

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA

LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 203/2025

Santiago, seis de junio de dos mil veinticinco.

PROCEDIMIENTO

:

Contencioso

ROL

:

C N° 436-21

REQUIRENTE

:

Fiscalía Nacional Económica

REQUERIDOS

:

1. Hernán Büchi Buc

2. Banco de Chile S.A.

3. Consorcio Financiero S.A.

4. Falabella S.A.

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA

.....

3

A. REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

.....

3

B. CONTESTACIÓN DE HERNÁN BÜCHI

.....

4

C. CONTESTACIÓN DE BANCO DE CHILE

.....

5

D. CONTESTACIÓN DE FALABELLA S.A.

.....

7

E. CONTESTACIÓN DE CONSORCIO FINANCIERO S.A.

.....

8

F. CONCILIACIÓN ENTRE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA,
FALABELLA S.A. y HERNÁN BÜCHI BUC QUE PUSO TÉRMINO AL
JUICIO A SU RESPECTO

.....

9

G. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA

.....

10

H. ANTECEDENTES PROBATORIOS

.....

11

I. INFORMES

.....

11

J. OBSERVACIONES A LA PRUEBA

.....

12

K. AUTOS EN RELACIÓN Y VISTA

.....

13

II. PARTE CONSIDERATIVA

.....

13

A. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

.....

13

B. OBJETO DEL REQUERIMIENTO

.....

17

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C. SENTIDO Y ALCANCE DE LA LETRA D) DEL INCISO SEGUNDO DEL
ARTÍCULO 3° DEL DECRETO LEY N° 211 18

D. HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO..... 39

E. EXCEPCIONES OPUESTAS POR LAS REQUERIDAS 66

F. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA IMPUTADA 88

G. SANCIONES Y MEDIDAS 95

III. PARTE RESOLUTIVA 105

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:

A. REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

1. El 27 de diciembre de 2021, a folio 4, comparece Felipe Cerda Becker, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en Huérfanos 670, piso 8, Santiago, quien deduce un requerimiento en contra de Hernán Büchi Buc (“Hernán Büchi”), Banco de Chile S.A. (“Banco de Chile”), Consorcio Financiero S.A. (“Consorcio” o “CFSA”) y Falabella S.A. (“Falabella”), imputándoles haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra d) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”). La Fiscalía expone que, como resultado de diligencias desarrolladas en la investigación Rol N° 2582-19 (“Investigación FNE”), constató la participación simultánea de Hernán Büchi en cargos de director en las empresas requeridas, las que son competidoras entre sí en la oferta de diversos productos y servicios. Indica que la infracción se habría producido desde el 26 de febrero de 2017, momento en que entró en vigencia la norma que prohíbe el denominado *interlocking* horizontal, hasta la fecha de la presentación del requerimiento.

2. Plantea que (a) Banco de Chile, Consorcio y Falabella participan en la oferta de productos y servicios bancarios; (b) Banco de Chile y Consorcio en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa; (c) Consorcio y Falabella en la emisión de seguros de vida y desgravamen; y finalmente, (d) Banco de Chile y Falabella en la intermediación de seguros. Añade que los respectivos grupos empresariales de las empresas requeridas tuvieron ingresos sobre las cien mil unidades de fomento (“UF”) en el último año calendario anterior al inicio de la infracción, así como en los años calendarios siguientes.

La Fiscalía solicita a este Tribunal (a) declarar que los requeridos han infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra d) del D.L. N° 211, al ejecutar la conducta descrita; (b) ordenar el cese de la conducta, mediante el término de la participación simultánea objeto del requerimiento; (c) prohibir a los requeridos ejecutar la conducta en el futuro, ya sea por sí o a través de personas relacionadas, bajo apercibimiento de ser considerados como reincidentes; (d) imponer a Hernán Büchi una multa a beneficio fiscal de 550 unidades tributarias anuales (“UTA”), o el monto que el Tribunal estime conforme a derecho; (e) imponer a Banco de Chile una multa a beneficio fiscal de 4.460 UTA, o el monto que el Tribunal estime conforme a derecho; (f) imponer a Consorcio una multa a beneficio fiscal de 4.120 UTA, o el monto que el Tribunal estime conforme a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

derecho; **(g)** imponer a Falabella una multa a beneficio fiscal de 4.050 UTA, o el monto que el Tribunal estime conforme a derecho; **(h)** disponer todas las medidas que este Tribunal estime necesarias para evitar cualquier uso de la información sensible obtenida por Hernán Büchi en el ejercicio de su cargo de director en Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella, en cualquier empresa competidora de estas; y **(i)** condenar a los requeridos al pago de las costas.

