fecha 12 de abril de 2023, acompañado por esta parte a folio 323 de autos, que “**los bancos solo están autorizados a efectuar los giros u operaciones que les autoriza la Ley General Bancos (LGB) en su artículo 69, y a constituir las sociedades filiales definidas en los artículos 70 y siguientes de la citada ley.** Ninguno de dichos preceptos autoriza a los bancos a desarrollar el giro de asegurar riesgos en base a primas, el cual está expresamente reservado a las sociedades anónimas de giro exclusivo que establece el artículo 4 del DFL N°251 (el artículo 70 letra a) de la LGB los autoriza a constituir sociedades corredoras de seguros). Por su parte, **el giro bancario solo puede ser desarrollado por las sociedades anónimas constituidas al efecto, de acuerdo con el artículo 27 de la LGB, así como también las sucursales de bancos extranjeros, que constituyan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de dicho cuerpo legal**”<sup>18</sup> (énfasis añadido). Lo dicho por la entidad regulatoria bancaria no deja lugar a duda alguna.

38. Pero aún hay más. Tan limitada se encuentra la libertad de las empresas en este mercado, que el artículo 39 LGB, luego de establecer la prohibición de que ninguna persona natural o jurídica pueda ejercer el giro bancario si no ha sido autorizada para ello, impone una sanción penal para quienes ofrezcan bienes o servicios bancarios sin la comentada autorización, pudiendo ser castigadas “*con presidio menor en sus grados medio o máximo*”.

39. A este respecto, nuestro Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que “*la actividad bancaria y financiera es una actividad regulada (...) No deja zonas grises de ejercicio de libertad natural*”<sup>19</sup> (énfasis añadido), para luego sentenciar, respecto del tipo penal de ejercicio ilegal del giro bancario, que “*el tipo penal del artículo 39 de la LGB se basta a sí mismo. Sin necesidad de remisión alguna a otra norma legal o infralegal, se puede comprobar que los elementos base del tipo penal concurren en este precepto cuestionado.*

<sup>18</sup> Ver; Oficio Ordinario N°34.263 de la CMF, de fecha 12 de abril de 2023, acompañado por esta parte a folio 323 de estos autos, letra E).

<sup>19</sup> Ver; Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, de fecha 18 de julio de 2017, rol N°3.115-16, considerando 10°.

Identifica (...) acción genérica: *‘dedicarse al giro correspondiente a las empresas bancarias’* (énfasis añadido) <sup>20</sup>.

40. De ahí, entonces, que lo resuelto por la Sentencia al estimar que Falabella y Consorcio Financiero son competidores en el mercado bancario y que, por ende, ofrecen bienes y servicios en él -según exigía probar el auto de prueba-, sea un fallo grave e irresponsable. No sólo se ha sostenido, sin argumentos económicos sólidos ni prueba alguna que lo acredite, que Falabella o Consorcio Financiero ofrecen bienes y servicios bancarios, sino que, de seguirse su errada tesis, se llega a la irremediable conclusión que las empresas requeridas se han dedicado ilegalmente al giro correspondiente a las empresas bancarias por no contar con autorización para ello, cometiendo el delito tipificado el artículo 39 de la LGB. La conclusión es ineludible: la Sentencia construye su decisión sobre una premisa que contradice la ley, la práctica regulatoria y el sentido común.

**iii) Banco de Chile no ofrece, ni puede ofrecer, servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por los corredores de bolsa**

41. En el segundo punto de prueba establecido por el H. TDLC se exigió demostrar la *“efectividad de que Banco de Chile compita con Consorcio en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa”*<sup>21</sup>.

42. Ya dijimos *supra* que los bancos no pueden prestar servicios distintos a los de su giro bancario, pues ello se encuentra prohibido por la LGB y, además, no existe prueba alguna en autos de que lo haya hecho. Es lo que también aclaró la CMF en su Oficio Ordinario N°34.263, al señalar que *“los bancos solo están autorizados a efectuar los giros u operaciones que les autoriza la Ley General Bancos (LGB) en su artículo 69”*<sup>22</sup>. Por lo mismo, no es de sorprender que nuestra representada no aparezca dentro del registro público de la CMF en que se enumeran las empresas fiscalizadas que están autorizadas para ofrecer servicios de correduría de bolsas, el cual fue acompañado por esta parte a folio 320 de estos autos contenciosos.

43. Lo anterior debiera bastarse a sí mismo para concluir que Banco de Chile no ofrece, ni puede ofrecer, bienes o servicios propios de la intermediación de valores u otros prestados por los corredores de bolsa. Sin embargo, es posible agregar lo señalado por el profesor José Miguel RIED, en su Informe en Derecho acompañado en autos, quien señaló que *“el registro a que se refieren estas normas es el Registro de Corredores y Agentes de Valores que al efecto lleva la CMF y que está regulado en el artículo 26 de la LMV y en la Norma de Carácter General N°16 de la CMF (“NCG 16”). La NCG 16 resume lo que señala la LMV al disponer lo siguiente: ‘La Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores establece que son intermediarios de valores las personas naturales o jurídicas que se dedican a las operaciones de corretaje*

<sup>20</sup> Ver, Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, de fecha 18 de julio de 2017, rol N°3.115-16, considerando 28°.

<sup>21</sup> Ver, Resolución del H. TDLC, de fecha 9 de diciembre de 2022, que consta a folio 135 de estos autos contenciosos.

<sup>22</sup> Ver, Oficio Ordinario N°34.263 de la CMF, de fecha 12 de abril de 2023, acompañado por esta parte a folio 323 de estos autos, letra E).

de valores. Los intermediarios que actúan como miembros de una bolsa de valores se denominan corredores de bolsa y aquellos que operan fuera de bolsa, agentes de valores. El mismo cuerpo normativo dispone que sin perjuicio de las excepciones legales, **ninguna persona podrá actuar como corredor de bolsa o agente de valores sin que previamente se haya inscrito en los registros que para el efecto lleva la Superintendencia de Valores y Seguros**”<sup>23</sup> (énfasis añadido).

44. Agregó el profesor RIED que “el artículo 27 de la LMV, por su parte, establece que los corredores de bolsa que sean personas jurídicas deben tener como objeto exclusivo la intermediación de valores en operaciones de corretaje, sin perjuicio de poder realizar las demás actividades complementarias autorizadas el efecto por la CMF. Es decir, **la LMV no permite que nadie que no esté inscrito en el Registro pueda actuar como Corredor de Bolsa y, por otra parte, obliga a los corredores de bolsa personas jurídicas (no hay actualmente corredores personas naturales) a limitar su actividad exclusivamente al corretaje de valores**”<sup>24</sup> (énfasis añadido).

45. Conforme al propio marco normativo sectorial, ninguna de las tres empresas requeridas puede ofrecer válidamente bienes ni servicios en dicho mercado. La Sentencia recurrida omite por completo este dato esencial, el cual era exigido expresamente por el auto de prueba y cuya acreditación correspondía a la parte requirente. La FNE no probó que tales empresas se encontraran legalmente habilitadas para competir en ese rubro, ni que lo hayan hecho, por lo que —sólo por esta omisión— el requerimiento debió ser rechazado en su totalidad.

**iv) Banco de Chile no ofrece, ni puede ofrecer, servicios en el mercado de intermediación de seguros**

46. De conformidad con lo que hemos venido señalando, es claro que Banco de Chile se ve imposibilitado de prestar servicios distintos de los bancarios. Dicha limitación, como resulta lógico, también se extiende al mercado de intermediación de seguros.

47. En el citado Oficio Ordinario N°34.263 de la CMF, la entidad fiscalizadora manifestó en forma inequívoca que “ninguno de dichos preceptos [los contenidos en la LGB] *autoriza a los bancos a desarrollar el giro de asegurar riesgos en base a primas, el cual está expresamente reservado a las sociedades anónimas de giro exclusivo que establece el artículo 4 del DFL N°251 (el artículo 70 letra a) de la LGB los autoriza a constituir sociedades corredoras de seguros)*”<sup>25</sup>.

48. El cuerpo normativo aludido por la CMF no es otro que la denominada *Ley de Seguros* (DFL N°251), cuyo artículo 4° establece que “el comercio de asegurar riesgos a base de

<sup>23</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por José Miguel RIED, titulado “Aplicabilidad del interlocking indirecto en sociedades anónimas corredoras de bolsa”, acompañado por Consorcio Financiero a folio 398 de estos autos, p. 8.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ver, Oficio Ordinario N°34.263 de la CMF, de fecha 12 de abril de 2023, acompañado por esta parte a folio 323 de estos autos, letra E).

*primas, sólo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a éste, que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general” (énfasis añadido).*

49. Como puede apreciarse, Banco de Chile tampoco ofrece, ni puede ofrecer, bienes o servicios en el mercado de intermediación de seguros. Estimar lo contrario y señalar que nuestra representada compite en dicho mercado, implicaría llegar al absurdo de conjeturar que Banco de Chile cuenta, además, con una autorización para comercializar seguros y reaseguros, **lo que es incompatible el giro exclusivo bancario**.

v) ***Banco de Chile solamente ofrece, y puede ofrecer, bienes y servicios bancarios***

50. Lo que se ha dicho en las secciones anteriores permite concluir categóricamente que **Banco de Chile solamente ofrece bienes y servicios propios del giro bancario**. No se trata de un juego argumentativo: es jurídicamente imposible que ello suceda sin que la CMF se haya percatado de ello, ya que es la propia ley la que se encarga de prohibir a nuestra representada, y a cualquier otra entidad bancaria, competir en un mercado distinto al bancario.

51. En este sentido, desde un punto de vista estructural, **Banco de Chile se encuentra con una doble limitación de que la Sentencia no se hace cargo**. Por un lado, la regulación contenida en la LGB le prohíbe ofrecer bienes o servicios distintos de los bancarios, pues solo está autorizado para efectuar los giros u operaciones contemplados en el artículo 69 LGB, mientras que, por otro lado, las leyes sectoriales propias de los mercados de valores y de intermediación de seguros, exigen que los agentes económicos que participen en ellos cuenten también con una autorización de giro exclusivo, lo que es totalmente incompatible con la actividad bancaria.

52. Ello no impide que Banco de Chile pueda tener filiales que compitan en otros mercados relevantes, siempre que se trate de aquellos expresamente autorizados por el artículo 70 LGB, que contiene un listado taxativo de sociedades filiales que puede constituir un banco en el país.

53. Con todo, aquella posibilidad de constituir filiales se encuentra totalmente limitada. El aludido artículo 70 LGB se encarga de precisar que dichas filiales “*serán fiscalizadas por la Comisión y deberán sujetarse a las condiciones que ésta establezca para el desarrollo de dichas actividades mediante reglas de carácter general*”.

54. Agrega el artículo 70 LGB que “*la Comisión, mediante norma de carácter general, impartirá a las sociedades corredoras de seguros, que sean filiales de bancos o personas relacionadas al banco que actúen como corredoras de seguros, instrucciones destinadas a garantizar la independencia de su actuación*”.

55. Ha sido el propio legislador quien ha procurado asegurar la independencia de las filiales, con el fin de que actúen como agentes económicos autónomos en mercados distintos



al bancario. Así lo reflejan la NCG N°80 de la CMF (3 de abril de 1998), que establece medidas para garantizar la autonomía de las sociedades filiales de bancos en el mercado de intermediación de seguros, y la NCG N°420 (16 de octubre de 2017), que define un marco de supervisión para asegurar una conducta de mercado adecuada por parte de aseguradoras y corredores.

56. En consecuencia, es perfectamente lícito y permitido por la regulación sectorial que un banco sea matriz de algunas filiales, siempre que se trate de aquellas mencionadas en el artículo 70 de la LGB, como sucede en el caso de autos. Sin embargo, **el hecho de que un banco tenga filiales, no lo convierte en competidor en aquellos mercados en que éstas participan, ni lo faculta para ofrecer bienes y servicios distintos de los bancarios**. Ha sido el mismo legislador el que ha velado por la independencia y separación de dichas filiales, lo que reafirma que no pueden actuar como una “*única unidad económica*”, no solo porque se trata de mercados distintos, sino también por expresa disposición legal.

57. Precisamente, porque el giro bancario difiere por completo de aquel de las corredoras de bolsa y de seguros, debe entenderse que se trata de empresas distintas que operan en mercados relevantes también distintos. Que Banco de Chile, junto a Banchile Corredores de Bolsa y de Seguros, formen parte del *Grupo Quiñenco*, cuya presencia se extiende a diversos sectores de la economía nacional, no convierte por arte de magia a todas sus sociedades controladas y miembros de su grupo empresarial en competidoras entre sí. No debe perderse de vista esta realidad económica evidente: **Banco de Chile no ofrece bienes o servicios ajenos a su giro bancario, y las otras empresas requeridas no son sus competidoras**.

vi) *Banco de Chile no es la matriz de un grupo empresarial*

58. Como hemos dicho, Banco de Chile tiene un objeto exclusivo: **desarrollar actividades bancarias, conforme a lo dispuesto en la normativa que regula estrictamente su funcionamiento**. No actúa como matriz o empresa holding de un grupo empresarial como lo hacen Consorcio Financiero o Falabella, y solo puede dedicarse a su giro bancario de acuerdo a la ley.

59. En consecuencia, si lo que se pretende es establecer una equivalencia con Consorcio Financiero, resulta evidente que la sociedad homóloga en el presente caso sería Quiñenco S.A., que es la sociedad controladora de Banco de Chile y de las demás sociedades del grupo empresarial Quiñenco, al que pertenece, entre muchos otros, el Banco. Sostener lo contrario no solo es jurídicamente incorrecto, sino que además supone atribuir al Banco funciones estructurales que le están legalmente vedadas.

60. A partir de lo anterior, resulta particularmente grave que la Sentencia incurra en un razonamiento que, más que jurídico, parece acomodaticio: cuando se quiere responsabilizar a una filial, se le funde con su matriz para configurar una “entidad única competitiva”; pero si es la matriz la que resulta inconveniente sancionar, entonces se la disocia de su filial. Esta lógica de “*cherry picking*” sancionatorio no responde a criterios de coherencia doctrinaria ni



de aplicación rigurosa del derecho, sino a un afán de sancionar a toda costa, sacrificando estándares mínimos de tipicidad y legalidad.

61. Aún más revelador es que, si el señor Hernán Büchi hubiera sido director de tres bancos —esto es, de entidades que sí operan en un mismo mercado relevante—, no habría sido necesario extender la responsabilidad a las matrices de ellos. No obstante, como ese supuesto no se verifica, la Sentencia opta por forzar los hechos y el derecho, atribuyendo responsabilidad al Banco de Chile por un acto ajeno, que no solo escapa a su control, sino que además es ajeno a su giro y a sus capacidades institucionales.

## II. LA SENTENCIA HA INFRINGIDO MANIFIESTAMENTE LA LEY: BASTA COMPARARLA CON EL TIPO INFRACCIONAL Y LA PRUEBA PARA ARRIBAR A TAL CONCLUSIÓN

62. Luego de haber demostrado que el Banco de Chile no es la matriz de un grupo empresarial —es un banco que compite únicamente en el mercado bancario con otros bancos y no con sociedades de inversión—; que su giro exclusivo lo inhabilita para participar en los otros mercados relevantes en cuestión; y que su vinculación con otras entidades del grupo Quiñenco no basta para atribuirle una infracción que solo puede ser cometida por personas naturales, corresponde ahora abordar directamente la Sentencia recurrida, cuyas conclusiones vulneran gravemente los principios básicos del derecho sancionador y del derecho de la libre competencia.

63. La Sentencia sanciona al Banco de Chile a pesar de que los hechos que en ella se tienen por establecidos no satisfacen los elementos mínimos de tipicidad exigidos por el artículo 3° letra d) del Decreto Ley N° 211. En lugar de constatar los presupuestos que configuran el *interlocking* sancionable, el fallo incurre en una evidente desviación del tipo infraccional, extendiendo artificiosamente su alcance para así justificar una condena improcedente. En la práctica, **la Sentencia reformula el tipo, desbordando los límites que impone el principio de tipicidad, afectando gravemente la seguridad jurídica de los regulados, lo que hace necesaria la intervención de la Excma. Corte Suprema.**

64. Siendo así, y de manera totalmente inesperada e injustificada, **la decisión dividida, adoptada únicamente por dos de los cinco ministros que integran el H. Tribunal,** ha acogido un requerimiento carente de fundamento jurídico, atribuyéndose potestades que corresponden exclusivamente al legislador. En efecto, al condenar al Banco de Chile, el fallo no aplica el tipo infraccional vigente contenido en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, sino que crea *ex novo* una figura infraccional no prevista por el ordenamiento, alterando totalmente los elementos típicos de la conducta sancionada. Esta reinterpretación, expansiva y *contra legem*, vulnera abiertamente el principio de tipicidad en materia sancionatoria, y compromete seriamente la legitimidad de la decisión.

65. Bien es sabido que en el inciso 1° del artículo 3° del Decreto Ley 211 existe un tipo genérico o universal, que es llamado así por la doctrina<sup>26</sup> y la jurisprudencia del H. TDLC<sup>27</sup> y de la Excma. Corte Suprema<sup>28</sup> por su gran amplitud, el cual permite establecer la anticompetitividad de todas aquellas conductas que, infringiendo la Libre Competencia, no se encuentran recogidas en los tipos infraccionales específicos reglados en las letras a), b), c) y d) del artículo 3° en comento, siempre que se acredite que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, aplicando para determinarlo la denominada *regla de la razón*.

66. Sin embargo, en el caso de autos, la FNE basó toda su argumentación exclusivamente en el *interlocking* tipificado en la referida letra d), sin que se verificaran sus elementos de tipicidad y, pese a ello, decidió presumir que lo acusado era una figura *per se* contraria a la libre competencia, al punto de sostener en su requerimiento que “*no existe necesidad de realizar un análisis in extenso de la conducta ni de sus efectos anticompetitivos para ser antijurídica y sancionable*”<sup>29</sup>. Esto es relevante, pues todo el proceso se basó en dicha imputación, y la Sentencia señaló expresamente que se pronunciaba única y exclusivamente sobre ella.

67. De esta manera, al acoger tan espurio requerimiento, **la Sentencia decidió sencillamente no aplicar la ley**. Pese a no cumplirse con los elementos de tipicidad, los sentenciadores hicieron uso de la analogía para aplicar una regla *per se* que, en virtud del *principio de especialidad*, corresponde únicamente a aquellos supuestos de hecho que efectivamente puedan subsumirse en forma clara y evidente bajo los elementos de tipicidad contemplados en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, los cuales no se verifican en el caso de autos y no fueron acreditados por la FNE en la etapa probatoria.

68. Por ello, al aplicar extensivamente una sanción que no es de naturaleza genérica, el H. TDLC ha vulnerado manifiestamente la ley, **ha creado un nuevo tipo infraccional** y ha sancionado a nuestra representada por una conducta que no cometió ni pudo cometer.

**A. La Sentencia ha incurrido en una falsa aplicación de la ley, creando un nuevo tipo infraccional que vulnera el principio de tipicidad**

69. Como mostramos en el Capítulo I de este recurso, el tipo infraccional de *interlocking* que se encuentra expresamente reglado en la letra d) del artículo 3° del Decreto Ley 211 es sumamente claro. **Lo sancionado por la norma, sin más, es “la participación simultánea**

<sup>26</sup> Ver, por todos, VALDÉS, D. (2006) *Libre Competencia y Monopolio*, p. 241 y ss.

<sup>27</sup> Ver, a modo de ejemplo, la Sentencia H. TDLC N°57/2007, de fecha 12 de julio de 2007, considerando 26°. El H. TDLC señaló que “*el artículo 3° del Decreto Ley N°211 establece, en su inciso primero, un tipo general que contiene una descripción genérica de lo que constituye una infracción a dicha ley, expresando que incurre en ésta quien ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos*”.

<sup>28</sup> Ver, en este mismo sentido, la Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 20 de septiembre de 2012, en autos rol N°10.954-2011, considerando 6°. En particular, aclaró el Máximo Tribunal que “*un primer punto que cabe señalar es evidente, el artículo 3° en su inciso primero establece un injusto genérico, mientras que el inciso segundo señala diversos ejemplos*”.

<sup>29</sup> Ver, Requerimiento FNE, que consta a folio 4 de esto autos contenciosos, párrafo 70, p. 20.

de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”. De su lectura, se desprenden los siguientes elementos típicos:

Tipo infraccional de <i>interlocking</i> (artículo 3º, letra d) del Decreto Ley 211)	
Verbo rector	“Participar”
Calificación del sujeto activo	Que tenga el cargo de <i>director o ejecutivo relevante</i>
Calificación de la conducta	Que la participación se dé entre dos o más <i>empresas competidoras entre sí</i>

70. **Ninguno de estos requisitos exigidos categóricamente por la ley se cumple en el caso de autos.** Pero, para que los hechos puedan subsumirse en ellos, el H. TDLC sencillamente se ha permitido modificar el tipo infraccional a su antojo, vulnerando la ley tanto por la *tipicidad* misma de la norma, así como el *principio de especialidad* que ya ha sido reconocida por la Excm. Corte Suprema en esta sede.

71. La ilegalidad se acrecienta cuando se tiene en consideración que la propia Sentencia recurrida ha decidido delimitar el objeto del tipo infraccional infringido, señalando que “*cabe concluir que el objeto del requerimiento se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N°211. La mención al inciso primero de esa norma sólo se justificaría por la interpretación que hace la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre el ilícito genérico del inciso primero y los ilícitos establecidos en los literales del inciso segundo, sin que exista imputación a una infracción distinta o en carácter subsidiario, para el caso que los hechos no se subsuman en la hipótesis de la letra d)*”<sup>30</sup>, para luego agregar que “*en lo sucesivo se analizará si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N°211*”<sup>31</sup> (énfasis añadido).

72. Esto es sorprendente. Si bien el H. TDLC delimitó el análisis de los hechos solamente al tenor del artículo 3º letra d) del Decreto Ley 211, dado que eso fue lo acusado en el requerimiento, luego, al notar que no concurrieron los elementos del tipo infraccional que permitan condenar, decidió en virtud de la misma norma realizar una interpretación totalmente ilegal y carente de racionalidad jurídica y económica.