B. CONTESTACIÓN DE HERNÁN BÜCHI

3. El 21 de abril de 2022, a folio 69, comparecen Pedro Gutiérrez Philippi, Juan Asenjo Cheyre y Pablo Gajardo Zúñiga, abogados, en representación de Hernán Büchi, todos domiciliados para estos efectos en Isidora Goyenechea N° 3477, piso 23, Las Condes, Santiago, quienes contestaron el requerimiento solicitando su rechazo en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las razones que a continuación se sintetizan.

Entre otras consideraciones, Hernán Büchi esgrime que no comparte la interpretación de la Fiscalía respecto de los requisitos de la letra d) del artículo 3° del D.L. N° 211, pues a su juicio, no existe competencia entre Banco de Chile, Falabella y Consorcio, compañías en las cuales es o ha sido director. Sostiene que lo anterior es sin perjuicio de los mercados en que participan ciertas filiales de las empresas matrices requeridas.

Agrega que, tanto en su calidad de asesor y luego director del Banco de Chile, así como de director de Falabella y Consorcio, de buena fe se representó en su oportunidad las posibles consecuencias derivadas de la inclusión al D.L. N° 211 en lo que respecta a la letra d) del artículo 3°, y así lo manifestó a las empresas requeridas, las cuales habrían solicitado la opinión de expertos en la materia, recibiendo de parte de todos ellos fundadas opiniones que descartaron la existencia de cualquier infracción al D.L. N° 211 y validaron su participación como asesor de Banco de Chile, en su momento, así como en los respectivos directorios.

Adicionalmente, sostuvo que la interpretación del concepto de empresa de la FNE no es consistente ni con la literalidad e intención del artículo 3° inciso segundo letra d) del D.L. N° 211, ni con la realidad corporativa y de gestión de las sociedades requeridas.

Asimismo, dejó constancia que las compañías requeridas, a la fecha en que cumplía las referidas funciones, contaban con protocolos que buscaban resguardar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, Hernán Büchi hace presente que las empresas matrices requeridas cuentan con filiales, distintas de las mencionadas en el requerimiento, que se desempeñan en diversos negocios o mercados, circunstancia que tomó en consideración al momento de aceptar desempeñar los cargos de asesor y director en las citadas empresas.

Finalmente, hace presente que, no obstante que la ley otorga la facultad a los directores de las compañías matrices para asistir a los directorios de las empresas filiales, sin derecho a voto, él jamás habría asistido ni participó en forma alguna en los directorios de las compañías filiales de Banco de Chile, Falabella y Consorcio.

C. CONTESTACIÓN DE BANCO DE CHILE

4. El 22 de abril de 2022, a folio 73, comparecen Tomás Menchaca y Kevin Venturelli, abogados, en representación de Banco de Chile, todos domiciliados para estos efectos en Marchant Pereira N° 201, oficina 801, Providencia, Santiago, quienes contestaron el requerimiento solicitando que sea rechazado en todas sus partes, con expresa condena en costas, por los fundamentos que señalan.

Banco de Chile argumenta que la Ley N° 20.945, que introdujo esta figura infraccional, prohibió únicamente el *interlocking* directo horizontal, no el indirecto. Sostiene que, para que exista *interlocking*, las empresas deben competir directamente en el mismo mercado relevante. En este caso, respecto del entrelazamiento entre Banco de Chile y Consorcio, el *interlocking* se da entre las matrices de estas empresas, que no compiten entre sí.

En línea con lo anterior, relata que existe una clara distinción entre empresa y grupo empresarial, utilizando la definición proporcionada por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (“LMV”). Argumenta que las filiales de Banco de Chile forman parte de un mismo grupo empresarial y que el grupo como tal no constituye una empresa individual en sí misma. Destaca que la participación simultánea debe ocurrir en empresas competidoras entre sí, no en grupos empresariales. Además, critica la postura de la Fiscalía, quien considera a los grupos empresariales como empresas competidoras entre sí, lo cual, en opinión de Banco de Chile, sería una interpretación forzada de la situación.

Asimismo, explica que la interpretación que la FNE realiza de la propia ley no se ajusta a la jurisprudencia previa. Estima que como el proceso debe ser congruente con las acusaciones iniciales, la FNE no podría pretender que se sancionase por el ilícito genérico que contempla el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, pues no lo requirió por dicho ilícito.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Luego, en subsidio, opone la excepción de falta de legitimación pasiva. Explica que la interpretación que realiza la Fiscalía en su requerimiento es errónea y que la ley se dirige a la persona natural, no a la empresa, para evitar el intercambio de información sensible. Así, Banco de Chile arguye que no puede ser sujeto pasivo de la acción, ya que no ejecutó ni celebró la conducta imputada. Sostiene que la responsabilidad recae en la persona natural, no en la entidad.

6. En tercer lugar, y en subsidio de lo anterior, se defiende sosteniendo que no cometió el ilícito acusado. En efecto, esgrime que, si incluso se considerara que una persona jurídica puede cometer la infracción acusada, y que se cumplen los fundamentos de hecho para tal imputación, el requerimiento aún debería ser rechazado respecto del Banco de Chile. Lo anterior, atendido que cuando el Banco de Chile nombró a Hernán Büchi como asesor en 2008, lo que en la tesis del requerimiento lo constituiría en ejecutivo relevante, él no ocupaba cargos directivos en ninguna de las empresas requeridas. Por lo tanto, no existía *interlocking* en ese momento, ni siquiera bajo esa suposición.

7. En cuarto lugar y en subsidio de lo anterior, indica que el requerimiento debe ser rechazado pues se trasgredió la figura de litisconsorcio pasivo necesario. Ello por cuanto el requerimiento no incluye a todas las sociedades que supuestamente formarían parte de la entidad competitiva, por lo que la relación procesal sería defectuosa y el requerimiento no podría prosperar en la forma en que ha sido presentado por la FNE.

8. En quinto lugar, y en subsidio de lo anterior, opone la excepción de confianza legítima y ausencia de culpa. Explica que tanto el Banco de Chile como la persona respecto de la cual se alega el *interlocking* actuaron de buena fe y con la confianza legítima de que estaban cumpliendo plenamente el marco normativo. Indica que la FNE ha reconocido en diversas ocasiones que el *interlocking* indirecto no está sancionado por nuestro ordenamiento jurídico. Además, en documentos disponibles en su página *web*, la FNE habría señalado claramente que el *interlocking* sancionado por la norma es el directo horizontal, no el indirecto.

9. En sexto lugar, y en subsidio de lo anterior, opone la excepción de prescripción. Indica que, si la FNE sostiene que el ilícito se habría configurado en febrero de 2017, la conducta se encontraría prescrita por haber pasado más de tres años desde que se configuró el supuesto ilícito. Estima que existen dos teorías aplicables bajo este supuesto para determinar el inicio del plazo de prescripción: **(a)** el plazo comienza a correr desde la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí o, **(b)** el plazo comienza a correr en la fecha en que se configuran dos supuestos, a saber, (i) la participación simultánea de Hernán Büchi como ejecutivo relevante o director; y, (ii) la entrada en vigencia

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la norma que sanciona el *interlocking* directo horizontal. Según ambas teorías, el plazo de prescripción estaría completamente vencido, ya que habría expirado en febrero de 2020, antes de que se notificara a Banco de Chile. Por otra parte, la defensa de Banco de Chile expone que el *interlocking* horizontal directo sancionado en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° no es un ilícito de carácter permanente. El verbo rector de cualquier conducta infraccional no puede estar referido a un estado de cosas, sino únicamente a una conducta humana, que es lo único susceptible de ser sancionado, esto es, un hecho, acto o convención en virtud del cual se produjo el *interlocking*, que sería el nombramiento y contratación de Hernán Büchi como asesor del banco en 2008.

10. Finalmente se refiere a la multa solicitada por la Fiscalía y manifiesta que es excesiva y desproporcionada.

D. CONTESTACIÓN DE FALABELLA S.A.

11. El 22 de abril de 2022, a folio 77, comparecen en representación de Falabella, Nicole Nehme Zalaquett y Josefina Campos Lozano, abogadas, y Benjamín Mordoj Hutter y Diego Hernández De Lamotte, abogados, todos domiciliados para estos efectos, en calle Orinoco 90, piso 16, Las Condes, Santiago, quienes contestaron el requerimiento solicitando que sea rechazado en todas sus partes, con expresa condena en costas.