73. Los improcedentes esfuerzos de la Sentencia para sancionar un tipo infraccional inexistente, se deben a que la FNE presentó un requerimiento carente de toda fundamentación, a sabiendas de que se trataba de una conducta que no se encuentra tipificada en el artículo 3º letra d) del Decreto Ley 211. Por ello -si lo estimaba objetable- lo correcto habría sido cuestionarla en virtud del tipo genérico del inciso 1º de dicha norma, lo que no

<sup>30</sup> Ver, Sentencia, considerando 15º.

<sup>31</sup> Ibid., considerando 16º.

hizo<sup>32</sup>, ni tampoco acreditó en modo alguno los efectos competitivos de la conducta, ni actuales ni potenciales, por lo que, si ésta hubiese sido analizada de conformidad al tipo universal, el requerimiento necesariamente habría sido rechazado.

74. La única posibilidad que quedó a la decisión de mayoría, sesgada con el ánimo de sancionar a pesar de ser evidente que la conducta no es de aquellas tipificadas en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, fue la de realizar una interpretación *in extremis*, tan alejada del tipo infraccional que permite concluir que la Sentencia se permitió crear una nueva conducta anticompetitiva dentro de un *tipo infraccional especial*, e incluso considerarla *per se* contraria a la Libre Competencia a pesar de no estar establecida en la ley.

75. Como se señaló en el Capítulo I, los tipos especiales contemplados en las letras a), b), c) y d) de la norma en estudio son *tipos infraccionales especiales* y, por ello, deben ser interpretados de conformidad a su expreso tenor y en forma restrictiva.

76. Así lo señaló nuestra Excma. Corte Suprema, aclarando que “*haciendo aplicación del **principio de especialidad**, ante una conducta concreta a investigar, es preciso resolver si ésta se contempla en el inciso segundo y en el evento que no quede descrita en ellas, se debe recurrir al inciso primero. De esta forma, **la primera norma a aplicar es la comprensiva de las figuras especiales del inciso segundo y ante la falta de tipificación en ellas, se recurrirá a la prevista en el inciso primero**”<sup>33</sup> (énfasis añadido).*

77. La infracción a la ley de la Sentencia es manifiesta, pues **atenta contra el principio de tipicidad y el claro tenor del Decreto Ley 211**. En efecto, dos ministros decidieron condenar al Banco de Chile por una conducta que es imposible que cometa, exigiéndole, además, un deber de conducta no establecido en la ley, y en base a elementos típicos que no se verifican. Por lo mismo, **la Sentencia ha aplicado incorrectamente el principio de especialidad**, pese a que la conducta por la que condena no se encuentra descrita en el artículo 3°, letra d) del Decreto Ley 211.

78. No podemos tomar este asunto a la ligera. El yerro del H. TDLC es de tal magnitud, que esta nueva forma de crear “tipos infraccionales” por la vía de una Sentencia, sin que ellos estén descritos en la ley, pone en jaque la seguridad jurídica y, en definitiva, nuestro Estado de Derecho. En efecto, como bien señala CORDERO, la virtud de respetar el principio de tipicidad y la especialidad de las sanciones cumple con una doble función: “*por una parte, dada la complejidad de las materias, conductas y deberes que se imponen, es necesario que los particulares tengan la certeza de los ilícitos con el objeto de adecuar su conducta a lo exigido por la autoridad para no incurrir en alguna infracción. Al mismo tiempo, dicha*

<sup>32</sup> Ver; Requerimiento FNE, que consta a folio 4 de estos autos contenciosos, párrafo 70, p. 20. En concreto, señaló la FNE que “*no existe necesidad de realizar un análisis in extenso de la conducta ni de sus efectos anticompetitivos para ser antijurídica y sancionable*”.

<sup>33</sup> Ver; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 7 de septiembre de 2012, en autos rol N°2.578-2012, considerando 76°.

*conducta es en principio legítima, salvo que el legislador determine que debe ser prohibida y sancionada, cuestión de estricta reserva legal*”<sup>34</sup>.

79. Este es también el razonamiento que ha seguido consistentemente nuestra Excma. Corte Suprema, sentenciando que “*el principio de la legalidad requiere que tanto las conductas reprochables como las sanciones con que se las castiga estén previamente determinadas en la ley, con lo que se resguarda la garantía de la seguridad jurídica, desde que la descripción del comportamiento indebido pone anticipadamente en conocimiento del destinatario cuál es el deber a que debe ceñirse en su actuar*”<sup>35</sup> (énfasis añadido).

80. Nada de ello importó al H. TDLC. Con su errada interpretación se propone arrojar por la ventana los principios más básicos de la Libre Competencia, la imperativa regulación bancaria y, en definitiva, la seguridad jurídica.

81. En lo que sigue, se mostrarán las manifiestas vulneraciones a la tipicidad de la ley a las que ha incurrido la Sentencia.

**i) Banco de Chile no “participa” como director o ejecutivo relevante**

82. Reiteramos todo lo expuesto hasta este punto. Resulta jurídicamente imposible que una persona jurídica -como Banco de Chile- “participe” como director o ejecutivo relevante, por cuanto dicha calidad sólo puede recaer en una persona natural. Así lo admite incluso la propia Sentencia, al reconocer que fue el señor Hernán Büchi quien desempeñó dichos cargos y no Banco de Chile.

83. Sin embargo, de manera contradictoria, la Sentencia impone a Banco de Chile un estándar normativo inexistente en el tipo infraccional especial aplicado, reprochándole no haber “adoptado medidas” para hacer cesar una participación simultánea que no era suya, y que se consumó por la acción de un tercero al aceptar el cargo de director en una empresa distinta al Banco de Chile, en circunstancias que ni el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 lo exige, ni existe poder jurídico alguno para hacerlo.

84. La única forma posible por la cual Banco de Chile puede ser considerado como sujeto activo de la norma es transgrediendo su expreso tenor literal, desvirtuando su clarísima tipicidad y recurriendo a la construcción de un *nuevo tipo infraccional* allí donde no lo hay<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Eduardo CORDERO, titulado “*El interlocking como ilícito anticompetitivo y sus alcances en el Derecho Chileno*”, acompañado por esta parte a folio 301 de estos autos, p. 23.

<sup>35</sup> Ver, Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 14 de noviembre de 2023, en autos rol N°3.330-2023, considerando 9°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 29 de junio de 2023, en autos rol N°20.237-2023, considerando 9°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 16 de mayo de 2022, en autos rol N° 134.225-2020, considerando 7°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 24 de febrero de 2022, en autos rol N°2.889-2020, considerando 14°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 12 de julio de 2021, en autos rol N°62.794-2020, considerando 13°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 15 de junio 2020, en autos rol N°22.970-2019, considerando 9°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 5 de mayo de 2020, en autos rol N°28.223-2019, considerando 9°; Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 12 de marzo de 2019, en autos rol N°20.380-2018, considerando 9°; entre muchas otras sentencias que concluyen lo mismo.

<sup>36</sup> Esto termina impactando en la prescripción. En efecto, el fundamento que permite al fallo eludir la prescripción legalmente establecida se construye sobre una ficción: que existiría una *infracción continua*, prolongada en el tiempo, por el solo hecho de mantenerse el supuesto *interlocking*. Sin embargo, esa continuidad

85. Si se pretendía exigir a las empresas *deberes de prevención o de vigilancia*, ello debió hacerse bajo el tipo genérico del inciso 1° del artículo 3° del Decreto Ley 211, acreditando que dicha conducta impedía, restringía o entorpecía la Libre Competencia, o tendía a producir dichos efectos. Ni la FNE ni la Sentencia siguieron ese camino, optando en cambio por reinterpretar -y desnaturalizar- una norma de tipicidad cerrada, que la Sentencia califica como “*per se*” contraria a la Libre Competencia, lo que infringe gravemente el principio de legalidad.

86. Si el legislador hubiera querido incorporar en el tipo infraccional el deber a la persona jurídica de “poner término” al *interlocking* -por un acto sobreviniente de un tercero en que no tuvo participación-, con mayor razón tendría que haber dado un plazo a la empresa para hacer lo necesario para poner término a tal participación. No lo hizo porque **claramente estableció un tipo infraccional especial que sanciona únicamente a la persona natural que participa en dichos cargos**; y también porque sabía que no es la sociedad sino los accionistas quien nombra a los directores.

*ii) Ausencia absoluta del elemento volitivo de Banco de Chile en la conducta que se pretende sancionar*

87. La Sentencia no sólo ha creado un tipo infraccional contraviniendo la Ley, sino además, la figura típica bajo la cual se impone injustamente la sanción no puede ser atribuida a Banco de Chile, sencillamente porque no puede ser consumada por este. Veamos.

88. Supongamos, por un momento, que Banco de Chile hubiera tomado las acciones que la Sentencia indica para hacer cesar la participación del director: ¿Habría ello impedido que se consumara el supuesto ilícito?

89. Es claro que el ilícito sancionado se consuma cuando se produce la participación simultánea de una persona en el cargo de director o ejecutivo relevante en empresas competidoras entre sí, y eso ocurre en el instante preciso en que el director acepta el cargo en la segunda sociedad. Este es un hecho personalísimo del director persona natural, y no hay norma alguna que otorgue un plazo de gracia para corregir la situación, como exigiría el criterio de la Sentencia. Si lo hay cuando por hecho sobreviniente se alcanza por la sociedad el límite de ventas que convierte en ilícito un *interlocking* directo horizontal, pues señala el tantas veces citado artículo 3 letra d) del Decreto Ley que “*con todo, solo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos contados desde el término del año*

---

solo podría predicarse respecto de quien participa activamente en la conducta infraccional —esto es, quien detenta simultáneamente cargos de director o ejecutivo relevante en empresas competidoras— y no respecto de un tercero ajeno a esa participación, como es Banco de Chile.

Nuestra representada no ejecutó la conducta infraccional, no designó al director común, no controló su permanencia en el cargo, y carece de potestad jurídica para removerlo. No existe omisión sancionable alguna, pues no puede exigirse un deber de actuación donde no hay ni norma que lo imponga ni facultad legal para cumplirlo. Por ende, si no hubo conducta activa ni omisión imputable, no puede haber infracción continua.

Aceptar esta tesis no solo extiende ilegítimamente el tipo infraccional más allá de su tenor literal, sino que también vulnera abiertamente el plazo de prescripción establecido en el artículo 20 del Decreto Ley 211, transformando una infracción simple y cerrada en una figura perpetua y difusa. Esta distorsión compromete seriamente el principio de legalidad y afecta la seguridad jurídica que debe resguardar todo procedimiento sancionador.



*calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”.*

90. En efecto, la Sentencia en su consideración 177°, deja entrever claramente que la configuración del ilícito se produce por un acto del director: *“Si por alguna razón, demostrable, habiéndose hecho las prevenciones pertinentes, el director cuya permanencia supone un ilícito no renuncia (...)”*. En otras palabras, aquello que configuraría el ilícito se vincula con el hecho de **ser** director (que primero acepta el cargo y luego no renuncia a él). En atención al tenor de la norma en cuestión, resulta evidente que este hecho infraccional, *“participación”*, debe darse simultáneamente en a lo menos dos empresas, lo que comprende dos situaciones sucesivas, una en cada empresa. De tal modo que los actos que involucren la configuración de la calidad de director o ejecutivo relevante en la primera de ellas, por definición, no puede configurar el ilícito. En este sentido el hecho de constituirse Hernán Büchi como asesor de Banco de Chile en el año 2008 es absolutamente legítimo y lícito.

91. Entonces, el análisis se circunscribe únicamente a los actos que involucren la configuración de la calidad de director en la segunda empresa -en Falabella en el año 2014- y si aquellos pueden ser, siquiera remotamente, atribuibles a Banco de Chile. Entre los actos que permiten configurar la calidad de director se encuentra, por una parte, el nombramiento, y por la otra, la aceptación: El director debe ser nombrado por un grupo de accionistas -de Falabella- y luego aceptar esa designación para adquirir tal calidad.

92. Por tanto, extremando hasta el absurdo la atribución de responsabilidad, cabe formularse la siguiente pregunta ¿Se puede hacer responsable a Banco de Chile por los actos que permitieron a Hernán Büchi adquirir la calidad de asesor en el año 2008, luego de que éste adquiriera -años más tarde- el cargo de director en otras empresas?

93. Con relación al **acto de nombramiento**, la Sentencia afirma en su consideración 174° que es la Junta de Accionistas la que efectúa el nombramiento del director, y que aquel acto sería atribuible a la sociedad. Esto es un error. En realidad, son los propios accionistas quienes, en *calidad de tales* y actuando según su *mejor interés* participan en esta designación, NO la Junta actuando como órgano y por mayoría. Por lo tanto, el nombramiento del director no es un acto que se pueda atribuir a la sociedad a través de su órgano Junta de Accionistas. Este acto particular, a su respecto, es de un tercero: el accionista que nombra al director. Así lo han reconocido los informes en derecho de los profesores Enrique ALCALDE<sup>37</sup> y José Miguel RIED<sup>38</sup>, reconocidos expertos en la materia. Mucho menos podría atribuírsele el nombramiento que han hecho algunos accionistas de Falabella.

94. Con relación a la **aceptación del cargo en la segunda sociedad**. Este es el acto que en definitiva configura la consumación del ilícito, y se encuentra evidentemente fuera de la

<sup>37</sup> Ver, Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Enrique ALCALDE, titulado *“Informe legal sobre la procedencia de atribuir a una sociedad anónima en sede de Libre Competencia por la infracción de interlocking”*, acompañado por Consorcio a folio 399, p.14.

<sup>38</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor José Miguel RIED, acompañado por Consorcio a folio 397, pp. 9-11.

órbita de control de Banco de Chile, pues se trata de un acto *personalísimo* de Hernán Büchi, que la sociedad no puede impedir. En efecto, Hernán Büchi aceptó las respectivas designaciones en las otras sociedades y, aunque parezca obvio, debemos decir que **no lo hizo en calidad de representante de Banco de Chile**.

95. Otra conducta que la Sentencia injustamente reprocha a Banco de Chile es no haber hecho cesar la participación de Hernán Büchi en el directorio, previa citación a una junta de accionistas en la que se procediera a la revocación y renovación de este, sin designar al señor Büchi. Esta es la única fórmula que encuentra la Sentencia para establecer la responsabilidad de Banco de Chile, ya que, de hecho, reconoce que la administración social no tiene atribuciones para revocar a un director<sup>39</sup>. No obstante, tal como señala el informe del profesor ALCALDE, aquella decisión también es privativa de los accionistas -no de la Junta-, quienes -incluso si la junta revoca al directorio y efectúa una nueva elección, podrían perseverar en el nombramiento del director-infractor y este, nuevamente aceptar el cargo<sup>40</sup>, no sin antes haberse cumplido los respectivos *quóruns* para celebrar la junta y asegurar que en ella se vote y apruebe la revocación y renovación del directorio.

96. En definitiva, en este respecto Banco de Chile carece no sólo del control sobre el resultado que la Sentencia reprocha no haber evitado, sino que tampoco concurre en su consumación. De modo tal que **ninguno de los actos** que configuran el supuesto ilícito, asumiendo que pudiera una persona jurídica ser responsable de ellos, **pueden ser atribuidos a Banco de Chile, y, en consecuencia, su responsabilidad queda absolutamente excluida.**

*iii) Banco de Chile no es competidor de Consorcio Financiero S.A. ni de Falabella S.A. en ningún mercado*

97. Como vimos en el Capítulo I de esta reclamación, no existe ningún argumento económico que permita concluir que Banco de Chile sea competidor con Consorcio Financiero y Falabella en algún mercado relevante, y la FNE no probó lo contrario en estos autos.

**a) Falabella y Consorcio Financiero no son bancos**

98. La razón es evidente. Ni Falabella ni Consorcio Financiero cuentan con *autorización bancaria*. Banco de Chile sí la tiene, y por aquel motivo solamente está facultado por ley para ofrecer bienes y servicios bancarios. Si decide contravenir dicho deber legal, nuestra representada se vería expuesta a perder su licencia bancaria.

99. Ninguna de estas incongruencias pareciesen importar en la Sentencia. En ella, indirectamente se dice que Falabella y Consorcio Financiero son bancos y, por su parte, que Banco de Chile es intermediador de valores y de seguros. No cabe otra interpretación, porque el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 exige que las empresas en que se da la participación

<sup>39</sup> Ver, Sentencia, considerando 180°.

<sup>40</sup> Ver, Informe en Derecho elaborado por el profesor Enrique ALCALDE, titulado “Informe legal sobre la procedencia de atribuir a una sociedad anónima en sede de Libre Competencia por la infracción de *interlocking*”, acompañado por Consorcio a folio 399, p.18.

sean “*competidoras entre sí*”, y recuérdese que para que haya competencia se requiere que las empresas en cuestión ofrezcan bienes y servicios dentro de un mismo mercado relevante, y eso es lo que el propio H. Tribunal exigió acreditar en la interlocutoria de prueba.

100. Si se quiere imputar la infracción a las empresas en que se da la participación simultánea, como pretende erróneamente la Sentencia -y no solo a la persona natural-, entonces lo mínimo que puede pedirse es que las empresas “*competidoras entre sí*” sean las requeridas, y aquí solo se requirió a un banco, a ninguna empresa corredora de bolsa y a ninguna empresa corredora de seguros. Insólito.

**b) La Sentencia ha aplicado la doctrina de la “unidad económica” incorrectamente, porque ella no es una metodología económica que sirva para determinar que una empresa ofrece bienes y servicios en un mercado relevante determinado**

101. Para llegar a la aseveración de que Banco de Chile, Falabella y Consorcio Financiero son “*empresas competidoras entre sí*”, el H. TDLC recurrió a la **doctrina de la única unidad económica**, por estimar que las matrices y filiales no son independientes entre sí. Sin embargo, esa es una teoría jurídica (y no económica) que **solamente tiene por finalidad atribuir responsabilidad anticompetitiva**, pero no permite -ni tampoco puede- determinar si dos o más empresas son competidoras entre sí, pues **para ello necesariamente debe recurrirse a las diversas metodologías económicas ampliamente reconocidas por el Derecho de la Libre Competencia para determinar que empresas son competidoras en determinado mercado relevante**

102. En este sentido, ninguno de los métodos económicos afianzados en esta sede permite dar cuenta que Banco de Chile ofrece bienes o servicios distintos de los bancarios, tal como demuestra el Informe de FK Economics<sup>41</sup>. La FNE tampoco aportó prueba que lo acreditara. Se trata de un asunto de sentido común: **nuestra representada solamente compite con otros bancos, y ningún otro banco fue requerido en estos autos, porque el señor Hernán Büchi no fue director de ninguna otra entidad bancaria.**

103. La Sentencia, para intentar fundar esta conclusión tan extraña, señaló que la interpretación del tenor literal contemplada en el artículo 19 del Código Civil no se basta a sí mismo porque la expresión “*empresa competidora*” aludida en el artículo 3°, letra d) del Decreto Ley 211 “*no puede calificarse como una norma con un sentido claro*”<sup>42</sup>.

104. Lo anterior es errado por los siguientes dos motivos.

105. En *primer lugar*, la norma tiene una claridad tremenda y su propio sentido y finalidad permiten concluir que necesariamente debe atenderse al concepto común y restringido de “*empresa*”, y no a un *ser imaginario* compuesto de infinitas posibles personas jurídicas que son “un todo” por tratarse de una “*única unidad económica*” que, por lo demás, participa en mercados relevantes distintos.

<sup>41</sup> Ver, Informe económico de FK Economics, acompañado por esta parte a folio 305 de estos autos, pp. 44-50.

<sup>42</sup> Ver, Sentencia, considerando 48°.

106. Ello se debe a que el ilícito infraccional se basa en la participación de una persona natural que tiene simultáneamente el cargo de director o ejecutivo relevante. Si, tal como pretende la Sentencia, el concepto de “empresa” es reemplazado por el de “*única unidad económica*”, **se llegaría a la absurda e incomprensible conclusión de que sería posible ser director de un ente abstracto; de una entelequia compuesta por varias personas jurídicas vinculadas entre sí por razones de control y no económicas.**

107. La única alternativa posible es que se haya logrado acreditar que don Hernán Büchi haya sido director de todas las empresas que compiten entre sí. Pero ello no sucede en los hechos, ni tampoco fue acreditado por la FNE, porque lo único que se logró probar, por no tratarse de un hecho controvertido, es que el señor Büchi era director de Banco de Chile, Falabella y Consorcio Financiero (que no son bancos), pero no lo era de una “*única unidad económica*”.

108. Hay que volverlo a decir. **No se puede ser director de una “única unidad económica”.** Ello debiera bastar para delimitar el ámbito de empresa al de persona jurídica, porque **ha sido el legislador, y no la doctrina y jurisprudencia del Derecho de la Libre Competencia, el que manifiestamente ha delimitado dicho concepto a uno específico.**

109. Por lo anterior, si bien es correcto afirmar que la noción de empresa para el Derecho de la Libre Competencia no necesariamente coincide con la conceptualización formal de persona jurídica, el tenor literal del ilícito de *interlocking* sancionado por el Decreto Ley 211 exige su interpretación coherente y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, y el señor Hernán Büchi no era ni podía ser director de una “*única unidad económica*”, solo de empresas constituidas como personas jurídicas.

110. En *segundo lugar*, **la propia Sentencia reconoce -correctamente- que la teoría de la única unidad económica únicamente tiene por objeto atribuir responsabilidad, pero no determinar competencia entre empresas**, señalando “*la responsabilidad respecto de una eventual infracción debe recaer, ya sea, sobre aquella persona jurídica que ejecuta la actividad considerada ilícita, ya sea, aquella donde en su seno se adoptan las decisiones, toda vez que configuran un núcleo de decisiones común” (énfasis añadido)<sup>43</sup>.*

111. Nada de esta teoría de la única unidad económica tiene que ver con la competencia. No hay que dejarse llevar por el sesgo sancionador. El tipo infraccional exige que el cargo de director lo sea, simultáneamente, entre dos o más empresas competidoras entre sí, y aquella “*actividad considerada ilícita*” que se pretende sancionar no existe si no hay un director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras entre sí.

112. Es decir, tal como señala la Sentencia, lo que pretende la doctrina de la única unidad económica es sancionar al que verdaderamente cometió un ilícito real y existente y no determinar competencia entre empresas. Si al descorrer el velo corporativo nos damos cuenta

<sup>43</sup> Ver, Sentencia, considerando 62°.

que no existe ningún director común en empresas que sean competidoras entre sí; es evidente que no hay responsabilidad alguna que atribuir ni a la matriz ni a la filial.

113. Es por eso que en nuestra defensa aludimos a la figura del *interlocking* horizontal directo. Es cierto que el Decreto Ley 211 no señala expresamente que lo sancionable es un *interlocking* horizontal directo o uno indirecto, pero si caemos en ese juego argumentativo, entonces tampoco podría llamarse a tal figura *interlocking*, porque el legislador no la ha llamado así.

114. Lo que ocurre es que la hipótesis contemplada en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, esto es, “*la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí*”, coincide con lo que la doctrina, tanto nacional como extranjera, conoce como *interlocking* horizontal directo. Su particularidad, y esto es lo que distingue a tal figura del *interlocking* horizontal indirecto, es que se exige que las empresas en que se produce sean competidoras entre sí.

115. Así lo señaló también el Ministro Paredes en su voto disidente, dando cuenta que “*la terminología usada que diferenció firmas competidoras, de grupos económicos a los que pertenecían, sólo tiene sentido para establecer una separación conceptual entre interlocking directo e indirecto*”<sup>44</sup> (énfasis añadido).

116. Tanto es así que, incluso hasta el día de hoy, la FNE tiene en su página web una descripción del tipo infraccional en discusión, señalando que “*su forma más directa, cuando una misma persona ejerce dichos cargos en dos empresa competidoras, se encuentra expresamente prohibida por el artículo 3 letra d) del DL 211 (...) Lo anterior, sin perjuicio de que formas indirectas de interlocking, o casos en que no se superen dichos umbrales, puedan ser objeto de revisión de sus riesgos o efectos en la libre competencia, en virtud del artículo 3° inciso 1° de la misma norma*”<sup>45</sup> (énfasis añadido).

117. La norma no habla de “únicas unidades económicas”, ni tampoco de “fuerzas competitivas” entre sí. El legislador fue claro y sabe escribir: **debe tratarse de empresas competidoras entre sí, y el señor Hernán Büchi no fue director de varias “unidades competitivas” sin personalidad jurídica, ni ello es posible.**

118. Lo que verdaderamente sucede es que **el señor Büchi fue director de tres empresas que no son competidoras entre sí.** En concreto, los mercados supuestamente afectados por la conducta injustamente sancionada, de acuerdo con lo dicho expresamente por la FNE en su requerimiento, y a lo que se estableció claramente en la interlocutoria de prueba, fueron: (i) el mercado bancario; (ii) el mercado de intermediación de valores; y, (iii) el mercado de intermediación de seguros. De tales mercados, el señor Büchi solamente ha sido director de una empresa competidora: Banco de Chile, pero de ninguna otra. Así se muestra en la siguiente tabla.

<sup>44</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, párrafo 4°.

<sup>45</sup> Ver, <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/interlocking/> [en línea]

Mercados supuestamente afectados por la conducta		
Mercado relevante	Empresas competidoras entre sí	¿Era Hernán Büchi director de alguna de ellas?
Mercado bancario	<ul style="list-style-type: none"><li>- Banco de Chile</li><li>- Banco Falabella</li><li>- Banco Consorcio</li></ul>	Sí, pero <b>sólo</b> de Banco de Chile.
Mercado de intermediación de valores	<ul style="list-style-type: none"><li>- Banchile Corredores de Bolsa S.A.</li><li>- Consorcio Corredores de Bolsa S.A.</li></ul>	NO
Mercado de intermediación de seguros	<ul style="list-style-type: none"><li>- Banchile Corredores de Seguros Limitada.</li><li>- Falabella Corredores Limitada.</li></ul>	NO

119. La infracción a la tipicidad de la norma es evidente. En ella se exige que el cargo de director o ejecutivo relevante ocurra simultáneamente entre dos o más empresas que sean “competidoras entre sí”, vale decir, debe verificarse que dichas empresas ofrecen bienes o servicios sustituibles dentro de un mismo mercado determinado y concreto. En el caso de autos resulta innecesario cualquier esfuerzo argumentativo: **Hernán Büchi solamente fue director de una empresa -Banco de Chile-, de todas aquellas que “compiten entre sí” en los mercados relevantes supuestamente afectados.**

120. Si el señor Büchi solamente ha sido director de empresas que no son competidoras entre sí, **es claro que no se cumple con el tipo infraccional del artículo 3 letra d) del Decreto Ley 211 a su respecto.**

121. Distinto sería el caso en que existiera la participación simultánea de la persona natural en las empresas que realmente son competidoras entre sí. En este supuesto, y suponiendo que ellas pudieran ser sancionadas por esa participación, se podría sancionar a esa empresa o a su matriz (no a ambas), aplicando la tesis de “única unidad económica” de la Sentencia.

122. Por ello, si el señor Büchi hubiera sido director de dos bancos -no lo fue-; o de dos intermediadoras de valores, o de dos corredoras de seguros -tampoco lo fue-; pudieran ser sancionados los bancos o corredoras en que se da esa participación simultánea -no pueden- y se aplicara estrictamente la doctrina de la “única unidad económica” en la forma señalada en la Sentencia, entonces se podría sancionar a las matrices por los hechos de sus filiales si se cumplieran todos los requisitos de la doctrina de la única unidad económica, como bien señala, pero mal aplica la Sentencia.



**iv) Si el interlocking contemplado en el Decreto Ley 211 es una infracción per se, debe ser analizado e interpretado restrictivamente**

123. La Sentencia acogió la tesis de que el tipo infraccional sancionado en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 es un ilícito “*per se*”, señalando que “*la conducta descrita en la letra d) no incluye referencia alguna a sus efectos en el mercado, sean actuales o potenciales*”<sup>46</sup>, agregando que “*la conducta corresponde a lo que cierta doctrina llama una infracción per se, entendido este concepto como una hipótesis de hecho que no depende de otras condicionantes -como sus efectos en el mercado- para ser caracterizada como ilícita*”<sup>47</sup>.

124. Sin embargo, la Sentencia no se hizo cargo de señalar los motivos por los cuales decidió aplicar un estatuto *per se* a una hipótesis en la cual no se verificaban los elementos típicos sancionados por la norma, lo que es sumamente grave.

125. En otras palabras, la Sentencia calificó como *per se* anticompetitiva una conducta que no se enmarca en el tipo infraccional. Peor aún, lo que se estimó que es *per se* atentatorio contra la Libre Competencia es una supuesta *omisión* de Banco de Chile por no haber adoptado las medidas necesarias para que el señor Hernán Büchi abandone el cargo de director, a pesar de no serlo, en empresas “*competidoras entre sí*” como lo exige el tipo infraccional<sup>48</sup>. **Lo per se, entonces, sería una infracción a un deber de cuidado que no se encuentra establecido en el Decreto Ley 211.**

126. Muy especialmente, las conductas a las que se aplica la regla *per se* **deben ser interpretadas en forma restrictiva, no pudiendo extenderse a hipótesis no consagradas en la ley.**

127. Podemos tomar como ejemplo el Derecho Norteamericano, que es aquel ordenamiento en el que la regla *per se* encuentra su origen. En aquel sistema jurídico, la regla *per se* es considerada como una de *línea clara* o *bright line*, siendo menester que concurren los claros hechos infraccionales para aplicar la sanción, sin que se haga necesario efectuar ningún análisis de mercado. Pero, para que aquello suceda, como bien señala el profesor KOVACIC, es necesario que las normas sean claras y reflejen un profundo conocimiento, basado en la teoría y la experiencia, a fin de evitar que sean excesivamente amplias y que condenen conductas que no son intrínsecamente anticompetitivas<sup>49</sup>.

128. Un ejemplo de regla *per se* es aquella que exige a los vehículos detenerse completamente cuando hay un semáforo en rojo. Si bien es posible que un conductor pueda cruzar la intersección saltándose el semáforo de forma segura, si la calle contraria está vacía,

<sup>46</sup> Ver, Sentencia, considerando 39°.

<sup>47</sup> *Ibid.*, considerando 40°.

<sup>48</sup> Ver, Sentencia considerando 180°. El H. TDLC estimó que la infracción al ilícito de *interlocking* reglado en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 se debió a que “*el estándar de conducta exigía que las sociedades requeridas adoptaran acciones o medidas concretas de cumplimiento normativo para hacer cesar la participación de Hernán Büchi en el directorio, o bien, requerir su renuncia al directorio de su competidora*”.

<sup>49</sup> Ver, KOVACIC, W. (2021) “The future adaption of the per se rule”, en *Columbia Business Law Review*, Vol. 2021, N°. 1-33, p. 41.

lo cierto es que, al tratarse de una norma de naturaleza estricta, basta con su infracción para que el conductor sea sancionado. Con todo, para ello se requiere que exista una norma clara que establezca una sanción a todo aquel que no respete la luz roja, no siendo concebible, verbigracia, condenar a por esa conducta a un conductor que ha pasado por una intersección en que no hay semáforo.

129. Algo similar ocurre en el caso de autos. La norma *per se* a la que alude el H. TDLC solamente sanciona “*la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí*”. Por lo mismo, la no concurrencia de alguno de sus elementos típicos, como lo es la “*participación simultánea*” de Banco de Chile como director, o que las requeridas no sean “*empresas competidoras entre sí*”, impide cabalmente que tenga lugar la aplicación de la regla *per se*. La norma *per se* debe ser sumamente clara, una “*bright line*”, y es evidente que nuestra representada no infringió el claro tipo infraccional.

130. Así lo concluyeron, por lo demás, los informantes IRARRÁZABAL y KRAUSE, así como el señor GOLDENBERG, citados frecuentemente por el H. Tribunal en la Sentencia.

131. En efecto, para los señores IRARRÁZABAL y KRAUSE, “*interesa poner de manifiesto que las reglas per se si bien son más simples y fáciles de aplicar, **generan importantes riesgos de error tipo 1**: su formalismo y simpleza determinan que, en muchos casos resulten sobre-inclusivas y que terminen prohibiendo y sancionando comportamientos neutros o que derechamente son beneficios para la libre competencia, con la consiguiente pérdida para el bienestar social. **Ello se traduce en que deban ser reservadas de manera excepcional para las clases de comportamiento en relación con los cuales existe una evidencia acumulada y clara de su carácter evidentemente anticompetitivo, así como que deben ser interpretadas y aplicadas de manera estricta***”<sup>50</sup> (énfasis añadido).

132. En un sentido similar opinó el señor GOLDENBERG en el Informe en Derecho acompañado por la FNE en estos autos, quien luego de estimar que se trata de una figura *per se*, señaló que “*el artículo 3º, inciso segundo letra d) del DL 211 tipifica una infracción a la libre competencia y, por tanto, y como toda infracción, su supuesto debe ser interpretado restrictivamente, ciñéndose de manera rigurosa al genuino sentido y alcance de la norma que se desprende de su tenor literal*”<sup>51</sup>.

133. Ambos informantes fueron abundantemente citados en la Sentencia, particularmente por su recepción de la regla *per se*. Sin embargo, la Sentencia solamente recogió ciertos extractos para su infundada tesis, y ni siquiera se hizo cargo de dar argumentos para aclarar por qué se aplicó el estatuto *per se* a una conducta que no es la sancionada por el artículo 3º letra d) del Decreto Ley 211, tal como lo concluyeron los informantes recién citados, y todos los demás. Por lo demás, ella fue una de las alegaciones de nuestra defensa del fondo, cuando

<sup>50</sup> Ver; Informe en Derecho elaborado por Felipe IRARRÁZABAL y María Soledad KRAUSE, que consta a folio 396 de estos autos contenciosos, pp. 20 y 21.

<sup>51</sup> Ver; Informe en Derecho elaborado por Juan Luis GOLDENBERG, que consta a folio 207 de estos autos contenciosos, p. 39.

señalamos que “*las infracciones per se contrarias a la libre competencia (o de efectos muy similares a un per se, como en nuestra opinión sería ésta), por definición deben interpretarse restrictivamente y sólo pueden ser infracciones objetivas a una norma clara y concluyente*”<sup>52</sup>.

134. **El Ministro Paredes, en su voto disidente fue sumamente enfático en señalar que no debe aplicarse una regla per se a la conducta acusada en autos.** Hizo presente que si bien un sistema de ilegalidad *per se* puede traer como beneficios la reducción de costos de litigación, la interpretación de la Sentencia sería errada pues supone que, en el caso de autos, el H. Tribunal “*deba calificar si la relación matriz filial es lo “suficientemente cercana” como para considerar que un caso de interlocking indirecto, como es el que concierne al requerimiento de autos, llega a ser equivalente a uno directo y, por ende, que determine si debe aplicarse a matrices una regla hecha para empresas directamente competidoras. Aceptar aquello requeriría al Tribunal definir puntos críticos de participación en la propiedad, de su dispersión, analizar el trabajo y foco de los directores de la matriz y los de la filial, entre otros, a la vez de omitir el análisis de los eventuales efectos. Ello, como criterio general, iría en contra del sentido de promulgar una regla de ilegalidad per se pues requeriría de una investigación sustancialmente más profunda incluso de la necesaria como “una mirada rápida” que flexibiliza la rígida visión de la regla per se*”<sup>53</sup> (énfasis añadido).

135. Los argumentos del Ministro Paredes son claros y contundentes. La conducta acusada, que claramente corresponde a un *interlocking* indirecto, requiere de un análisis mucho más profundo para determinar su ilicitud, lo que es totalmente incompatible con la figura “*per se*”, en que la conducta ilícita debe ser de línea clara o *bright line*.

## **B. La Sentencia ha incurrido en una falsa interpretación de la ley**

136. La Sentencia, pretendiendo realizar una interpretación de la ley, lo que hace es crear un *nuevo tipo infraccional* inédito e inexistente a la fecha. No importa cuáles de las reglas de interpretación de la ley consagradas en los artículos 19 a 24 Código Civil sean utilizadas: ninguna de ellas permite concluir que lo sancionado pueda subsumirse en el tipo infraccional de *interlocking* establecido en el Decreto Ley 211.

137. Esta falsa interpretación de la ley en que ha incurrido la Sentencia influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque de haberse realizado una correcta labor hermenéutica, necesariamente se habría llegado a una sentencia absolutoria.

138. No solamente se infringió el orden consecutivo que debe darse a las reglas de interpretación de la ley, sino que, además, se las utilizó incorrectamente y con un solo propósito: sancionar sin fundamento alguno para ello, como se verá a continuación.

<sup>52</sup> Ver, Contestación de Banco de Chile, que consta a folio 73 de estos autos contenciosos, p. 8.

<sup>53</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, considerando 9°.

**i) Errónea aplicación del elemento gramatical**

139. El tenor literal del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 es claro. Lo que se sanciona no es otra cosa que “*la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí*”.

140. Como ya se ha explicado latamente, el verbo rector y elemento más importante de la tipicidad de la norma es la “*participación*” de una persona natural. Dicho sujeto activo es calificado, porque para que haya ilicitud quien “participe” debe ser un *director* o *ejecutivo relevante*, y la ley añade un grado más de calificación de la conducta: la participación debe darse, *simultáneamente*, en “*dos o más empresas competidoras entre sí*”.

141. Es así de sencillo. No es necesario recurrir a una elucubrada lectura para descubrir cuáles son los elementos típicos del ilícito anticompetitivo acusado en autos, que no se cumplen según ya se ha analizado.

142. Pero, en su ánimo sancionador, la Sentencia infringió la ley. En *primer lugar*, leyó un verbo rector allí donde no lo hay, cambiando la acción “*participar*” por la de “*adoptar*” o “*impedir*”. En *segundo lugar*, al analizar la literalidad de la frase “*empresas competidoras entre sí*”, lo hizo mal. Veamos.

**a) Es falso que el verbo rector de la conducta acusada sea “adoptar” o “impedir” la materialización de un ilícito anticompetitivo**

143. Al interpretar gramaticalmente el tipo infraccional, el H. Tribunal omitió lo más importante: **el verbo rector**, que indubitadamente es “*participar*” como director o ejecutivo relevante.

144. Nada dice la Sentencia al respecto. De hecho, el análisis hermenéutico comienza con dilucidar el “*sentido y alcance de la expresión ‘empresas competidoras entre sí’*”<sup>54</sup>.

145. En la Sentencia solamente se hizo referencia al verbo rector “*participar*” para decir que no es el que verdaderamente exige el tipo infraccional, porque la conducta contemplada en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, para la errada interpretación del H. Tribunal, no sería otra que la de “*adoptar*” acciones o medidas de mitigación para evitar un posible *interlocking* indirecto, o para terminarlo si éste ya se produjo (verbo rector que no está en la norma).

146. En concreto, como dijimos al dar cuenta de la falsa interpretación de la ley en que incurrió la Sentencia, ésta creó un ilícito anticompetitivo no establecido en la ley, al sostener que Banco de Chile fue el sujeto activo del ilícito de *interlocking* por no haber adoptado “*acciones o medidas concretas de cumplimiento normativo para hacer cesar la participación de Hernán Büchi en el directorio, o bien, requerir su renuncia al directorio de su competidora*”<sup>55</sup>, conducta que con claridad no se encuentra contenida en el artículo 3° letra

<sup>54</sup> Ver, Sentencia, sección C.3., considerandos 41° y ss.

<sup>55</sup> *Ibid.*, considerando 180°.

d) del Decreto Ley 211, y que no puede desprenderse de la norma infraccional bajo ningún criterio de interpretación.

147. La Sentencia siguió con su errada tesis, declarando, en forma sorprendente, que *“Banco de Chile y Consorcio son sujetos pasivos de la acción interpuesta por la FNE, **por el hecho de encontrarse en la obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado o lograr que finalizara, mediante actos positivos**”*<sup>56</sup> (énfasis añadido).

148. La infracción al elemento literal o gramatical es manifiesta, tal como se puede apreciar en la siguiente tabla, que compara el tipo infraccional verdaderamente sancionado en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, con aquel en que el H. Tribunal creó con grave infracción de ley:

	<i>Tipo infraccional del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211</i>	<i>Tipo infraccional del artículo 3° letra d) “interpretado” según la Sentencia</i>
<b>Verbo rector</b>	<i>“Participar”</i>	<i>“Adoptar”<sup>57</sup> o “Impedir”<sup>58</sup></i>
<b>Calificación del sujeto activo</b>	Que se trate de un <i>“director o ejecutivo relevante”</i> (persona natural)	Que se trate de personas jurídicas en que se verifica un <i>interlocking</i> indirecto
<b>Calificación de la conducta</b>	Que la participación se dé, simultáneamente, en <i>“dos o más empresas competidoras entre sí”</i>	Que se impida el perfeccionamiento de un <i>interlocking</i> indirecto o que se le ponga término, mediante actos positivos

149. Tal como puede apreciarse, el verbo rector que ha interpretado la Sentencia (*“adoptar”* o *“impedir”*) no se encuentra en el claro tenor literal del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 (*“participar”*), siendo jurídicamente imposible que Banco de Chile sea sujeto activo de la conducta acusada.

**b) La Sentencia se equivoca al determinar qué debe entenderse por “empresas competidoras entre sí”**

150. Como ya advertimos, el elemento típico *“empresas competidoras entre sí”*, que sirve para calificar de anticompetitiva la conducta acusada de *“participar”* como director o ejecutivo relevante, fue el único que la Sentencia intentó interpretar, y lo hizo mal.

151. La Sentencia reconoce correctamente la primacía del elemento gramatical o literal, señalando en términos generales que, de acuerdo con el artículo 19 del Código Civil, *“ante una disposición que tenga un sentido claro o evidente, está vedado al intérprete la utilización de otros elementos que se opongan al lingüístico”*<sup>59</sup>, y que el mismo precepto *“habilita a recurrir a criterios ajenos al tenor literal para interpretar expresiones oscuras, siempre y*

<sup>56</sup> Ver, Sentencia, considerando 183°.  
<sup>57</sup> Ibid., considerando 180°.  
<sup>58</sup> Ibid., considerando 183°.  
<sup>59</sup> Ibid., considerando 48°.

cuando ellos estén claramente manifestados en la propia ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento”<sup>60</sup>. Sin embargo, luego agrega, de manera incomprensible, que “aplicando esas reglas para interpretar el ilícito de la letra d), su tenor literal usa una expresión (“empresa competidora”) que carece de definición estricta en el derecho de la competencia, por lo que no puede calificarse como una norma en sentido claro”<sup>61</sup> (énfasis añadido).

152. Esto es totalmente errado. En primer lugar, el *interlocking* sancionado por el Decreto Ley 211 no habla de “empresa competidora” sin más calificativos, sino que dice expresamente “*empresas competidoras entre sí*”. Por ello, la interpretación de la palabra “empresa” debe entenderse con los elementos que la califican según el tipo infraccional, esto es, “*competidoras*” y “*entre sí*”. Nada de eso hizo la Sentencia, por lo que su posterior interpretación carece de toda razonabilidad: no tomó en consideración el elemento gramatical del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, que exige “competencia” en “empresas”, y que tal competencia sea “entre sí”, o sea, una competencia directa y no a través de otra entidad o indirecta.

153. En segundo lugar, la Sentencia sostiene que “el uso de la voz “empresa” en la letra d) no puede entenderse como casual, sino que da cuenta de una decisión del legislador de recurrir a un concepto más flexible que el de sociedad o persona jurídica, lo cual es consistente con el principio de realidad propio del derecho de la competencia”<sup>62</sup>, para luego concluir que “el artículo 20 del Código Civil frente a una falta de definición legal, obliga a recurrir al sentido natural y obvio de las palabras, según su uso general”<sup>63</sup> (énfasis añadido), y que, en base a lo dicho por una de las acepciones de empresa contenidas en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “la noción de empresa supone la existencia de una cierta organización común respecto del desarrollo de alguna actividad económica en particular, con independencia de las formas jurídicas utilizadas para ello”<sup>64</sup>.

154. Coincidimos con el H. Tribunal que en el Derecho de la Libre Competencia la voz empresa puede adoptar múltiples acepciones. Sin embargo, una simple lectura al tipo infraccional hace evidente que la palabra “empresa” debe interpretarse en un sentido restringido y no amplio.

155. Ello, pues, la norma exige que se trate de empresas “*competidoras entre sí*”. Por lo mismo, el sentido natural y obvio de la voz “empresa”, según su uso general y el propio tipo infraccional, es que éste coincida con la “persona jurídica” o “sociedad” que participa compitiendo en un determinado mercado relevante, no en varios de ellos, como ocurre en un grupo empresarial, que también, siguiendo el uso natural y obvio de las palabras, es precisamente un grupo de empresas distintas, que participan en mercados relevantes

<sup>60</sup> Ver, Sentencia, considerando 48°.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 49°.

<sup>62</sup> *Ibid.*, considerando 56°.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*



también distintos, bajo un controlador común (por eso se denomina grupo empresarial -grupo de empresas- y no empresa) y una confluencia de intereses conjuntos.

156. Las “organizaciones comunes” o “unidades económicas”, llamadas también “fuerza competidora” por la Sentencia, **son entidades abstractas que no pueden ofrecer bienes y servicios en un mercado relevante determinado; no pueden competir entre sí, ni mucho menos tienen directores o ejecutivos relevantes.**

157. La Sentencia se contradice en este punto, al señalar que “*la noción de empresa en derecho de la competencia supone determinar, en los hechos, quién es el **agente económico que desarrolla una actividad**, y la forma jurídica, simple o compleja, que utiliza para ello*”<sup>65</sup>. De ahí, aun cuando se tome la errada tesis de la Sentencia, lo cierto es que en cualquier caso el concepto de empresa se limitaría al desarrollo de una única actividad en un único mercado, que en el caso de nuestra representada se limita exclusivamente al mercado bancario.

158. Como se ve, se pretende sancionar a Banco de Chile diciendo erróneamente que ofrecería servicios tanto en el mercado bancario, como en el de intermediación de valores y de seguros, lo que hemos visto que no es efectivo, no es posible, ni se acreditó.

159. Hay que recalcarlo. **Solamente las “personas jurídicas” o “sociedades” pueden ofrecer bienes servicios en un determinado mercado relevante bajo el concepto del artículo 3º letra d) del Decreto Ley 211 y además, únicamente en personas jurídicas o sociedades pueden haber directores o ejecutivos relevantes.** Ello se debe a que la noción de “*competidores entre sí*” es un concepto económico que se refiere únicamente, como bien lo ha señalado el H. TDLC en toda su jurisprudencia, a la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir un bien o servicio por otro en un determinado mercado relevante, del producto o geográfico. Es decir, su elemento fundamental es la sustitución desde el punto de vista de la demanda<sup>66</sup>. No es posible aplicar criterios jurídicos, como una teoría amplia de empresa, para determinar si una empresa ofrece o no bienes servicios en un mercado en específico, pues quien lo hace debe ser necesariamente una persona, natural o jurídica, y no una entequeia sin personalidad jurídica, que no puede vender ni comprar nada.

160. La venta y compra de bienes y servicios en el mercado son actos jurídicos y, de acuerdo con nuestro derecho, éstos deben ser celebrados por “personas” y no por entidades abstractas que ni siquiera pueden emitir una factura. También la participación como director o ejecutivo relevante debe necesariamente producirse en personas con personalidad jurídica; no se puede ser director de una “*única unidad económica*” compuesta por varias empresas, y mucho menos si estas empresas participan en mercados relevantes distintos; esto es, no son competidoras entre sí.

<sup>65</sup> Ver, Sentencia, considerando 62º.

<sup>66</sup> Ver, Sentencia H. TDLC N°141/2014, de fecha 4 de noviembre de 2014, considerando 18º. En el caso concreto, señaló el H. Tribunal que “*la competencia depende fundamentalmente de la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir el servicio de transporte que presta una línea por el de otra, y de cómo esta sustitución cambia ante variaciones de precios de estos servicios*”.

161. En definitiva, la tesis seguida en la Sentencia es totalmente imposible en el caso de autos: **Banco de Chile no puede ofrecer bienes y servicios sino en el mercado bancario, porque es una empresa de giro exclusivo**, tal como lo expusimos en el Capítulo I de esta reclamación.

162. En este mismo sentido, debemos dejar por asentado que **Banco de Chile no es una empresa holding, ni tampoco se encuentra compuesta por un conjunto de empresas o sociedades que participan en mercados relevantes distintos**, como pretende la errada interpretación de la Sentencia. Es un banco, que se rige estrictamente por las reglas de la regulación bancaria, y solo ofrece bienes o servicios bancarios, lo cual no obsta a que sea controlador de otras empresas que se dedican a otros giros, que son administradas por su propio gobierno corporativo, y que forman parte del grupo empresarial cuyo controlador es Quiñenco S.A., siendo todas miembros del grupo empresarial de ésta última.

### *ii) Errónea aplicación del elemento lógico-sistemático*

163. Aun suponiendo que la voz “empresa” pudiese estimarse como un concepto oscuro, y se crea necesario recurrir el elemento lógico-sistemático de interpretación, igualmente puede concluirse que el camino seguido por la Sentencia es totalmente incompatible con la realidad económica y con el ordenamiento jurídico chileno.

164. El artículo 22 del Código Civil exige a este respecto que “*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”, agregando en su inciso 2° que “*los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*”.

165. Veremos a continuación que la Sentencia tampoco ha aplicado correctamente el elemento lógico-sistemático, al punto de que el concepto de “empresa” que se propone no guarda correspondencia y armonía con el resto de la legislación nacional.

#### **a) No se puede ser “director” o “ejecutivo relevante” sino de empresas constituidas como personas jurídicas**

166. La norma exige que las “*empresas competidoras entre sí*” compartan simultáneamente un director o ejecutivo relevante.

167. La interpretación extensiva de la voz “*empresa*” utilizada en la Sentencia **impide que ello suceda**. Como es bien sabido, solamente se puede ser director o ejecutivo relevante de una sociedad o persona jurídica, **pero no de una entidad abstracta compuesta por un número ilimitado de empresas vinculadas por su dependencia organizacional o de control**. En este caso, además, la Sentencia señala que esta supuesta “única unidad competitiva” estaría compuesta por varias personas jurídicas que son empresas que participan en mercados relevantes distintos y que por ende no son competidoras entre sí.

**b) La Sentencia, impropia, hace que la noción de “empresa competidora” sea equivalente a la de grupo empresarial**

168. El H. TDLC señala abiertamente que el concepto amplio “*empresa competidora*” que utiliza es el que se corresponde con el de una “*única unidad económica*”, cuyo elemento característico, en sus propias palabras, es que las empresas que la conforman “*tienen un centro o núcleo de toma de decisiones en común*”<sup>67</sup>. Pero, inmediatamente después, agrega que dicho concepto se utiliza “*para efectos de [determinar] su responsabilidad en esta sede*”<sup>68</sup>.

169. En el caso de autos, estamos ante un conjunto de empresas que, si bien compiten en mercados relevantes distintos, tienen un *controlador común* -como enfatiza la Sentencia- porque forman parte de un mismo “*grupo empresarial*”.

170. A este respecto, el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores define a un “*grupo empresarial*” como un “*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*” (énfasis añadido).

171. Agrega el artículo 97 de la misma ley que es controlador de una sociedad y, por tanto, de un grupo empresarial, aquella persona que puede “*influir decisivamente en la administración de la sociedad*”.

172. En este mismo orden de ideas, la doctrina más autorizada está conteste en que el elemento central de todo grupo empresarial está dado por “*la existencia de un núcleo de poder o decisión en torno al cual se organizan diversas entidades, generalmente bajo la estructura de sociedades anónimas, las cuales, si bien mantienen su propia personalidad jurídica, responden no obstante a un objetivo que es común a todas ellas*”<sup>69</sup> (énfasis añadido).

173. Así también, la Excma. Corte Suprema ha sentenciado que “*la doctrina ha definido a los grupos de empresas u holding como una reunión en una unidad económica de dos o más sociedades o, con más precisión, una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a una dirección única o sometimiento a un poder único*”<sup>70</sup> (énfasis añadido).

174. De lo anterior, puede concluirse que los elementos claves que permiten dar cuenta que se está ante un “*grupo empresarial*”, según la ley, la doctrina y jurisprudencia reciente de nuestro Máximo Tribunal, son que se esté ante: (i) un conjunto de entidades que, si bien son jurídicamente independientes, conforman una unidad económica; (ii) porque carecen de

<sup>67</sup> Ver, Sentencia, considerando 58°.

<sup>68</sup> Ver, Sentencia, considerando 58°.

<sup>69</sup> Ver, ALCALDE, E. (2002) “Los grupos empresariales”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N°6, pp. 203-204.

<sup>70</sup> Ver, Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 16 de octubre de 2017, en autos rol N°18.236-2017, considerando 10°.

**autonomía económica y funcional** en la práctica; ***(iii)*** debido a que están sometidas a un **núcleo o poder de decisión que gira en torno a un interés común del grupo.**

175. La doctrina de la “*única unidad económica*”, por su parte, es un concepto netamente jurídico que es utilizado, como bien se reconoce en la Sentencia, para atribuir responsabilidad anticompetitiva a un conjunto de entidades que se encuentran vinculadas por un **centro común de decisiones**, lo que se manifiesta en diversas hipótesis que deben ser apreciadas caso a caso<sup>71</sup>.

176. Para lo anterior, la Sentencia hizo alusión a algunos casos en que se ha recurrido a esta teoría jurídica. Con todo, en ellos se puede dar cuenta fácilmente que se trata de hipótesis que son, a lo menos en lo que se refiere al *centro común de decisiones* en la superficial tesis seguida por la Sentencia, análogas a la de un grupo empresarial. Así se ve en la siguiente tabla:

Sentencias del H. Tribunal	Empresas que comprenden la “unidad económica”	¿Se cumplen con los requisitos legales, doctrinarios y jurisprudenciales del grupo empresarial?
Sentencia N°103/2010	- Distribución y Servicio D&S S.A. ( <i>matriz</i> ) // Líder Valdivia ( <i>filial</i> )	SÍ
Sentencia N°154/2016	- Claro Chile S.A. ( <i>matriz</i> ) // Claro Servicios Empresariales S.A. ( <i>filial</i> ) - Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ( <i>matriz</i> ) // Will S.A. ( <i>filial</i> )	SÍ
Sentencia N°167/2019	- Cencosud S.A. ( <i>matriz</i> ) // Cencosud Retail S.A. ( <i>filial</i> )	SÍ
Sentencia N°176/2021	- Uber International B.V. ( <i>matriz</i> ) // Uber Chile SpA ( <i>filial</i> )	SÍ

177. En estos casos, lo que se sentenció fue que las empresas, en su conjunto, componen una misma “*unidad competitiva*” para efectos de atribución de responsabilidad en esta sede, **en un mercado relevante determinado y concreto**. Pero, al darle aplicación a aquella doctrina, el H. TDLC jamás señaló que se trataba de una misma “*empresa competitiva*”, porque ello es totalmente improcedente. **La teoría de la unidad económica no es más que eso, una técnica jurídica para atribución de responsabilidad por una conducta típica**

<sup>71</sup> Ver, Sentencia, considerandos 58° y 59°.

**cometida por una matriz o una filial, como lo es el descorrimiento del velo corporativo, y así lo reconoce la doctrina más autorizada que también fue citada en la Sentencia<sup>72</sup>.**

178. En efecto, la aplicación de la teoría de la unidad competitiva como un mecanismo de atribución de responsabilidad, **comienza por el supuesto previo de que la empresa en cuestión va ofrece bienes y servicios en un mercado relevante en concreto**, ello pues, como hemos reiterado, dicha doctrina no es una metodología económica que sirva para determinar si una empresa es competidora o no en el mercado, requiriéndose para tal objetivo el empleo de metodologías económicas asentadas, tales como la elasticidad cruzada de la demanda, la prueba o test del monopolista hipotético, la intercambiabilidad razonable del uso, al test de precios, entre otros<sup>73</sup>, **los que increíblemente no fueron considerados en el caso de autos.**

179. Lo cierto es que **ni la noción de grupo empresarial, ni tampoco el de la única unidad competitiva, sirven para establecer que una empresa es competidora en un mercado relevante determinado**, que es lo que exige demostrar el tipo infraccional de *interlocking*. Es por lo demás bastante claro que un grupo empresarial es un grupo de empresas distintas que compiten en mercados relevantes distintos, lo que es totalmente distinto que una empresa que compite con otra en un mercado relevante determinado.

180. **Nada de eso es lo que ha tenido en cuenta la Sentencia.** Ella utiliza trivialmente la noción de unidad económica, basándose solamente en que hay un supuesto *centro común de decisiones*, lo que, en definitiva, hace que el concepto de “*empresa competidora*” se convierta en el de grupo empresarial.

181. En este camino, los sentenciadoras olvidan que en el mismo tipo infraccional se hace referencia a la noción de “*grupo empresarial*” para delimitar los umbrales de venta que se requieren para que pueda estarse ante un *interlocking* sancionable. Tampoco toman en cuenta que el artículo 4° bis del Decreto Ley 211 -que también fue incorporado el año 2016 junto con la prohibición del *interlocking* y en la misma indicación-, distinguió entre “*empresa o alguna entidad integrante de su grupo empresarial*” para la notificación que debe ser realizada a la FNE en caso de la adquisición “directa o indirecta”, de más del 10% del capital de una “*empresa competidora*”. Es decir, al tratar el mismo tema (*interlocking* y participaciones minoritarias son un mismo tema), el legislador distinguió no una, sino dos veces, entre empresa y grupo empresarial, y cuando quiso hablar de participación “directa o indirecta”, lo dijo expresamente, en el artículo 4° bis. Si no lo hizo también en el artículo 3 inc. 2° letra d) es porque no quiso incorporar el *interlocking* indirecto (cuando la participación es indirecta) en el tipo infraccional. No es que se haya equivocado.

<sup>72</sup> Ver, ODUDU, O. y BAILEY, D. (2014) “The single economic entity doctrine in EU Competition Law”, en *Common Market Law Review*, N°51, p. 1738. Para estos destacados autores, la principal implicancia de la doctrina de la unidad económica es la atribución de responsabilidad por infracciones al Derecho de la Libre Competencia (Traducción libre de: “*Some of the most prominent are the implications the single economic entity doctrine is commonly thought to have for: (...) the attribution of liability for infringements of competition law*”).

<sup>73</sup> Ver, Informe económico de FK Economics, acompañado por esta parte a folio 305 de estos autos, pp. 44-50.

182. No hay que hacer complejos análisis económicos para entender que los bancos compiten con los bancos, las corredoras de valores con las corredoras de valores y las corredoras de seguros con las corredoras de seguros: **esa es la realidad económica**. Para condenar, la Sentencia tuvo que dar por establecido un hecho absolutamente inexistente: que el Banco de Chile ofrece bienes o servicios en el mercado del corretaje de valores y en el de corretaje de seguros, lo que es totalmente falso, o que Falabella y Consorcio Financiero, que son los otros requeridos en autos, lo hacen en el mercado bancario; lo que tampoco es efectivo ni se probó.

183. Este punto fue resaltado por el Ministro Paredes en su voto disidente, en que dio cuenta que si bien se utilizó como inspiración la sección 8 de la *Clayton Act*, el legislador chileno habría introducido una leve adaptación, cambiando el tenor de la voz “corporaciones” por “empresas competidoras entre sí”, no dejando dudas para una interpretación ambigua. Señaló a este respecto el Ministro Paredes que “*el legislador chileno cambió el término corporaciones, por empresas competidoras entre sí y distinguió, además, entre empresas competidoras y grupo empresarial al que pertenecen, lo que muestra su decisión de prohibir solo el interlocking entre empresas que compiten entre sí, siendo la referencia al grupo empresarial solo respecto de los ingresos y no sobre si este grupo pudiera o no ser quien define las acciones de sus filiales*”<sup>74</sup>.

184. Por tanto, el criterio seguido por la Sentencia vulnera el elemento lógico-sistemático. No es posible que el concepto de “empresa” sea amplio, porque no es posible participar como director o ejecutivo relevante de un conjunto organizacional guiado por un centro común de decisiones, sino en una empresa determinada, con personalidad jurídica. Por otro lado, el H. TDLC, si bien pretende negarlo, hace análoga la voz “empresa” con la de “grupo empresarial”, por cuanto ambos se caracterizan por la existencia de un núcleo de única dirección, lo que no guarda ninguna consistencia con la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, ni con la figura del *interlocking* prohibido por la norma, ni con el concepto de empresa competidora en un mercado relevante.

### *iii) Errónea aplicación del elemento histórico*

185. La historia fidedigna de la Ley N°20.945, que introdujo la letra d) al artículo 3° del Decreto Ley 211, deja en evidencia que el legislador tuvo en conocimiento tanto las hipótesis de *interlocking* directo como indirecto, y a sabiendas decidió prohibir únicamente el primero.

186. Consta en la Historia de la Ley N°20.945, que el Fiscal Nacional Económico de la época, don Felipe Irrázabal, “*enfatizó que **el objetivo de la norma propuesta es prohibir que una misma persona natural ejerza el cargo de director en dos o más empresas competidoras al mismo tiempo**, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas*”<sup>75</sup> (énfasis añadido).

<sup>74</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, párrafo 6°.

<sup>75</sup> Ver, Historia de la Ley 20.945, p. 76.



187. Así también, el señor Irarrázabal “*consideró innecesario prohibir el interlocking vertical [también indirecto, por cuanto no es entre empresas competidoras] porque en tales casos no hay competencia entre las empresas involucradas*”<sup>76</sup>, que es justamente el caso del ilícito acusado en autos (no hay competencia entre las empresas involucradas).

188. La redacción final de la norma **no fue un mero azar, sino fruto de un intenso debate**. Por ejemplo, la diputada Maya Fernández formuló una indicación para ampliar el sentido y alcance de la norma, al intentar incluir el *interlocking* indirecto vertical, indicación que finalmente no prosperó. Su indicación señalaba “*b) Agrégase el literal d) nuevo, siguiente: ‘d) Las participaciones de una persona como director o ejecutivo en empresas competidoras o que estén verticalmente integradas.’ Su objeto es sancionar también el llamado interlocking vertical*”<sup>77</sup>.

189. A mayor abundamiento, el Ministro de Economía de aquel año, respondió que era necesario restringir la norma solamente a competidores directos, es decir, al *interlocking* directo horizontal, porque el indirecto podría tener razones de eficiencia, constando en la Historia de la Ley que “**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**”<sup>78</sup> (énfasis añadido).

190. No cabe duda alguna. En la discusión legislativa que dio lugar al *interlocking* sancionable en el Decreto Ley 211, el legislador barajó la posibilidad de ampliar el sentido de la norma a otras hipótesis distintas de aquella que exige que se trate de “*empresas competidoras entre sí*”, pero **decidió conscientemente no incluirlas en el tipo infraccional**.

191. La Sentencia simplemente no tuvo en consideración la Historia de la Ley N°20.945. Pese a tan claras discusiones legislativas, la Sentencia señaló que “*no existen antecedentes en la historia fidedigna del establecimiento de la ley que permitan vincular directamente el uso por el legislador de la frase ‘empresas competidoras entre sí’ con la noción doctrinaria de interlocking directo, de modo que la determinación de su verdadero sentido y alcance es una labor que corresponde al intérprete*”<sup>79</sup>.

192. Sorprendentemente, la Sentencia agregó que el Decreto Ley 211 “*no hace referencia alguna a las categorías de interlocking directo o indirecto en las tantas veces citada letra d), limitándose a sancionar su ocurrencia en ‘empresas competidoras entre sí’*”<sup>80</sup>. Esto es totalmente incongruente, pues, pese a que la norma no hace referencia expresa al nombre “*interlocking* directo”, sí contempla la hipótesis que la doctrina, tanto nacional como

<sup>76</sup> Ver, Historia de la Ley 20.945, p. 76.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Ver, Sentencia, considerando 55°.

<sup>80</sup> *Ibid.*, considerando 54°.

extranjera, así como el legislador de la Ley N°20.945, tuvo en cuenta, esto es: **que la participación simultánea se dé entre “empresas competidoras entre sí”, lo que no sucede en el caso de autos, que es una hipótesis distinta, que la doctrina denomina *interlocking* indirecto.**

193. Esto es precisamente lo que señaló el Ministro Paredes en su voto disidente, quien enfatizó que *“tanto la FNE como el legislador debieron también estar conscientes de la antigua discusión que existía sobre la ley norteamericana, base de la chilena y que es literalmente aplicable al caso de autos y que se refería a la imprecisión sobre el tipo de interlocking que debía ser considerado ilegal per se (...) La evidencia sugiere que, consciente de la controversia en los EE.UU, el legislador chileno hizo una leve adaptación a la norma norteamericana, de modo que fuera claro que ella excluiría de la regla de la ilegalidad per se a los interlocking indirectos”*<sup>81</sup>.

194. Es indubitado, entonces, que la Sentencia se equivoca. El legislador de la Ley N°20.945 sí tuvo en consideración la distinción entre “*interlocking* directo” de aquellos que no lo son, y solamente prohibió el primero.

***iv) La Sentencia aplicó erróneamente el elemento teleológico o finalista, sin respetar, además, el orden consecutivo de las reglas de interpretación de la ley***

195. Desde antiguo, en nuestro Derecho se ha señalado que las reglas de interpretación de la ley contempladas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, compuestos por el elemento gramatical, lógico-sistemático, histórico y teleológico, deben ser utilizados por el juez en ese orden.

196. Así, en primer lugar, debe recurrirse al elemento gramatical, y si éste es claro, no es necesario acudir al auxilio de los demás elementos. Solamente si analizadas las palabras de la ley el texto continúa siendo oscuro, se deben utilizar los elementos lógico e histórico. Finalmente, únicamente si éstos también resultan insuficientes para dilucidar el sentido de la norma, el intérprete puede recurrir en forma subsidiaria al elemento teleológico o finalista<sup>82</sup>.

197. Si bien alguna doctrina minoritaria aboga por un uso en conjunto e indistinto de estas normas de interpretación, lo cierto es que nuestra jurisprudencia está conteste en señalar que debe respetarse el orden aludido en el párrafo anterior, de manera que primero debe recurrirse al elemento gramatical y, sólo si éste resulta insuficiente, acudir a elementos como el sistemático, el histórico y, en último término, el finalista.

198. Muestra de lo anterior es una muy reciente sentencia de la Excm. Corte Suprema, que se encargó de disipar toda duda frente a este asunto, señalado que *“es dable asentar que en materia de hermenéutica jurídica, el legislador fijó una clara pauta normativa y de prelación -a la que el sentenciador debe sujetarse- decantándose por el uso preferente de la regla gramatical, así como de los elementos, histórico, lógico y sistemático de la ley en*

<sup>81</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, párrafo 6°.

<sup>82</sup> Ver, por todos, CLARO SOLAR, L. (1992) *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, V. I, T. I, pp. 122 y ss.

*el propósito de dirimir el conflicto jurídico, para luego, y solo en defecto de la inaplicabilidad de las directrices mencionadas, validar el empleo de los principios generales y la equidad natural, quedando en evidencia el carácter supletorio que éstos detentan*<sup>83</sup> (énfasis añadido).

199. Pese a ello, la Sentencia decidió ignorar este orden de prelación tan elemental. Tan claro es el tenor del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211, que la interpretación de la Sentencia es, por lo pronto, absurda. Una simple lectura del tipo infraccional da cuenta que Banco de Chile carece de legitimación pasiva, por la sencilla razón que no puede “participar” como director o ejecutivo relevante, siendo ese el verbo rector de la conducta, y es igualmente claro que los bancos compiten con los bancos y no con las corredoras de bolsa o los intermediadores de seguros.

200. Además de salirse del orden de prelación legal, como ya se dijo en los acápites anteriores, en la Sentencia no se aplicó ninguna de las reglas de interpretación en forma correcta. El H. TDLC **inventó** que el tipo infraccional del artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 impone a las empresas requeridas un deber de conducta consistente en “**adoptar**” medidas concretas que “**impidan**” un supuesto *interlocking* que, por lo demás, se comete por un tercero y se da en empresas que no son competidoras entre sí.

201. Esta conducta, que no se encuentra establecida en el tipo infraccional acusado, el H. Tribunal la construyó aludiendo a una supuesta finalidad de la norma supuestamente infringida, señalando que “**esta conclusión es consistente con el fin de la norma en cuestión**, dado que la infracción se presenta en relación con empresas competidoras”<sup>84</sup> (énfasis añadido).

202. Aquella afirmación es doblemente incorrecta. En *primer lugar*, la Sentencia supone que se trata de “empresas competidoras” en circunstancias de que no se está frente a hipótesis de “competencia entre sí”, que es lo que exige la norma.

203. En *segundo lugar*, incluso aunque pueda recurrirse en último término a la finalidad del tipo infraccional, lo cierto es que el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 **solamente sanciona el interlocking directo horizontal, pues en ese caso existe el riesgo concreto y real de que existirá un intercambio de información**, pese a que respeten los deberes fiduciarios del director o ejecutivo relevante, pues es imposible que el director olvide lo que sabe del directorio de una de las competidoras cuando tome decisiones en la otra, sin que para ello sea necesario el intercambio explícito de información.

204. Este riesgo no existe en los casos de *interlocking* indirecto, ni tampoco en el vertical, por cuanto el director de una matriz, aun cuando tenga conocimiento de alguna información competitivamente sensible, necesariamente debe exteriorizar lo que sabe para que ello llegue a conocimiento del directorio o la administración de sus filiales -mediante un hecho o acto

<sup>83</sup> Ver; Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 18 de marzo de 2025, en autos rol N°242.524-2023, considerando 6°.

<sup>84</sup> Ver; Sentencia, considerando 183°.

que podría ser imputable-, **toda vez que no participa ni tiene injerencia activa en su directorio**. Por eso el legislador únicamente prohibió el interlocking directo horizontal, dejando al tipo infraccional genérico la posibilidad de sancionar otras formas de *interlocking*, si en algún caso particular se logran acreditar sus efectos anticompetitivos.

205. Por lo dicho, estas conductas no son intrínsecamente anticompetitivas y se deben analizar de acuerdo con la regla de la razón, debiendo acreditarse que tienen la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la Libre Competencia en los mercados relevantes supuestamente afectados, cosa que no hizo la FNE en autos.

206. La Sentencia recurrida ha dado primacía al elemento teleológico o finalista, que como vimos solamente puede aplicarse en defecto de la procedencia de los elementos gramatical, lógico e histórico, y además lo aplicó mal.

207. Eso es lo que ordena el artículo 24 del Código Civil: “**en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes** [elemento gramatical, lógico-sistemático e histórico], *se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*”.

208. Si en la Sentencia se hubiese respetado el orden consecutivo legal, se habría llegado a la ineludible conclusión de que el artículo 3° letra d) del Decreto Ley 211 no contempla la conducta sancionada, de “*adoptar acciones o medidas concretas*” para evitar una supuesta infracción, sino que se refiere expresamente al denominado *interlocking* horizontal directo. Se trata, en consecuencia, de otro error de derecho que afecta sustancialmente lo dispositivo del fallo.

### C. La Sentencia ha infringido el principio de congruencia procesal

209. La Sentencia ha vulnerado también el principio de congruencia procesal, pues condenó a Banco de Chile por una conducta que no fue la acusada en el requerimiento.

210. En efecto, la FNE solicitó en su petitorio que el H. TDLC debía declarar que “*Hernán Alberto Büchi Buc, **Banco de Chile**, Consorcio Financiero S.A. y Falabella S.A. **infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo letra d) del DL 211**”<sup>85</sup> (énfasis añadido).*

211. Acto seguido, la Sentencia delimitó el objeto del requerimiento, señalando que “*cabe concluir que **el objeto del requerimiento se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N°211**. La mención al inciso primero de esa norma sólo se justificaría por la interpretación que hace la requirente de la existencia de un vínculo necesario entre el ilícito genérico del inciso primero y los ilícitos establecidos en los literales del inciso segundo*”<sup>86</sup> (énfasis añadido), para luego dejar por asentado indubitadamente que “*en virtud de las consideraciones precedentes, en lo sucesivo se analizará si **los hechos***

<sup>85</sup> Ver; Requerimiento FNE, que consta a folio 4 de estos autos contenciosos, p. 25.

<sup>86</sup> Ver; Sentencia, considerando 15°.

acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N°211<sup>87</sup> (énfasis añadido).

212. En otras palabras, analizando el requerimiento, el H. Tribunal dio por asentado que la conducta acusada no era otra que “*la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí*”. Sin embargo, extralimitándose totalmente de lo pedido y del objeto mismo del requerimiento, la Sentencia construyó un razonamiento condenatorio sobre la base de un supuesto incumplimiento de deberes normativos por parte de las empresas requeridas, en particular, la falta de diligencia de Banco de Chile para poner término a la participación simultánea del señor Büchi, hipótesis que, como ya explicamos latamente, no se encuentra contenida en el tipo infraccional presuntamente infringido.

213. La congruencia procesal ha sido claramente vulnerada, toda vez que el debate en estos autos -tanto en el requerimiento, como en el auto de prueba- se estructuró exclusivamente en torno al tipo infraccional contenido en el artículo 3° letra d) del Decreto Ley N° 211, particularmente en la calidad de competidoras de las empresas requeridas.

214. Pero en ninguna parte del proceso se imputó la existencia de un deber de cuidado, o cualquiera otra obligación normativa distinta al *interlocking* tipificado, porque sencillamente la ley no establece aquel deber de comportamiento.

215. La construcción argumentativa de la **Sentencia, que sanciona al Banco de Chile por la supuesta omisión de medidas para hacer cesar una participación directiva, introduce un fundamento completamente ajeno a la imputación original, desbordando los márgenes del contradictorio** y, en definitiva, ha decidido condenar a nuestra representada por una conducta que no fue la acusada, transgrediendo con ello el principio de congruencia procesal, piedra angular del debido proceso, por vicio de *extrapetita*.

#### **D. La Sentencia ha infringido las normas reguladoras de la prueba y las reglas de la sana crítica**

216. La Sentencia incurre en un vicio esencial al tener por acreditados hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados en la interlocutoria de prueba, sin que exista en el proceso antecedente alguno que los respalde. Reiteramos lo expuesto en el Capítulo I de esta reclamación. Existen puntos de los cuales no hay prueba y era imposible que la hubiere.

217. La base de toda la actividad probatoria se rige por la determinación judicial de los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, de conformidad a lo consagrado en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil<sup>88</sup>. En consecuencia, recae en el juez

<sup>87</sup> *Ibid.*, considerando 16°.

<sup>88</sup> El referido precepto establece que: “*Concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer.*

*Sólo podrán fijarse como puntos de pruebas los hechos sustanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla”.*

determinar los márgenes sobre los que recaerá la actividad probatoria de las partes. En este caso, la Sentencia incurre en gravísimos errores que reflejan una flagrante inconsistencia respecto a los presupuestos fácticos sobre los que debía rendirse la prueba.

218. Para ello basta remitirse a los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos fijados en autos, cuyo tenor dista ostensiblemente del razonamiento aplicado por la Sentencia, **lo que se evidencia en el nulo valor que se atribuyó a las diligencias probatorias desplegadas por nuestra representada**<sup>89</sup>.

219. En efecto, la interlocutoria de prueba de autos exigió dar por acreditada la efectividad de que “(i) Banco de Chile, Falabella S.A. y Consorcio Financiero S.A. **fueron competidoras en la oferta de productos y servicios bancarios**, entre el 27 de febrero de 2017 y el 27 de diciembre de 2021; (ii) Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A. **fueron competidoras en la prestación servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa**, entre el 27 de febrero de 2017 y el 27 de diciembre de 2021; (iii) Consorcio Financiero S.A. y Falabella S.A. **fueron competidoras en la emisión de seguros de vida y desgravamen**, entre el 27 de febrero de 2017 y el 27 de diciembre de 2021; y, (iv) Banco de Chile y Falabella S.A. **fueron competidoras en la intermediación de seguros**, entre el 27 de febrero de 2017 y el 27 de diciembre de 2021” (énfasis añadido).

220. La Sentencia jamás realizó un ejercicio de valoración respecto a los antecedentes de hecho presentados en el proceso para determinar que los requeridos no son “*competidores entre sí*” en los términos que exige la interlocutoria de prueba. Se limitó a efectuar un extenso ejercicio “jurídico” para dar cuenta de la existencia de una unidad económica, cuyas falencias se han desarrollado en los acápites precedentes. **No se basa para ello en los hechos probados, simplemente porque la realidad, lisa y llanamente, no lo admite**<sup>90</sup>.

221. Por lo demás, **tampoco se estableció como un punto de prueba el deber de comportamiento que la Sentencia consideró como el tipo infraccional -inexistente-infringido**. En efecto, nunca se identificó como hecho sustancial, pertinente y controvertido el eventual incumplimiento del deber de cuidado de la persona jurídica que la Sentencia pondera como elemento base para establecer la sanción. Nunca se estableció dado que no forma parte del tipo, identificándose como tal, por primera vez y en forma inaudita, en la resolución que se impugna, por lo que no se rindió prueba al respecto ni se puede por ende dar por acreditado en forma legal que tales novedosos deberes de conducta se hayan cumplido o no.

222. Correlativamente, la **prescripción alegada jamás se consideró como un elemento respecto al que debía rendirse algún tipo de actividad probatoria**. La FNE no efectuó

<sup>89</sup> Ver, resolución que recibe la causa a prueba, de fecha 9 de diciembre de 2022, que consta a folio 135 de estos autos contenciosos.

<sup>90</sup> Esta parte acompañó, a folio 329 de estos autos, diversos antecedentes que dan cuenta que Falabella y Consorcio no ofrecen productos y servicios bancarios; que Banco de Chile y Consorcio no ofrecen servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa; que Banco de Chile y Falabella no son competidores en la intermediación de seguros. Todo lo anterior fue desestimado por la Sentencia, sin ponderarlo en su mérito.



gestiones para dar cuenta de la interrupción de la prescripción respecto de Banco de Chile, tomando la Sentencia como hecho determinante para tal efecto la cesación en el cargo del señor Hernán Büchi, comportamiento de un tercero que ya no forma parte de este proceso.

223. A su turno, la Sentencia tampoco valoró la globalidad de la prueba rendida que acredita que, con anterioridad al requerimiento y a la dictación del fallo impugnado, **nadie consideraba que el tipo infraccional incluía al interlocking indirecto como un ilícito *per se***. La Sentencia aísla la prueba y no la pondera en su totalidad al servicio de un criterio marcadamente sancionatorio.

224. En definitiva, la conducta ilícita que estructura la Sentencia es tan innovadora e impensada, que ni siquiera fue debidamente atendida en la resolución que recibe a la causa a prueba. Difícilmente las partes pueden realizar las diligencias propias para su adecuada defensa si la resolución que delimita su actividad probatoria tiene escasa relación con los criterios finalmente adoptados por la Sentencia condenatoria.

225. La Sentencia vulnera también abiertamente las reglas de la sana crítica al fundar su decisión en razonamientos que contradicen los principios básicos que la integran, especialmente el de no contradicción, el de razón suficiente y el de experiencia. Se arriba a conclusiones que no se siguen lógicamente de los hechos acreditados, se omite valorar prueba relevante que desvirtúa la imputación y se incurre en afirmaciones incompatibles entre sí, lo que evidencia una falta de racionalidad en la valoración de la prueba.

#### **E. La Sentencia vulnera los principios del derecho sancionador**

226. La imposición de sanciones por la Sentencia debe someterse rigurosamente a los principios del derecho administrativo sancionador, dado que constituyen una manifestación del *ius puniendi* estatal.

227. Esta exigencia **emana directamente de la naturaleza misma de la potestad punitiva que ejerce el Estado a través de un órgano jurisdiccional como el H. TDLC**. Es irrelevante, en consecuencia, el ámbito o materia en que incida la sanción, pues igualmente se encuentra sujeta a normas y garantías constitucionales que rigen toda potestad sancionatoria. Así, el profesor Eduardo CORDERO, con base a una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>91</sup> advierte la identidad ontológica entre las penas y sanciones administrativas como expresiones del *ius puniendi único del Estado*, debiendo estas sujetarse al estatuto constitucional<sup>92</sup>.

228. En este mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha reconocido que las **sanciones impuestas por el H.TDLC** deben observar principios y derechos de carácter sustantivo y procedimentales, fundamentado en el estatuto constitucional de las penas previsto en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, lo que fue desarrollado en extenso en la sentencia del Caso Farmacias.

<sup>91</sup> Ver; Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°244, de 26 de agosto de 1996.

<sup>92</sup> En CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo*, p. 820.

229. Así, debe concluirse que la aplicación de sanciones en procedimientos infraccionales ante el H. TDLC constituye una aplicación de la potestad sancionatoria del Estado, y como tal, debe apegarse a todas las limitaciones que a su respecto contempla el ordenamiento jurídico, los principios que emanan directamente de la Carta Fundamental y las garantías más básicas que exige un Estado de Derecho, a fin de resguardar la aplicación del poder punitivo a sus ciudadanos<sup>93</sup>.

230. La Excm. Corte Suprema fue notablemente clara al señalar aquellos principios que se enmarcan en el denominado “*derecho administrativo-económico sancionador*”, vinculados a la naturaleza eminentemente pública de los bienes jurídicos cautelados por la libre competencia. Así, en la aplicación de sanciones, la actividad del H. TDLC enfrenta una serie de limitaciones a través de principios que debe observar y respetar: “*en el marco general dado por el orden público económico y de la libre competencia en particular, se discuten los contornos que debe tener el derecho administrativo-económico sancionador, así como el conjunto de normas que contempla y debe respetar. En efecto, existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos sustanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos*”.<sup>94</sup> (énfasis añadido).

231. Es muy evidente. La Sentencia vulnera gravemente principios esenciales del derecho administrativo sancionador, como la tipicidad, la culpabilidad y la responsabilidad personal, todos ellos derivados directamente de la Constitución y aplicables a toda manifestación del *ius puniendi* estatal, incluido el ejercido por el H. TDLC. Veamos.

232. **Principio de tipicidad.** La Sentencia amplía arbitrariamente el alcance de la infracción prevista en la letra d) del artículo 3°, inciso segundo, del Decreto Ley 211, distorsionando su sentido claro y preciso, como se dijo latamente en el Capítulo II de esta reclamación. Se ha sancionado a Banco de Chile por una conducta que no se encuentra descrita en la ley, ni siquiera en su núcleo esencial, mediante una interpretación extensiva que es contraria a los más mínimos estándares constitucionales. **Resulta especialmente grave que se utilice una supuesta falta de claridad de parte de la literalidad de la norma para crear un tipo infraccional no contemplado en la ley, y que, al mismo tiempo, se ignore esa misma literalidad -sin fundamento alguno- cuando ella excluye expresamente la responsabilidad de una persona jurídica como Banco de Chile.**

233. **Principio de culpabilidad.** La Sentencia omite verificar la existencia de culpa infraccional, y en cambio sanciona sobre la base de una supuesta obligación de actuar, sin identificar -ni someter a prueba- conducta alguna reprochable de Banco de Chile. Se trata, en

<sup>93</sup> Así, por lo demás, lo ha declarado el propio H. Tribunal. Ver, Sentencia H. TDLC N°87/2009, de fecha 13 de agosto de 2009, considerando 15°. En concreto, se dejó por asentado que “(...) las sanciones y medidas que en ejercicio del denominado ius puniendi del Estado se impongan por las vulneraciones a las normas del D.L. N° 211, sólo pueden ser aplicadas a aquel sujeto de derecho, persona natural o jurídica, a quien le haya cabido participación en la realización de las conductas prohibidas y sancionadas en dicho cuerpo legal”. (el destacado es nuestro).

<sup>94</sup> Ver, Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 7 de septiembre de 2012, en autos rol N° 2578-2012, considerando 75°.

la práctica, de una responsabilidad objetiva proscrita por el derecho sancionador. Como se ha dicho, la ausencia de consciencia de antijuridicidad —a la luz de la interpretación doctrinaria unánime y la actuación de buena fe de mi representada— excluye la posibilidad de reproche jurídico alguno.

234. **Principio de responsabilidad personal.** La Sentencia imputa responsabilidad a un tercero —Banco de Chile— por un hecho cuya configuración depende de la decisión autónoma de otro sujeto (don Hernán Büchi), designado en una tercera empresa (Falabella) por unos accionistas desconocidos y que no han sido requeridos. No hay en el caso acción u omisión atribuible a Banco de Chile que permita fundar la sanción. Así, el fallo contradice abiertamente el principio de autoría personal y consagra una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, completamente ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

### III. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: UNA PREMISA ERRADA IMPORTA EL RECHAZO EQUIVOCADO DE DICHA EXCEPCIÓN

235. La Sentencia rechazó nuestra excepción subsidiaria de falta de legitimación pasiva, a pesar de que el tipo infraccional es claro en señalar que su verbo rector es “*participar*” como director o ejecutivo relevante en empresas competidoras entre sí, lo que, como se ha demostrado, es jurídicamente imposible para una persona jurídica como nuestra representada.

236. Por razones de economía procesal, y atendiendo a que los argumentos vertidos evidencian con meridiana claridad la evidente procedencia de la excepción en comento, solicitamos tener por íntegramente reproducidos los fundamentos expresados en los Capítulos I y II de esta reclamación, que evidencian la total falta de pertinencia del tipo infraccional de *interlocking* respecto de nuestra representada.

### IV. CONFIANZA LEGÍTIMA Y AUSENCIA DE CULPA: LA INJUSTICIA DE CONDENAR AL BANCO DE CHILE POR SER EVIDENTE LA AUSENCIA DE CULPA

237. En subsidio de todo lo anteriormente expuesto, para el improbable evento que se llegase a considerar que un banco puede ser director o ejecutivo relevante y al mismo tiempo competidor de empresas que no son bancos, desenvolviéndose más allá de su giro exclusivo, esta parte opuso la excepción de ausencia de culpa por confianza legítima y error de prohibición.

238. En ese sentido, mal podría nuestra representada concluir que el *interlocking indirecto*, infracción de peligro abstracto, se trata de un ilícito *per se* susceptible de ser cometido por una entequeia sin personalidad jurídica. **Todo lo sostenido por las autoridades de Libre Competencia de la época, por toda la doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, apuntaban en sentido contrario.**

239. Lo señalado por la misma autoridad que interpuso el requerimiento, en su Informe del 2013 y en su propio sitio web, y por el H. Tribunal en su -Resolución N°51/2018, al asociar

al *interlocking* directo con la letra d) del artículo tercero<sup>95</sup> - **hacían inexigible otra conducta, generando confianza legítima en nuestro representado**, sin que se pueda identificar ningún tipo de culpa en su obrar, ni aun levísima.

*i) Los antecedentes que constan en el proceso excluyen toda noción de culpa*

240. Establecido lo anterior, es pertinente reparar en la amplia batería de documentos, afirmaciones, pruebas y antecedentes que constan en el proceso que evidencian con claridad que nuestra representada obró **con la absoluta convicción** de hacerlo en forma totalmente ajustada a derecho y que no existía ningún antecedente para pensar que no lo hiciera.

241. Sin embargo, la Sentencia, luego de examinar la prueba rendida -y sin hacerse cargo de toda ella-, concluyó que no existe una manifestación formal por parte de la autoridad que permita generar confianza legítima en los administrados. En resumidas cuentas, la resolución impugnada insiste en que la distinción entre *interlocking* directo e indirecto no se recogería en la ley y, por consiguiente, no sería significativa a efectos de la interpretación del tipo específico. En tal línea, los pronunciamientos de la autoridad no serían suficientes para dar mayor relevancia a tal diferenciación.

242. En específico, de conformidad al fallo impugnado, el Informe de la FNE del año 2013, que se encuentra en su página web, no es de la misma naturaleza que aquellas guías que buscan dirigir el obrar de la entidad, por lo que lo desestima como un antecedente que no resultaría significativo al respecto<sup>96</sup>. De modo análogo aborda lo expresado por el ex Fiscal Nacional Económico, don Ricardo RIESCO, y por el ex Jefe de la División de Fiscalización de la FNE, don Manfred ZINK. Así, concluye que, al momento de emitir los antecedentes respectivos no formaban parte de la FNE (aunque el informe en derecho fue encargado por la propia Fiscalía Nacional Económica y luego ésta lo contrató). En consecuencia, sus apreciaciones no son susceptibles de ser asociadas a la posición de la autoridad y son irrelevantes a efectos de analizar la concurrencia de confianza legítima<sup>97</sup>. Asimismo, en relación a la publicación en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la que se expresó que la Ley N°20.945 solo consideraba el *interlocking* horizontal directo, se indicó que no se trata de una declaración de la FNE, aunque sí lo es de una autoridad pública, por lo que a su juicio sería inapta para acreditar la concurrencia de la excepción en comento<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Así, el H. TDLC expresó en la Resolución N°51/2018: “Para efectos del análisis, se debe considerar que, según se ha señalado (véase Tabla N° 6 y N° 8), Copec tiene un porcentaje accionario relevante, aunque no mayoritario, en Metrogas. **Con todo, los riesgos de coordinación asociados al *interlocking* directo han sido suficientemente mitigados con la inclusión de la letra d) al artículo 3° del D.L. N° 211, que lo prohíbe.** Actualmente, de producirse tal situación, podría iniciarse un procedimiento contencioso tendiente a determinar las eventuales responsabilidades y establecer sanciones, si correspondiere” (énfasis añadido).

<sup>96</sup> Ver Sentencia, considerandos 199° a 203°.

<sup>97</sup> *Ibid.* En específico, lo indicado en el considerando 206°: “Que, tanto el artículo de Ricardo Riesco como el Informe Zink, no constituyen una opinión formal de ese organismo respecto del sentido y alcance de la letra d) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211. Si bien podría considerarse que su opinión sobre un punto de derecho no debiera variar en función del cargo que ocupan, ello no es suficiente para comprometer ni para establecer la posición del organismo público en que se desempeñaron, sobre una cuestión que no había sido definida en la sede competente, como son los tribunales de justicia”.

<sup>98</sup> *Ibid.*, considerandos 210° y 211°.

243. En el mismo sentido, la Sentencia analizó el documento elaborado por la FNE y enviado a la OCDE en representación de Chile el 6 de diciembre de 2017. Tal informe consigna que la Ley N°20.945 tuvo como precedente al Informe de la FNE del 2013 a efectos de establecer el tipo específico que actualmente se contempla en el Decreto Ley 211. Sin embargo, la Sentencia señala que no se trata de un documento concluyente o significativo, pues tal instrumento no efectúa una distinción entre el *interlocking* directo e indirecto<sup>99</sup>.

244. El antecedente más relevante por parte de la autoridad corresponde a la publicación en la propia página web de la FNE, vigente a la fecha de esta actuación, en que se consigna una distinción expresa, efectuada por la autoridad de Libre Competencia en el ejercicio de su cargo y publicada por ésta precisamente para informar a los administrados la nueva conducta de interlocking sancionable.

245. **La misma requirente destacó claras y relevantes diferencias entre las formas directas e indirectas de *interlocking*, concluyendo de forma explícita que las formas indirectas de la conducta se deben analizar conforme al inciso 1° del artículo 3° del Decreto Ley 211:**

Interlocking

El interlocking es un vínculo entre dos empresas competidoras, que se produce cuando éstas comparten directa o indirectamente personas en sus cargos ejecutivos relevantes o en su directorio.

Su forma más directa se observa cuando una persona ejerce dichos cargos en dos empresas competidoras y se encuentra expresamente prohibida por el artículo 3 letra d) del DL 211, si es que se cumplen los umbrales de ventas establecidos en el mismo artículo.

Lo anterior, sin perjuicio de que formas indirectas de interlocking, o casos en que no se superen dichos umbrales, puedan ser objeto de revisión respecto de sus riesgos o efectos en la libre competencia, en virtud del artículo 3 inciso 1° de la misma norma.

*Fuente: Sitio web de la FNE<sup>100</sup>. Destacado en rojo: Fragmento en el que se indica que el interlocking indirecto se analiza de conformidad al inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 211*

246. El análisis de la Sentencia respecto a tal antecedente es desconcertante. De alguna manera, lo primero que asevera es que su fecha de publicación resulta desconocida. Lo cierto es que se trata de una comunicación de libre acceso al público y que las partes han discutido y resaltado durante años, como consta a lo largo del proceso. Aun así, para la resolución se trataría de una publicación ambigua, que distingue entre las diversas formas de *interlocking*, atribuyendo distintas consecuencias jurídicas a cada una de ellas y, por alguna circunstancia que la Sentencia no indica, tampoco sería apta para producir confianza legítima en mi representada.

247. Por mucho que se le haya pretendido restar valor, tal manifestación ha conestado por años en la página web de la entidad fiscalizadora **y denota que para la FNE la distinción entre ambos tipos de *interlocking* resulta relevante** -pues de lo contrario no existiría motivo alguno para diferenciarlos-. Por ese mismo motivo, el voto disidente del Ministro Paredes la pondera expresamente para concluir que, de perseguirse un *interlocking* como el de autos, el tipo imputado correspondería a la infracción genérica del inciso primero<sup>101</sup>. De

<sup>99</sup> Ver Sentencia, considerando 210°.

<sup>100</sup> Disponible en línea: <https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/interlocking/>. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2025]

<sup>101</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, párrafo N°7.



todos modos, la Sentencia concluye, por razones formales y que no tienen un fundamento serio, que tal manifestación no puede asimilarse a una declaración oficial de la entidad persecutora, y por consiguiente no conforma un antecedente apto para generar confianza legítima en los administrados<sup>102</sup>.

248. Una publicación de tales características, emanada de la propia FNE, **tiene la aptitud suficiente para generar certeza o confianza en los administrados**<sup>103</sup>. En sí, es un antecedente de peso para acreditar la excepción de confianza legítima, con prescindencia del resto de la prueba que se suma a la evidente noción de que el *interlocking* indirecto no es un comportamiento cuya gravedad amerite la sanción de una conducta *per se*, que por lo demás no se impone por nuestro ordenamiento.

249. Así también lo señaló el Ministro Paredes en su voto disidente, señalando que **“con posterioridad a la promulgación de la ley la FNE ha tenido una interpretación distinta a la sostenida en el requerimiento de autos. Así, no sólo ha distinguido entre tipos de interlocking sino que ha señalado que aquel que se produce a través de filiales de una empresa matriz, no es sujeto de la ilegalidad per se. Específicamente, en su página web (Interlocking (fne.gob.cl)) incluye el estudio al que se ha aludido y además, en la ventana “Promoción” define primero interlocking en forma general y luego, distingue al tipo al que le aplica el literal d) del que no le aplica”**<sup>104</sup> (énfasis añadido).

250. Para generar confianza legítima, el antecedente en cuestión debe tener la aptitud de generar una expectativa legítima en los particulares, sin que resulten preeminentes las características formales del mismo. Lo anterior se ha expresado en reiteradas ocasiones por la Excma. Corte Suprema<sup>105</sup>, lo que fue desatendido por la Sentencia, que relativiza lo expresado en tal publicación y no considera que **dicha publicación estaba unida a muchos otros antecedentes que conducían a la misma conclusión.**

251. No se debe perder de vista lo expresado por nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que una publicación en la página web de un organismo: ***“Si bien no se trata en este caso de la manifestación de voluntad de la Administración a través de un acto administrativo, ciertamente es posible considerar que los contenidos publicados por el Instituto de Salud Pública a través de su página web, con el objeto de informar a los interesados sobre ciertos criterios del organismo, genera una legítima expectativa en el administrado en relación a la conducta que tendrá el órgano”***<sup>106</sup> (énfasis añadido).

<sup>102</sup> En concreto, la Sentencia establece en su considerando 211º: “Con todo, como ya se dejó asentado, previo a la interposición del requerimiento no existió pronunciamiento oficial alguno de ese organismo, por vía de una resolución administrativa válida, que diera cuenta de la interpretación que daría a la norma contenida en la letra d), sin que sea posible caracterizar a una definición de una página web de un organismo público como suficiente para fundar una alegación de confianza legítima, en ausencia de otros antecedentes posteriores a la incorporación de la letra d) al D.L. N° 211”.

<sup>103</sup> Ver, Observaciones a la Prueba de Banco de Chile, párrafos 317 a 324, pp. 106-108.

<sup>104</sup> Ver, Sentencia, voto en contra del Ministro Paredes, párrafo 7º.

<sup>105</sup> Ver, Sentencia Excma. Corte Suprema de fecha 23 de octubre de 2018, rol N°44.510-2017, considerando 10º; sentencia Excma. Corte Suprema de fecha 11 de julio de 2019, rol N°12.216-2018, considerando 10º.

<sup>106</sup> Ver, Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 11 de enero de 2017, rol N°28.422-2016.



252. Lo expresado por la Excma. Corte Suprema refrenda que los principios del derecho administrativo sancionador **admiten a la confianza legítima como una causal de exculpación de responsabilidad**, sin perjuicio de que esta parte la considera como tal en subsidio del resto de sus alegaciones, que demuestran que Banco de Chile derechamente no cometió infracción alguna.

253. En consecuencia, la publicación aludida, por sí misma, es de la suficiente entidad para generar una legítima expectativa en los requeridos respecto a los alcances de la actividad fiscalizadora y el adecuado ejercicio de la actividad sancionadora respecto al tipo específico de *interlocking*. Sin embargo, unida a la opinión autorizada del propio H. Tribunal, de toda la doctrina autorizada, de todos los ex Fiscales y Subfiscales nacionales económicos, de todos los ex Presidentes del H. Tribunal. En definitiva, de toda la comunidad jurídica nacional, generó incuestionable confianza legítima, y la absoluta convicción de no estar cometiendo infracción alguna, eliminando todo atisbo de culpa de nuestra representada.

254. En esa misma línea, respecto a las expectativas que pueden generar las afirmaciones de la autoridad respecto al ejercicio de sus atribuciones, el profesor CORDERO ha expuesto: *“así, no pueden los órganos públicos ejercer sus facultades legales de forma arbitraria, abusiva o con desviación de poder. Bajo este supuesto, si la Administración realiza un cambio en la interpretación de un precepto legal o reglamentario, o altera el criterio que ha seguido al momento de regular determinadas materias o resolver asuntos de su competencia, solo lo puede hacer de forma legítima en la medida que respete la confianza que sus propios actos han generado en los ciudadanos”*<sup>107</sup> (énfasis añadido).

255. La realidad del proceso, de todas formas, no se agota en dicha publicación, pues existe un amplísimo catálogo de antecedentes jurídicos, históricos y dogmáticos, que permiten establecer con claridad que no existió ninguna conducta de mi representada que pudiera razonablemente estimarse como una infracción a la prohibición de *interlocking* contenida en el artículo 3 inciso 2º letra d) del Decreto Ley 211. Dichos antecedentes no fueron revisados en su integridad y de forma adecuada por el fallo impugnado, según se indicó *supra*.

256. En ese sentido, se puede aludir a lo expresado por el señor Felipe IRARRÁZABAL, Fiscal Nacional Económico de la época, a partir de lo que consta de la Historia Fidedigna de la Ley N°20.945<sup>108</sup>. En ese mismo contexto, el entonces Ministro de Economía indicó que solo el *interlocking* directo horizontal debía ser sancionado por el literal d), pues el vertical indirecto podía conllevar eficiencias económicas<sup>109</sup>. En igual línea se puede apuntar a lo

<sup>107</sup> Ver, CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo.*, p. 592.

<sup>108</sup> En ese sentido, se dejó constancia que don Felipe Irarrázabal *“enfaticó que el que el objetivo de la norma propuesta es prohibir que una misma persona natural ejerza el cargo de director en dos o más empresas competidoras al mismo tiempo, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas. (...) [También] consideró innecesario prohibir el interlocking vertical (también indirecto, por cuanto no es entre empresas competidoras) porque en tales casos no hay competencia entre las empresas involucradas”*. Ver, Historia de la Ley N°20.945, acompañada por Banco de Chile a estos autos a folio 72, p.76.

<sup>109</sup> *Ibid.* En concreto, se dejó constancia que “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”.

expresado por don Ricardo Riesco, ex Fiscal Nacional Económico, en su artículo “*Nueva Ley de Competencia*”, que concuerda con que el único *interlocking* sancionado por el tipo específico es el horizontal directo<sup>110</sup>. En respaldo de lo anterior se puede aludir a lo consignado por don Manfred ZINK, ex Jefe de la División de Fiscalización de la FNE, al indicar que la letra d) se circunscribe a este tipo de *interlocking*<sup>111</sup>.

257. En esa misma línea se manifestaron diversos expertos en esta materia, según se acreditó de forma determinante en este proceso. En tal sentido se puede aludir a lo expresado por el profesor Domingo VALDÉS<sup>112</sup>, el profesor Eduardo CORDERO<sup>113</sup>, don Mario YBAR, ex Subfiscal Nacional Económico<sup>114</sup>, el profesor Enrique ALCALDE<sup>115</sup>, don Felipe IRARRÁZABAL, ex Fiscal Nacional Económico y doña María Soledad KRAUSE<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> Ver, RIESCO, R. y ESPINOZA, A. (2016): “Nueva ley de competencia en Chile”, en *Revista de Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, N°44, pp. 107-120. En concreto, se expresó: “En efecto, nuestra hermenéutica de la nueva ley es que, por un lado, el *interlocking directo* es per se un ilícito anticompetitivo, ya que cumpliéndose los requisitos del tipo surge la prohibición y en caso de que esta sea infringida, no cabe justificación alguna ni determinación de la existencia de efectos, sino que procede sancionar. Mientras que, por otro lado, situaciones de *interlocking indirecto* han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como *rule of reason*. Es decir, dichas conductas serán sancionadas en la medida que la autoridad haya podido determinar que produjeron efectos anticompetitivos o hayan razonablemente tendido a producirlos”.

<sup>111</sup> En ese sentido, el referido autor expresó: “Además, la interpretación en comento tiene un efecto reflejo sobre los demás literales del inciso 2° del artículo 3°, cuestión que podría tener efectos perniciosos, sobretudo en relación a su letra d), que prohíbe el *interlocking* horizontal directo, consistente en la participación simultánea de una persona en cargos directivos o ejecutivos relevantes en dos o más empresas competidoras”. ZINK, M. (2021) “¿Tienen cabidas las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley Número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 27, N°2, pp. 94-113.

<sup>112</sup> En ese sentido, en la prueba testimonial de la causa C-437-2021, acompañada por Consorcio a folio 364, el autor expresó: “Puedo constatar que las cátedras de la libre competencia, como los abogados especializados en el tema, como las manifestaciones que ha tenido la autoridad, las autoridades antimonopólicas, coinciden en el sentido de que la interpretación vertida en los requerimientos no se ajusta a lo que normalmente se ha entendido en nuestro país... el *interlocking directo*”. Ver Transcripción de audiencia testimonial del señor Domingo Valdés Prieto, acompañada por Consorcio a folio 364 de estos autos, p. 23.

<sup>113</sup> Ello se consigna en el Informe Cordero, en el que se expresó: “De los supuestos analizados por la FNE, sólo el *interlocking* directo fue regulado en nuestro ordenamiento jurídico (entre empresas competidoras entre sí) y no el indirecto, esto es, aquél que se produce entre las matrices de dos competidores, las que tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades”. Informe Cordero, acompañado por Banco de Chile a folio 301 de estos autos, p. 36.

<sup>114</sup> Así, el referido autor expresó: “Las consideraciones expuestas en la sección precedente, confirman, según se anticipó, que el artículo 3° letra d) estableció una prohibición únicamente del *interlocking* horizontal directo. Resulta así equivocado interpretar el concepto de “empresas competidoras entre sí” para efectos de la letra d) del artículo 3° del Decreto Ley 211 como si incluyera (indiferenciadamente) a todas las entidades sujetas a un mismo centro de decisiones —o aquellas que, en términos de la ley de mercado de valores, puedan considerarse como parte de un mismo grupo empresarial—. Tal entendimiento —debe observarse— es particularmente expansivo, cubriendo hipótesis que en rigor exceden con creces situaciones de *interlocking* indirecto de tipo matriz-filial a nivel de la empresa matriz, buena parte de las cuales no justifican aprensiones razonables desde una perspectiva de libre competencia”. Informe Ybar, acompañado por Banco de Chile a folio 302, p.12.

<sup>115</sup> El referido autor señaló: “El art. 3, inc. 2°, letra d) del D.L. N°211 prohíbe el *interlocking* horizontal directo y la participación simultánea del Sr. Hurtado Vicuña en los Directorios de Consorcio y Larraín Vial, ambas sociedades controladoras, dentro de cuyos conglomerados hay filiales con giro de corredoras de bolsa, es un tipo de *interlocking* indirecto que no está contemplado por la referida letra d)”. Informe Alcalde, acompañado por Consorcio a folio 399, p.20.

<sup>116</sup> Los autores aludidos expresaron: “La interpretación que debe darse al artículo 3 letra d) del Decreto Ley N°211 es una restringida únicamente a las hipótesis de *interlocking* directo, lo que parece razonable teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición”. En Informe de don Felipe IRARRÁZABAL y doña María Soledad KRAUSE, acompañado por Consorcio a folio 396, p.1.

258. En ese sentido, se puede ahondar en aquello que consta en el proceso y que estructura una postura unánime respecto al *interlocking* indirecto, que excluye toda culpa por parte de mi representada. En el tal sentido es posible aludir a los diversos antecedentes desarrollados por estudios jurídicos<sup>117</sup>, universidades<sup>118</sup>, o manuales y políticas de libre competencia desarrolladas para múltiples empresas o entidades públicas<sup>119</sup>.

259. La Sentencia impugnada no analiza con la profundidad debida todos los antecedentes que obran en el proceso, que dan cuenta que un ***interlocking* como el de marras jamás fue considerado como un ilícito cuyo sujeto activo sea una persona jurídica o que debería ser sancionada *per se***. La abundante prueba rendida no opera de forma aislada, sino que conforma un andamiaje jurídico, teórico y práctico que evidencia que la pretensión sancionadora que se refleja en la Sentencia jamás fue acogida con anterioridad al requerimiento ni por la FNE, ni por alguna autoridad nacional o extranjera, ni por nadie.

260. Así, todos los antecedentes dan la importancia que corresponde a la distinción existente entre el *interlocking* directo e indirecto. Lo expresado por la FNE, ya sea en el Informe del 2013, o lo que consta desde hace años en su página web, opera en esa misma línea, por mucho que parezca ambiguo para la decisión de los dos ministros de la decisión

<sup>117</sup> Así, se puede aludir a: (i) lo expresado por el estudio Grasty Quintana Majlis, en la publicación titulada *Interlocking y participaciones cruzadas*, acompañada por Consorcio a estos autos a folio 351; (ii) la distinción entre *interlocking* directo e indirecto desarrollada por el Estudio Lewin Abogados, en su *Manual de Libre Competencia para Directores*, p.10, acompañada por Consorcio a estos autos a folio 349; (iii) la publicación del estudio FerradaNehme, del 13 de julio de 2016, titulada *Principales reformas a la Normativa de Defensa de la Libre Competencia*, que alude a que la letra d) aborda al *interlocking* horizontal directo, acompañada por Consorcio a estos autos a folio 348; (iv) lo indicado en la Guía Comparada sobre Libre Competencia, del estudio Albagli & Zaliasnik, de julio de 2022, que solo consigna como ilícito sancionado por el derecho de la libre competencia chilena al *interlocking* horizontal directo (p.6), acompañada por Consorcio a folio 350 de estos autos; (v) la publicación del estudio Dalgalarando & Cía. abogados, del 29 de diciembre de 2016, por el que se indica que el tipo específico incorporado por la Ley N°20.945 fue el *interlocking* horizontal directo, acompañada por Consorcio a folio 352 de estos autos; y, de forma análoga, (vi) la publicación del estudio Moraga y Cía, titulada *La colusión por fin es delito*, del 9 de octubre de 2018, por el que se indica que la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211 corresponde a una hipótesis de *interlocking* horizontal directo. Este último antecedente fue acompañado por Consorcio a folio 353 de estos autos.

<sup>118</sup> En tal línea se puede aludir a: (i) la *Guía de Interlocking* del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, que consigna que el tipo específico solo sanciona al *interlocking* horizontal directo, antecedente acompañado por Consorcio a folio 339; (ii) el documento del Programa de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulada *Interlocking*, de junio de 2022, que contempla que la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211 solo hace referencia al *interlocking* horizontal directo (p.4), antecedente acompañado por Consorcio a folio 340 de estos autos.

<sup>119</sup> En esa línea, es pertinente referirse a: (i) el *Manual de Cumplimiento de Normas de Libre Competencia* de Watt's S.A., que vincula al tipo específico con el *interlocking* horizontal directo (p.31). Antecedente acompañado por Consorcio a folio 357 de estos autos. (ii) La Política de Libre Competencia de Mallplaza S.A. que coincide en el hecho de que el *interlocking* horizontal directo se trata del comportamiento sancionado por la letra d) del artículo 3° del Decreto Ley 211. Dicho antecedente fue acompañado por Consorcio a folio 354 de estos autos. (iii) El *Manual del Programa de Cumplimiento de los Principios y Regulaciones de Libre Competencia* de Empresas Copec, de mayo de 2019, que indica que la legislación de libre competencia prohíbe el *interlocking* horizontal directo (p.16). Antecedente acompañado por Consorcio a folio 355 de estos autos. (iv) *Política de Cumplimiento de Libre Competencia Cencosud*, versión de 23 de agosto de 2023, tal antecedente solo advierte acerca de los riesgos del *interlocking* horizontal directo (pp. 10-11). Dicho documento fue acompañado por Consorcio a folio 356 de estos autos. (v) *Manual de Libre Competencia* de Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi SCM, de noviembre de 2021. Tal antecedente indica que el *interlocking* directo se encuentra prohibido y que el indirecto es lícito, con riesgos que deben mitigarse (p. 23). El instrumento referido fue acompañado por Consorcio a folio 356 de estos autos. (vi) Informe elaborado por Zagreb Consultores Limitada para la Subsecretaría de Telecomunicaciones, titulado *Estudio de Modelos de Inversión y Explotación bajo el Concepto de Asociación Público-Privada*, de 12 de abril de 2017, tal documento consigna que el *interlocking* directo se trata del ilícito específico regulado en el inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211. Tal documento fue acompañado por Consorcio a folio 359 de estos autos.

de mayoría<sup>120</sup>. ¿Cuál es la ambigüedad? Solo para la Sentencia dicha distinción carece de mérito significativo y lleva a la imposición de una exorbitante sanción que nadie pudo prever.

ii) *La confianza legítima y su relación con la ausencia de culpa*

261. Otro error fundamental de la Sentencia en lo que concierne a esta materia, **radica en limitar de forma injustificada el alcance que puede tener la confianza legítima respecto a la culpabilidad del agente imputado** para afirmar que la excepción de falta de culpa por confianza legítima debe ser desestimada y, a lo sumo, ponderada como una atenuante (que finalmente ni siquiera se consideró para disminuir sustancialmente la multa)<sup>121</sup>.

262. Sin embargo, el derecho administrativo sancionador no se guía por un régimen de responsabilidad objetiva, sino que exige la concurrencia de un sustrato subjetivo que permita atribuir responsabilidad al agente, en aras a que se configure un motivo que justifique la actividad del *ius puniendi* estatal.

263. Así, en este mismo proceso, el profesor CORDERO QUINZACARA ha expresado que: *“la responsabilidad derivada de una infracción [de Libre Competencia] **no es objetiva**, ya que exige la reprochabilidad de la conducta del sujeto, en la medida que en la situación concreta podía haberse sometido a los mandatos y prohibiciones establecidos por la norma. Aquella por regla general no se presume y, por tanto, **requiere ser acreditada por la autoridad respectiva**. La culpabilidad no sólo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también determina su magnitud”*<sup>122</sup> (énfasis añadido).

264. Sentencias previas del H. Tribunal<sup>123</sup>, así como el profesor VALDÉS<sup>124</sup>, concuerdan con esta postura, lo que es de toda lógica, dado que la imposición de una sanción no se rige por criterios que se desliguen de forma absoluta de un análisis del comportamiento del agente imputado. En definitiva, la legitimidad de la sanción a establecer estriba en la concurrencia de factores que permitan configurar la *reprochabilidad* del agente. Ello es uno de los principios básicos del derecho administrativo sancionador, en el sentido de que no puede establecerse un castigo si no existe un comportamiento reprochable del imputado (*nulla poena sine culpa*)<sup>125</sup>.

265. Esta parte desarrolló la concurrencia de la confianza legítima y ausencia de culpa en forma subsidiaria, **destacando que no se alega la concurrencia de una eximente, sino la**

<sup>120</sup> En concreto, se puede aludir a los siguientes considerandos de la Sentencia: (i) considerando ducentésimo vigésimo: “Que, como se trató en la subsección E.3, se ha acreditado que la FNE ha publicado información en términos generales sobre el ilícito de la letra d) que puede calificarse de ambigua (véase, considerando centésimo octogésimo quinto), y ha mantenido disponibles al público documentos que, si bien son anteriores a la dictación de la Ley N° 20.945, distinguen entre casos de interlocking directo e indirecto, elementos que serán considerados como atenuantes para el cálculo de la multa”. (ii) Considerando ducentésimo sexagésimo segundo: Que, respecto del resto de circunstancias que las infractoras invocan en sus contestaciones para excluir o mitigar la sanción, tratadas en la subsección E.4, se ha acreditado que la FNE ha publicado información en general sobre el ilícito de la letra d) que puede calificarse de ambigua (véase, considerandos ducentésimo undécimo y ducentésimo duodécimo) y, además, se han mantenido disponibles al público documentos que, si bien son anteriores a la dictación de la Ley N° 20.945, distinguen entre casos de interlocking directo e indirecto, elementos que serán considerados como atenuantes para el cómputo de la multa”.

<sup>121</sup> Así, el H. TDLC expresó en su considerando 93°: “Que, para el análisis de esta defensa, primero cabe referirse a si es aplicable el principio de confianza legítima como una causal de exoneración de responsabilidad en esta sede. A este respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que existe un obstáculo de índole normativo ya que en esta sede las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley (Excma. Corte



**absoluta convicción de no haber ejecutado ningún hecho, acto o convención que permita sancionar a mi representada.** No existe ninguna comunicación, prevención o teoría de la autoridad que siquiera permitiese concebir, con anterioridad al presente litigio, que el *interlocking indirecto* es una conducta reprochable *per se* y que, además, tenga por sujeto activo a una enteleguía sin personalidad jurídica, a partir de una errada aplicación de la doctrina foránea de la unidad económica.

266. Tal como señaló esta parte, aquí no se trata de aplicar una eximente de responsabilidad legal sino, por el contrario, la excepción se basa en la determinación jurisprudencial de si un imputado es o no culpable y que tan reprochable es su conducta atendida la prueba rendida.<sup>126</sup> La Sentencia tergiversa expresamente lo anterior y restringe lo solicitado por esta parte a una eximente que jamás se planteó como elemento central de la excepción.

267. Una eximente implica la concurrencia de un acto previo, sancionado por el derecho, que es exonerado de responsabilidad por ciertas causales contempladas en el ordenamiento jurídico; la exculpación se refiere al sustrato de imputación subjetiva, al juicio de reproche que se puede atribuir al agente, sin necesidad de que se acoja expresamente por la ley. Lo anterior es lógico, dado que, como se ha expresado, el ejercicio del *ius puniendi* estatal radica en la culpabilidad del agente, como expresa el ex Ministro de la Corte Suprema don Carlos KÜNSEMÜLLER<sup>127</sup>. En ese sentido, la confianza legítima elimina la culpa del agente, porque

---

Suprema, 8 de abril de 2020, Rol N° 9.361-2019, c. 51°). Para el caso particular, y aun cuando pueda argumentarse que la confianza legítima es un principio transversal al derecho administrativo chileno, el Decreto Ley 211 como ordenamiento regulador de la defensa de la competencia no contempla la confianza legítima como eximente de la responsabilidad derivada de la infracción a sus normas, lo cual descarta su aplicabilidad, sin perjuicio de que podría invocarse como una atenuante”.

<sup>122</sup> Ver Informe Cordero, acompañado por esta parte a folio 301 de los presentes autos, p. 30.

<sup>123</sup> En ese sentido, ver Observaciones a la Prueba de Banco de Chile, pp. 101-102. Allí se alude a: (i) Sentencia H. TDLC N°167/2019, de fecha 28 de febrero de 2019, considerando 178°: “en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas”. En ese mismo sentido, respecto a la concurrencia de la exigibilidad de otra conducta; se cita (ii) la Sentencia H. TDLC N°94/2010, de fecha 7 de enero de 2010, considerando 100°: “no está acreditado que fueran de una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta”. En el sentido de la importancia de cómo la conducta reprochable se difumina al concurrir un comportamiento por parte de la administración que lo avala, se alude a lo expresado en la misma sentencia previamente citada, en su considerando 99°: “(el obrar de la Administración) razonablemente debió tener efectos en la percepción de los requeridos respecto de la ilicitud de sus actuaciones, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia”.

<sup>124</sup> En ese sentido, el referido autor expresó: “consideramos que el principio general del Derecho consistente en que no hay pena sin culpabilidad inspira e informa todo el orden jurídico y, por tanto, alcanza a todas las modalidades de penas, sea que éstas correspondan a cualquiera de las tres grandes categorías de delitos que enunciábamos al tratar del injusto de monopolio: delitos penales, delitos infraccionales -entre los cuales se cuenta el injusto de monopolio del Decreto Ley 211- y delitos civiles (...) La culpabilidad es un requisito esencial e inamovible para el establecimiento y la aplicación de las penas. Sólo cabe imponer una pena por una conducta a quien sea autor o dueño de ésta, y sólo existe señorío sobre una conducta propia en tanto que ésta haya sido ejecutada con conocimiento y voluntad de lo que se estaba realizando por parte del autor de la misma”. VALDÉS, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 299-300. En ese sentido, nos remitimos a lo expresado en el párrafo 294 de las Observaciones a la Prueba presentadas por esta parte, párrafo 294, p. 100.

<sup>125</sup> El profesor CORDERO QUINZACARA, ha expresado: “La aplicación del principio de culpabilidad a las sanciones administrativas significa, en primer término, que éstas no pueden imponerse sino al infractor que ha actuado de forma dolosa o culposa. Existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia respecto de la aplicación de este principio en materia de sanciones administrativas, aun cuando no se indica la fuente o fundamento de tal afirmación”. En CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo*, p. 836.

<sup>126</sup> Observaciones a la prueba de Banco de Chile, párrafo 303, p.103.

<sup>127</sup> En relación a ello, el referido autor a expresado: “Si el principio cardinal -limitativo del poder penal estatal- proclama que no hay pena sin culpabilidad, el sabe que quiere transmitir y llevar a la praxis, es que donde no

este obró y desplegó todas las medidas pertinentes con la convicción que su conducta era lícita.

268. Lo expresado es especialmente relevante debido a que, con anterioridad a la Sentencia, para TODOS, según se expresó *supra*, solo el *interlocking* horizontal directo se entendía como parte del tipo específico regulado en la letra d) del artículo 3° del DL 211. Nadie consideraba que la conducta imputada en autos era un ilícito *per se*.

269. **Lo concluido por la Sentencia implica establecer que todos y cada uno de los autores, expertos y entidades citadas habría incurrido en un error de prohibición invencible**, que excluiría toda culpa por parte del agente. En esa misma línea, no se debe perder de vista la relevancia que alcanza el elemento subjetivo respecto de la actividad sancionadora del Estado y cómo la inexigibilidad de otra conducta excluye la culpa del agente<sup>128</sup>.

270. El estándar de la culpa no se puede medir desde una interpretación normativa absolutamente minoritaria -y equivocada-, que con anterioridad a este proceso nadie había concebido o considerado. ¿Cómo pueden acatar los particulares lo preceptuado por la autoridad cuando ésta ha expresado de forma explícita, pública y consistente una postura incompatible con su imputación? ¿Existía algún antecedente, documento o fuente que permitiese a los particulares anticipar el criterio adoptado por la FNE en su requerimiento?

271. La confluencia de todos los antecedentes descritos permite concluir que un requerimiento como el de autos resultaba totalmente imprevisible. Aún más imprevisible resulta el estándar adoptado por la Sentencia para la fiscalización y sanción del *interlocking*.

272. Atenta contra toda noción de justicia que los particulares resulten juzgados y sancionados por un criterio difuso, recientemente establecido por la Sentencia y que sanciona -en forma retroactiva- en diametral oposición a publicaciones previas de la FNE, a la jurisprudencia previa del tribunal especializado y a lo expuesto por toda la doctrina nacional. El análisis del comportamiento del particular debe ajustarse a sus condiciones específicas, a lo que le es realmente exigible en razón de sus circunstancias particulares, en especial si se pondera que **lo que se establece en la Sentencia, a ojos de toda la ciudadanía, es la configuración de un nuevo ilícito de peligro abstracto, sancionado como una conducta *per se*.**

273. En esa línea, es pertinente aludir a lo expresado por el profesor CORDERO, quien indica: *“ahora bien, en este caso la prueba de la culpa no se construye sobre la base de la posición subjetiva de la persona imputada, sino que se objetiviza a partir del estándar de*

---

hay culpabilidad no puede haber pena, la imposición de ésta, sólo se legitima en cuanto respuesta a un actuar culpable”. En KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. (2022): *El Principio Nulla Poena sine Culpa*, Editorial Tirant lo Blanch, p. 41.

<sup>128</sup> En ese sentido se puede aludir DE PALMA DEL TESO, Ángeles (2001): “La culpabilidad”, en *Revista Justicia Administrativa*, p. 30. Citada en CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo*, p. 878. Así, la referida autora expresó: *“el elemento subjetivo de la culpa o el dolo es imprescindible para la existencia de una infracción administrativa, con todas las consecuencias que ello comporta: así, el derecho a la presunción de inocencia alcanza también a la prueba de la culpabilidad, **debe aplicarse el principio de responsabilidad personal por hecho propio y reconocerse relevancia al error**”* (énfasis añadido).



*comportamiento que se puede exigir a la entidad infractora, determinando en abstracto cómo debió haberse comportado el sujeto infractor y cuál fue la conducta que en definitiva se realizó, considerando los medios disponibles y sus circunstancias. Por lo tanto, corresponde a la Administración acreditar cuál es dicho estándar de comportamiento y cómo la conducta de la persona imputada no lo ha respetado en el caso concreto”*<sup>129</sup> (énfasis añadido).

274. La noción de todas las fuentes citadas en el proceso es atender a la diferencia existente entre el *interlocking* directo e indirecto, que la Sentencia pareciera estimar como absolutamente irrelevante y caracterizar como un ejercicio meramente teórico y vacío a todo lo discutido sobre el *interlocking* en el plano dogmático y jurisprudencial. Así, la Sentencia pierde de vista que el comportamiento que se sanciona es uno **de peligro abstracto, identificado como una conducta per se que se castiga sin la necesidad de acreditar efectos**. En ese sentido, se trata de una **figura excepcionalísima** que debe abordarse con sumo cuidado, para lo que las distinciones entre *interlocking* directo e indirecto son de la más alta importancia.

275. El celo sancionador de la Sentencia no puede ni debe omitir los principios que guían de manera transversal al *ius puniendi* estatal<sup>130</sup>. La lógica del fallo pareciera remitir a que todo *interlocking* que no esté expresamente autorizado por la norma se encuentra irremediablemente prohibido, debiendo castigarse con independencia de los efectos que el vínculo pueda generar en la libre competencia. Es una suerte de inversión de la noción más básica de la autonomía privada, estableciendo que los particulares solo pueden realizar aquellos actos que la ley explícitamente permite.

276. Así, Banco de Chile contaba con un catálogo de antecedentes, de la propia FNE, y de múltiples autoridades del derecho nacional y comparado, que lo llevaban a concluir que actuaba en conformidad a derecho. La Sentencia se inclina por un cambio legal a partir de una sanción, separándose de la literalidad y sentido de la norma y de lo que la FNE y el propio H. Tribunal habían expresado al respecto.

277. Sin perjuicio de lo señalado *supra*, en relación a la ausencia de infracción de nuestra representada, una correcta interpretación de los antecedentes debió llevar a la Sentencia a identificar la concurrencia de una legítima convicción que excluye la culpa del agente y la exime de responsabilidad, acogiendo a lo menos la excepción subsidiaria opuesta por esta parte.

<sup>129</sup> Ver, CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de Derecho Administrativo*, p. 878.

<sup>130</sup> El profesor CORDERO QUINZACARA agrega que el respeto por el principio de culpabilidad obliga de forma transversal a todos los órganos de la administración del estado, tanto en su ejercicio como en su aplicación: “*Por lo tanto, en la medida que el principio de culpabilidad es reconocido como parte del Derecho administrativo sancionador, su aplicación constituye no solo un mandato que deben respetar los órganos administrativos que ejercen este poder punitivo, sino también aquellos que están llamados a ejercer su control, esto es, la Contraloría General de la República y el Poder Judicial*” (énfasis añadido).

## V. PRESCRIPCIÓN

278. En subsidio de los argumentos previamente expuestos, es pertinente reiterar que una adecuada interpretación de la norma imputada lleva a concluir, en forma indefectible, que la conducta que se persigue se encuentra irremediabilmente prescrita.

279. Como se ha expresado *in extenso* a lo largo de esta presentación, el análisis de un ilícito *per se* exige un estricto apego a las nociones más básicas de la interpretación legal, por lo que el verbo rector debe circunscribirse al sujeto activo de la conducta imputada, que en ningún caso puede tratarse de una persona jurídica.

280. Lo particularmente llamativo, para efectos de descartar la prescripción, es que la Sentencia adopta una postura ambivalente respecto del tipo específico de *interlocking*. En efecto, para condenar, amplía la noción de participación más allá de la persona natural. Sin embargo, para justificar la continuidad del ilícito y descartar la prescripción, alude a comportamientos **propios únicamente de la persona natural**.

281. Es decir, en un nuevo salto lógico impresionante, concluye que el ilícito sería continuado respecto del Banco de Chile porque la conducta de un tercero distinto -no la del Banco- sería continuada.

282. Puede pensarse que el *interlocking* se caracterice como un ilícito de carácter continuo cuando involucra a una persona natural -única que puede mantenerse como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí-, pero es insólito que se considere como tal respecto de la persona jurídica<sup>131</sup>. Y eso se refrenda por la Sentencia, al basar la **permanencia o continuidad del acto en comportamientos que son propios del director o ejecutivo relevante**. Así, las conductas que se describen para fundar que el *interlocking* es un ilícito permanente o continuado, son aquellas propias de la persona natural del director, evidenciando una etérea y vaga noción de cómo la participación de la empresa puede prolongarse en el tiempo. En este sentido, la Sentencia expresó:

**“Centésimo cuadragésimo octavo:** Que, si bien el nombramiento se produce en un instante preciso, la participación de la persona en los cargos que la norma infraccional remarca no se agota con la decisión inicial de su nombramiento. En efecto, la actividad se ejerce en forma continua en el tiempo durante el período asignado para sus funciones. El ejecutivo relevante o director ha de estar a disposición de la entidad que dirige para ejercer su posición, sin que pueda abstenerse de ejercerla ni aun de modo temporal, salvo que medie autorización o anuencia previa de la entidad a la cual sirve para dejar de asistir o suspender sus funciones. No se puede concebir el ejercicio pasivo de cargos como estos, ya que sería contrario a la naturaleza de las funciones de administración inherentes a ellos;

<sup>131</sup> Así, se expresó en las Observaciones a la prueba, párrafos 327 y 328: “Podría discutirse si en el caso de la persona natural la infracción sea o no permanente -en mi opinión no lo es- pues su calidad de director o ejecutivo relevante se mantendrá mientras no renuncie a los cargos que dan lugar al mismo, en empresas competidoras entre sí. Sin embargo, en el caso de mi representada, el supuesto ilícito, de haber existido, indudablemente se habría consumado en el momento de la aceptación del cargo de director en la segunda sociedad (que no era el BCH); o a lo sumo cuando entró a regir la norma, en que era por lo demás de público conocimiento la calidad de don HB de director o ejecutivo relevante de las sociedades abiertas requeridas, más de 3 años antes del requerimiento de autos”.

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

**Centésimo quincuagésimo primero:** Que, en virtud de las consideraciones de hecho y derecho expresadas, se debe concluir que la conducta acusada corresponde a una infracción de carácter continuo, siendo permanente su ejecución mientras no se haga cesar la participación prohibida por la norma. Su ejecución finaliza cuando se produce la interrupción del interlocking, por el cese en alguno de los cargos que vinculan a las sociedades;

**Centésimo quincuagésimo segundo:** Que, en este caso, la ejecución de la conducta se mantuvo, al menos, hasta la fecha de la interposición del requerimiento, el 27 de diciembre de 2021, sin que se hubiese iniciado el cómputo del plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 20 del D.L. N° 211. La conducta del Sr. Büchi sólo cesó con la renuncia al cargo de director de Falabella el 13 de diciembre de 2022, luego de la conciliación aprobada en autos —según informó su defensa mediante presentación de folio 132—, ya que el 30 de marzo de 2022 había renunciado al directorio de Consorcio (contestación Consorcio, folio 73, § 106)” (el destacado es propio).

283. La resolución debe irremediabilmente acudir a estos comportamientos de un tercero **porque la participación como director o ejecutivo relevante solo es posible para una persona natural.** De ser concebible por parte de una persona jurídica, extendiendo generosamente el concepto, solo se restringiría a una de estas tres posibles acciones que indica la Sentencia, (en realidad condena sólo por las dos últimas), todas las cuales se agotan en el tiempo y ninguna de las cuales es continuada: **(i) El acto de nombramiento de la persona natural,** hito que cesa con su concreción y no tiene vocación de permanencia temporal. En el caso del Banco de Chile, cuando el señor Büchi fue nombrado no existía interlocking de ninguna especie; **(ii) No haber efectuado actos concretos con el fin de “impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado”,** lo que solo podría hacer antes del nombramiento, en que ya se perfeccionó, por lo que a partir de esto corre la prescripción; o, **(iii) como imputa la Sentencia “lograr que finalizara [el interlocking], mediante actos positivos”,** actos positivos que se señalan en la Sentencia (reconociendo que su resultado no depende de la sociedad ni de sus órganos, sino de la decisión autónoma de terceros, los accionistas). **Ninguna de las conductas que se imputa a nuestra representada, que es quien alegó la prescripción, tiene la característica de ser un ilícito continuado.**

284. No se puede perder de vista que el vínculo entre una sociedad y sus directores emana de una suerte de acto análogo a un contrato entre dichas partes, que requiere, además, la **aceptación del cargo por parte de la persona natural.** En ese sentido, es desde la fecha misma de la celebración de dicho acto jurídico -la aceptación del cargo de director por la persona natural designada, en la segunda sociedad- que se debe proceder al cómputo de la prescripción. Tal como ha expresado este H. Tribunal en la Sentencia N°118/2012, en requerimiento presentado contra Kiasa Demarco S.A.; y la Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de revisión a la sentencia dictada en el “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Air Liquide y otros*”, el **comportamiento ilícito se entiende**

verificado desde la celebración del contrato y, por consiguiente, desde tal fecha debe regir el cómputo de la prescripción<sup>132</sup>.

285. En consecuencia, tomando en consideración que el único hecho asimilable a la participación por una persona jurídica corresponde al nombramiento del director o ejecutivo, se debe apuntar a que la designación de Hernán Büchi por parte de Banco de Chile se verificó en el año 2008, antecediendo ello en más de una década al requerimiento<sup>133</sup>. El resultado no cambia si se quisiese considerar su nombramiento como director de Falabella, en abril de 2014 (que es cuando se habría consumado -por un tercero- el interlocking indirecto acusado como directo) o, a lo sumo, desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.945 -26 de febrero de 2017-. En todos los casos, **se supera con creces el plazo de 3 años establecido en el DL 211**, habiéndose notificado el requerimiento el 13 de enero de 2022, por lo que no cabe duda de que la **conducta imputada se encuentra irremediabilmente prescrita**.

#### VI. EN EL EVENTO DE QUE SE CONCLUYA QUE EXISTE EL ILÍCITO IMPUTADO, LA MULTA RESULTA DESPROPORCIONADA E INJUSTA

286. En subsidio a todo lo anterior, en el improbable evento de que se concluya que el comportamiento imputado debe ser sancionado, la multa establecida en la Sentencia resulta desproporcionada e injusta, debiendo exonerarse a Banco de Chile de su pago, o, al menos, reducir sustancialmente su cuantía.

287. Los criterios que adopta la Sentencia para determinar el *quantum* de la sanción no recogen algún tipo de criterio anterior, precisamente en consideración a que una conducta como la de marras jamás había sido perseguida ni sancionada. La Sentencia opta por establecer la multa a partir de criterios estrictamente matemáticos, sin atender razones de fondo o de justicia respecto a la sanción establecida.

288. Lo expuesto en diversas publicaciones de la FNE y lo expresado por autoridades nacionales extranjeras, estructura una coyuntura, previa al requerimiento, en que nadie siquiera imaginó que el comportamiento atribuido podría representar la ilicitud o gravedad que la Sentencia da por acreditada. En cambio, la resolución impugnada da un valor

<sup>132</sup> Así, la Excm. Corte Suprema expresó en la causa aludida que “en el caso de autos, la ejecución de la conducta referida al reparto del mercado entre las requeridas, y en virtud de ello el abuso del poder logrado en el mercado, que se traduce en la determinación anticompetitiva de precios excesivos y discriminatorios, tiene lugar al momento de la celebración de los contratos de aprovisionamiento de oxígeno con los respectivos centros asistenciales. En efecto, de existir el acuerdo que les imputa, y como consecuencia de ello el abuso de poder al momento de determinar los precios, éste no se materializa sino una vez que se han celebrado los respectivos contratos entre las empresas requeridas y los hospitales públicos a que se hace mención en el requerimiento. El que la celebración del contrato produzca o pueda producir efectos de carácter permanente, al menos durante la vigencia de éste, desde luego no importa que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que el contrato termina. La ley es muy clara al respecto cuando dispone que éste comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que, como se dijo, se materializa en el caso de autos en la celebración de los respectivos contratos entre las empresas contra las que se dirige el requerimiento, y los distintos centros hospitalarios que allí se mencionan, independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo. Por lo anterior, las conductas referidas por el Fiscal Nacional Económico en el requerimiento de fs. 1, respecto de contratos celebrados con anterioridad al 3 de agosto de 2005, se encuentran prescritas”. Ver, Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 22 de enero de 2007, en autos rol 5.057-2006.

<sup>133</sup> Respecto a ello, no se puede perder de vista lo establecido en la Sentencia, en su considerando centésimo vigésimo noveno: (...) “En particular, Hernán Büchi se desempeñó tanto como asesor del directorio y director de Banco de Chile a contar el 1° de abril de 2008, como de director en Falabella y Consorcio, a partir de 29 de abril de 2014 y 11 de junio de 2016, respectivamente”.

insignificante a los comunicados previos de la autoridad y pierde de vista que, con anterioridad, era inconcebible considerar al *interlocking* indirecto como un ilícito *per se*, según se ha profundizado latamente en esta actuación. **Nuestras representadas se encontraban de buena fe y con la íntegra convicción de que su obrar no era contrario a derecho.**

289. Tal circunstancia, incluso si se quisiera sancionar para cambiar la conducta de los justiciables en el futuro, ello debió suponer la exclusión de cualquier tipo de multa o al menos una reducción significativa de la misma. En cambio, la sanción de 4.000 UTA, con una mínima rebaja<sup>134</sup> del total solicitado por la FNE -a pesar de haberse aceptado la confianza legítima como atenuante- aparece como insustancial y absolutamente desconectado del contexto fáctico y jurídico que precedió a la imputación formulada.

290. El ejercicio de la función judicial no se ciñe a criterios meramente cuantitativos, sino que se debe administrar justicia considerando las circunstancias del caso concreto. En esa misma lógica, **resulta insólito que una sanción como la de la presente causa exceda considerablemente<sup>135</sup> a condenas por colusión, la infracción más grave que existe contra la libre competencia** y en que los responsables tienden a desplegar un comportamiento doloso, activo y consciente para vulnerar el bien jurídico tutelado.

291. Para cumplir los parámetros que la propia Sentencia establece<sup>136</sup> y guiar el comportamiento de la generalidad de los ciudadanos no es imprescindible una multa. El nuevo tipo descrito por la Sentencia, aunque inusitado, no es de detección compleja<sup>137</sup>. Su única particularidad es que nadie tenía la más mínima noción de que conformaba una infracción *per se*; lo que es lógico por todo lo ya dicho.

292. Si se establece una nueva e inédita lectura del precepto, lo lógico es que tal interpretación no opere retroactivamente en contra de los particulares. En esa línea, el

<sup>134</sup> En concreto, la multa solicitada respecto de Banco de Chile solo se redujo en 460 UTA de las 4460 solicitadas por la FNE.

<sup>135</sup> Así, a modo ejemplar (i) en la Sentencia N°148/2015, del 23 de diciembre de 2015, la condena más alta fue por 1.790 UTA a Química Latinoamericana S.A. y la más baja por 718 UTA a Dynal Industrial S.A. (ii) En la Sentencia N°145/2015, del 1 de abril de 2015 se establecieron sanciones de entre 1,66 y 10 UTA. (iii) En la Sentencia N°172/2020 de 8 de enero de 2020 se condenó a 200 UTA a cada una de las requeridas. (iv) En la Sentencia N°175/2020, de 21 de diciembre de 2020, se establecieron condenas entre 20,6 y 160,5 UTA. Es decir, en los casos señalados, respecto a las multas más bajas, la sanción impuesta a Banco de Chile es exponencialmente superior, respecto a la más alta, es más que el doble.

<sup>136</sup> La Sentencia atiende a los siguientes factores para determinar la multa, de conformidad a lo establecido en su considerando ducentésimo quincuagésimo sexto: “Que, en segundo lugar, para determinar el quantum de la sanción, resta examinar cada una de las circunstancias descritas en la letra c) del citado artículo 26, a saber: (a) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; (b) la gravedad de la conducta; (c) el efecto disuasivo; (d) la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años; (e) la capacidad económica del infractor; y, (f) la colaboración que éste haya prestado a la FNE antes o durante su investigación. Asimismo, se estudiarán otros elementos esgrimidos por las partes”. Es pertinente apuntar a que no se acreditó ningún tipo de beneficio económico asociado a la conducta -ni siquiera se tuvo que probar la concurrencia de efectos asociados a la misma- y difícilmente las partes podrían tomar un rol activo respecto a la investigación de la conducta si, como la generalidad de la ciudadanía, tenían la plena convicción de que tipo imputado no se encuentra prohibido al tenor de lo establecido en el requerimiento y la Sentencia.

<sup>137</sup> Así se establece en la propia Sentencia, en su considerando ducentésimo quincuagésimo noveno: “**No obstante, por otro lado, debe tenerse en cuenta que la infracción a la letra d) del inciso segundo del artículo 3° tiene una probabilidad importante de ser detectada, ante el ejercicio de determinados cargos directivos, particularmente en mercados sujetos a regulación, como son los relacionados con el mercado bancario, de capitales y seguros. Por estas razones, no se estima necesario incrementar la multa que será impuesta con el fin de compensar la probabilidad de detección de la infracción**” (énfasis añadido).



elemento disuasivo que se persigue mediante la Sentencia es perfectamente alcanzable con prescindencia de sanciones pecuniarias, pues la declaración expresa y pública del H. Tribunal, de que el *interlocking* indirecto es un ilícito *per se*, en el improbable caso que llegara a ser confirmada, **es suficiente para generar el impacto deseado en la organización estructural de todas las sociedades y entidades económicas del país, pues nadie en su sano juicio estará dispuesto a arriesgarse a las importantes sanciones que se aplican en esta sede solo por mantener a un director** (eso es además demostrativo de que nuestra representada jamás se representó la ilicitud de su actuar).

293. Ese tipo de declaraciones serían precisamente las que generan expectativas ciertas y concretas en los particulares, que, de vulnerarse, pueden ser sancionadas en el futuro con pleno respeto a las nociones más elementales de interpretación de la ley y a los principios del *ius puniendi* estatal.

294. **Todos los antecedentes -incluyendo la publicación en la página web de la FNE, vigente a la fecha de esta presentación- apuntaban a que el obrar de las requeridas no envolvía ningún tipo de contravención a la libre competencia.**

295. En consecuencia, la Sentencia desatiende nociones elementales de justicia y decreta una sanción que pierde todo parámetro respecto a infracciones o comportamientos más graves en una conducta que, incluso si se considera ilícita, se cometió sin culpa y es primera vez que se sanciona, por lo que no debió aplicarse multa o, al menos, aplicar una reducción muy significativa de la misma, lo que no impide que, en casos futuros, una vez establecido el nuevo criterio, puedan aplicarse sanciones más severas.

## VII. CONCLUSIONES

1. El tipo infraccional establecido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211 es de **claridad absoluta**, pues **sanciona a (1) el que participa (2) como director o ejecutivo relevante (3) en dos o más empresas competidoras entre sí.**
2. **Es incuestionable** que:
  - i. Banco de Chile no participa -y es imposible que participe- como director o ejecutivo relevante de ninguna empresa.
  - ii. Banco de Chile es una empresa bancaria que solo participa en el mercado bancario. No participa en ningún otro mercado, ni puede hacerlo sin infringir la ley, debido a su giro exclusivo.
  - iii. Los bancos compiten con los bancos, las corredoras de bolsa con las corredoras de bolsa y las corredoras de seguros con las corredoras de seguros.
  - iv. Don Hernán Büchi, tercero distinto al Banco de Chile, y por cuyas acciones este no responde, solo participó como director o ejecutivo relevante de un banco, no lo hizo en ninguna corredora de bolsa y en ninguna corredora de seguros.
3. **La competencia se da entre empresas que ofrecen bienes y servicios en un determinado mercado relevante -geográfico o del producto-, definido de acuerdo**



a las diversas metodologías económicas que se utilizan en el derecho de la competencia. Bajo ellas, es evidente que las requeridas no compiten entre sí.

4. **Ello explica la lectura unánime del precepto que precedió a la disruptiva tesis seguida por la Sentencia.** En efecto, con anterioridad al fallo, la lectura del precepto era pacífica y conforme a su literalidad: **nadie** sostenía que el tipo infraccional cubriera hipótesis distintas de las del interlocking horizontal directo, cuyo sujeto activo es la persona natural que participa como director o ejecutivo relevante de empresas competidoras entre sí.
5. La sola lectura del tipo infraccional evidencia la **clara falta de legitimación pasiva de Banco de Chile.** Es ontológicamente imposible que una persona jurídica sea director o ejecutivo relevante de ninguna empresa, y menos de una entequeria sin personalidad jurídica.
6. La Sentencia incurre en un incuestionable desacierto al señalar que las empresas requeridas son “*competidoras entre sí*”. Se ha demostrado que es imposible que lo fueran, en consideración al giro exclusivo de Banco de Chile, y que Consorcio Financiero o Falabella habrían cometido un delito si hubieren ofrecido bienes o servicios bancarios.
7. Para establecer artificialmente una noción de competencia, la Sentencia alude erróneamente a la **doctrina europea de la “única unidad económica”, tesis jurídica que no se sustenta en los hechos discutidos y acreditados en la causa**, pues su aplicación respecto de Banco de Chile es errada e inconsistente. Se está castigando a una empresa bancaria, entidad que no tiene la atribución estructural de dirigir el comportamiento de una pretendida unidad económica, en base a una teoría foránea que tiene por finalidad atribuir responsabilidad anticompetitiva por una conducta cometida en un determinado mercado relevante y no la de determinar que empresas compiten entre sí. Para aplicar esa teoría -según la doctrina europea- debe existir previamente una infracción a la libre competencia cometida en algún mercado relevante determinado (usando la metodología económica apta para ello), y así se ha fallado siempre.
8. Confirma la errónea aplicación de esta teoría extranjera el hecho que el ilícito de *interlocking*, por su propia naturaleza, solo puede ser cometido en empresas constituidas como una persona jurídica determinada, pues sólo en ellas se puede ser director o ejecutivo relevante, y no de entequerias sin personalidad jurídica.
9. La Sentencia incurre en flagrantes **errores en la aplicación de la ley, inventando un nuevo tipo infraccional** jamás advertido ni contemplado por el legislador. El tenor expreso de la ley sanciona **(i)** “*la participación como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras entre sí*”. En cambio, **la sanción se impone a una entidad económica por (ii)** “*la vulneración a un virtual deber de cuidado de tolerar que una persona natural participe en el cargo de director o ejecutivo relevante, sin adoptar los resguardos pertinentes*”. Esto último, lo sancionado, no está tipificado en modo alguno en el tipo infraccional por el cual se condena a nuestra representada, a pesar de sostener la Sentencia que se trata de un ilícito de peligro

- abstracto que se considera *per se* contrario a la libre competencia. A mayor abundamiento, la Sentencia no precisa cuáles medidas o acciones concretas debieron ser desplegadas para tal efecto ni qué norma impone hacerlo.
10. La Sentencia estima que el tipo infraccional de *interlocking* de la letra d) del artículo 3° sería un ilícito *per se*, que puede sancionarse sin que se acrediten sus riesgos o efectos para la Libre Competencia. **Siendo así, el intérprete debe efectuar una lectura restrictiva, ateniéndose a su literalidad.** La Sentencia ha hecho todo lo contrario: ha ampliado desmesuradamente el ámbito de aplicación del tipo, contraviniendo los más elementales criterios de interpretación legal, según se demostró, a pesar de que los hechos en cuestión no pueden subsumirse en su clara literalidad.
  11. No bastando con ello, incluso cuando se considere que este nuevo tipo existe y es contemplado por la norma, **la conducta supuestamente ordenada escapa a la esfera de control de la persona jurídica: la ausencia de su elemento volitivo es absoluta.**
  12. En efecto, para que se configure el ilícito, el director o ejecutivo relevante **(i) debe ser nombrado por un grupo de accionistas según su propio interés (no por la Junta de Accionistas actuando como órgano de la sociedad), y en una segunda empresa** - respecto a lo que nada puede hacer Banco de Chile- y, luego **(ii) se debe verificar la aceptación por parte de la persona natural** -acto personalísimo que tampoco forma parte de la esfera de control de nuestra representada-. Cabe recordar que cuando Banco de Chile nombró a don Hernán Büchi, él no era director de ninguna de las otras empresas requeridas.
  13. Profundizando lo anterior, la Sentencia **desatiende el elemento lógico-sistemático de interpretación**, no solo porque desconoce de forma errónea que las personas jurídicas no pueden ser director o ejecutivo relevante, sino también por la artificial equivalencia que se plantea entre la noción de “*empresa*” y “*grupo empresarial*”, transformándolas en conceptos análogos, para lo cual utiliza antojadizamente la teoría de la única unidad económica, que en caso alguno tiene por finalidad la extensión del concepto de empresa, sino solamente la atribución de responsabilidad anticompetitiva.
  14. En esa misma línea, la **Sentencia incurre en una errónea aplicación del elemento histórico**, pues no pondera que el legislador, al redactar la norma, tuvo en consideración ambas hipótesis de *interlocking* y que, deliberada y prudentemente, expresamente decidió excluir al tipo indirecto de la letra d) del artículo 3° del Decreto Ley 211.
  15. **La Sentencia tampoco ha respetado el elemento teleológico**, pues no efectúa un adecuado análisis de los efectos o riesgos del *interlocking* indirecto, que fueron excluidos deliberadamente del tipo infraccional por ser menos significativos que los del *interlocking* directo horizontal, según se demostró.
  16. La Sentencia, además, **vulnera el principio de congruencia procesal**, al sancionar un presupuesto que jamás se perfiló en el requerimiento de la FNE, resolviendo *extra petita*.

17. **La Sentencia también vulnera las normas reguladoras de la prueba**, al condenar por hechos que ni siquiera fueron considerados en la interlocutoria de prueba. **(i)** La constatación de la vulneración del supuesto deber de cuidado que opera como base de la condena; y, **(ii)** La interrupción de la prescripción, que ni siquiera se abrió a debate. A eso cabe agregar que los hechos que si se fijaron en el auto de prueba no fueron acreditados en modo alguno (que Banco de Chile prestaba servicios de intermediación de valores o de intermediación de seguros, y que Consorcio Financiero y Falabella prestaban servicios bancarios sin ser bancos).
18. A ello se suma una **transgresión grave de las reglas de valoración conforme a la sana crítica**, toda vez que los razonamientos del fallo incurren en manifiestas contradicciones internas, y prescinden del análisis racional exigido por el principio de no contradicción.
19. Por si no fuera poco, la Sentencia **contraviene los principios del Derecho Administrativo Sancionador**, extensamente desarrollados por nuestra doctrina y jurisprudencia. Sin fundamento atendible, la Sentencia amplía arbitrariamente el alcance de la norma invocada (*principio de tipicidad*), sin ponderar debidamente el elemento subjetivo de la conducta (*principio de culpabilidad*), e imputando responsabilidad a un tercero por actos que se encuentran fuera de su órbita de acción (*vulneración al principio de responsabilidad personal*).
20. De forma subsidiaria, **se acreditó la concurrencia de confianza legítima y ausencia de culpa por error de prohibición**, lo que fue desestimado injustificadamente por la Sentencia. Nadie era capaz de imaginar una persecución como la del requerimiento y una condena como la de la Sentencia. La interpretación unánime de toda la comunidad jurídica reconducía a establecer de forma categórica que el tipo infraccional solo abordaba al *interlocking* horizontal directo. Así se podía desprender, incluso, de lo expresado por la FNE en diversos canales de comunicación dirigidos a los regulados en publicaciones que mantiene vigentes hasta el día de hoy, y de lo resuelto previamente por el propio H. Tribunal.
21. A su turno, la Sentencia interpretó erróneamente la excepción alegada como una eximente legal de responsabilidad -que no fue lo alegado-, sin vincularla a que su concurrencia excluye toda culpa del agente, conformando una causal de exculpación.
22. En subsidio a dichas solicitudes, se acreditó que la conducta imputada se encuentra **irremediabilmente prescrita**. El razonamiento del fallo para desestimar tal excepción -asilándose en que la conducta imputada a la persona jurídica sería permanente- es erróneo, contradictorio e incongruente. En concreto, el ejercicio teórico de la Sentencia para configurar un ilícito permanente solo se alcanza a partir del hecho de un tercero, la persona natural. Ello da cuenta de un modo indiscutible quién es el sujeto activo de la conducta y que, en el evento de que se considere algún tipo de injerencia por parte del Banco de Chile, ésta habría tenido que ocurrir en un momento determinado del tiempo, por lo que en ese momento habría comenzado a correr la prescripción, sin que se haya acreditado interrupción alguna. Dicho ello, **el comportamiento imputado se encuentra irremediabilmente prescrito**, al haber

transcurrido más de tres años entre la ejecución de la conducta y la notificación del requerimiento -en enero de 2022-. El plazo de prescripción se cumplió largamente en cualquiera de los escenarios posibles: (i) desde el nombramiento de Hernán Büchi por nuestra representada en el año 2008; (ii) desde su nombramiento en la segunda empresa -Falabella- en el 2014 -comportamiento que configura el *interlocking*-; o, por último, (iii) desde la entrada en vigencia de la ley, el 27 de febrero de 2017.

23. Finalmente, como petición subsidiaria a todas las anteriores, esta parte solicitó la **exención o reducción sustancial de la multa**, por razones de prudencia y justicia que escapen a la resolución impugnada. Es lógico que si se quiere declarar que un nuevo comportamiento contraviene la norma, tal interpretación produzca sus efectos de cara al futuro y no perjudique de forma retroactiva a los administrados que de buena fe se atuvieron a la interpretación que todas las autoridades de libre competencia, toda la doctrina autorizada y todo el foro estimaba como correcta hasta la fecha. Banco de Chile siempre actuó de buena fe, con asistencia letrada, y el primer antecedente oficial por el que tomó conocimiento de que el comportamiento en que incurría se encontraría prohibido fue la Sentencia.

\*\*\*\*\*

**Lo resuelto en la Sentencia N° 203/2025 no es simplemente un error de interpretación. Es, en rigor, una ruptura con los principios más básicos del Estado de Derecho. Se ha sancionado a quien no puede delinquir, por una conducta que no cometió, que no podía prever, y que —de haber existido— se encuentra prescrita.** Para justificar esa decisión, el Tribunal se apartó del tenor literal de la norma, distorsionó sus elementos históricos y teleológicos, inventó un tipo infraccional inexistente, y desconoció su propia jurisprudencia. Además, quebrantó las reglas del debido proceso, violando la congruencia procesal, omitiendo prueba decisiva, y razonando en abierta contradicción con las reglas de la sana crítica y el principio lógico de no contradicción.

**Sancionar al Banco de Chile por un hecho ajeno, imposible y prescrito, no solo constituye una injusticia flagrante, sino que sienta un precedente incompatible con los fundamentos del orden público económico y del sistema de garantías que rige en nuestro país.**

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, lo dispuesto en las disposiciones citadas y en el artículo 27 del Decreto Ley 211,

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°203/2025, de 6 de junio de 2025, notificada a esta parte en la misma fecha; admitirlo a tramitación, elevarlo a conocimiento de la Excma. Corte Suprema, para que dicho Excmo. Tribunal: **(a)** revoque la Sentencia N°203/2025, declarando que se rechaza el requerimiento interpuesto en esta causa por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Banco de Chile en todas sus partes, con costas; **(b)** en subsidio de lo anterior, que se deje sin

efecto la multa impuesta a Banco de Chile; y, (c) en subsidio de las solicitudes anteriores, se reduzca sustancialmente la multa impuesta a Banco de Chile.

<div>TOMAS MENCHACA A OLIVARES</div>	<div>Firmado digitalmente por TOMAS MENCHACA OLIVARES Fecha: 2025.06.17 22:30:28 -04'00'</div>	<div>Kevin Roland Venturelli Sims</div>	<div>Firmado digitalmente por Kevin Roland Venturelli Sims Fecha: 2025.06.17 22:31:18 -04'00'</div>
--	--	---	---