12. En síntesis, Falabella, entre otras consideraciones, expuso que:

13. En este caso se estaría en presencia de un *interlocking* horizontal indirecto y no de uno directo, en el contexto en que estas categorías se distinguirían claramente en la ley y en la doctrina, toda vez que: **(a)** Falabella, que es la sociedad en la cual Hernán Büchi es director, no desarrolla actividades bancarias, ni de intermediación o comercialización de seguros y, **(b)** como consecuencia de lo anterior, Falabella no sería una empresa competidora de Banco de Chile ni de Consorcio, con lo cual no podría cumplirse el supuesto típico del artículo 3 inciso 2° letra d) del D.L. N° 211, el que exigiría según la requerida que el director afectado lo sea de “empresas competidoras entre sí”.

14. Además, argumenta que la prohibición del *interlocking* horizontal directo bajo el artículo 3 inciso 2° letra d) del D.L. N° 211 sería una cuestión de derecho estricto, que no puede ser extendida por analogía a otras formas de *interlocking*, como el indirecto, que deben ser juzgadas conforme con el tipo antimonopólico universal y su regla de la razón, esto es, sancionarse sólo en la medida que aquel produzca o tienda a producir un efecto anticompetitivo.

15. Asimismo, Falabella esgrime que al no participar en sí en el directorio de empresa alguna ni tener incidencia en la conformación de su propio

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directorio, no estaría en condiciones de ejecutar un hecho, acto o convención anticompetitiva que infrinja la prohibición de *interlocking* horizontal directo, por lo que al no concurrir a su respecto los elementos del tipo no puede ser sancionada por su supuesto incumplimiento.

16. Agrega que, habría operado la confianza legítima de Falabella en su condición de sujeto administrado, concretamente, en cuanto a la forma en que la FNE, y con ella el foro nacional, venía interpretando la figura del *interlocking*, y en particular las diferencias en el tratamiento jurídico entre el *interlocking* horizontal directo y el indirecto.

17. También sostiene que debiese aplicarse el principio “*pro persona, pro homine, favor libertatis o favor rei*”, conforme al cual, en caso de existir dudas sobre la inteligencia del derecho aplicable, incluyendo la interpretación y aplicación de la ley, el juzgador preferirá aquel sentido o inteligencia del derecho que, siendo razonable, favorece al inculpaado y le exime de sanción.

E. CONTESTACIÓN DE CONSORCIO FINANCIERO S.A.

18. El 22 de abril de 2022, a folio 88, comparecen en representación de Consorcio, Cristóbal Eyzaguirre Baeza, Santiago Bravo Sanz y Tomás Kreft Carreño, abogados, domiciliados para estos efectos en Apoquindo N° 3721, piso 13, Las Condes, Santiago, quienes contestan el requerimiento solicitando que sea rechazado en todas sus partes, con expresa condena en costas.

19. En primer término, Consorcio sostiene que existe una falta de tipicidad y vulneración al principio de legalidad de la pena, así el requerimiento sería improcedente y no podría prosperar, porque no se verifican los elementos del tipo infraccional que describe la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211.

Lo anterior, por cuanto (i) no se daría el supuesto de empresa competidora que exige el tipo infraccional imputado, pues Consorcio no competiría con Banco de Chile; (ii) la Constitución Política de la República de Chile y la ley de nuestro país impedirían una interpretación extensiva de la norma, más aún si lo que pretende la Fiscalía es que el artículo 3° inciso segundo letra d) del D.L. N° 211 reciba una aplicación *per se*; y (iii) no se daría el supuesto de sujeto activo, pues Consorcio no podría resultar responsable de una conducta de *interlocking* de uno o más de sus directores.

En subsidio de todo lo anterior, opone la excepción de prescripción. Sostiene que transcurrieron más de tres años desde la ejecución de la conducta. Estima que el Tribunal debería considerar como gatillante de la conducta el primer nombramiento como director de la persona natural objeto de la acusación (junio

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de 2016), lo cual ocurrió antes de la entrada en vigencia de ley (febrero de 2017). Bajo ese escenario, habrán transcurrido más de cuatro años.

En subsidio de todo lo anterior, sostiene que la multa es improcedente, por cuanto Consorcio actuó diligentemente realizando en su directorio y administración todo lo esperable para un caso como este y la multa afectaría el principio de proporcionalidad constitucionalmente garantizado.

20. Al respecto, esgrime que su conducta y diligencia desplegada debe ser analizada bajo el alero del deficiente asesoramiento proporcionado y la inactividad de la FNE para este caso. Añade que el directorio de Consorcio solicitó un memorándum a un estudio jurídico externo sobre el *interlocking* indirecto y la responsabilidad de los directores al respecto, el cual concluyó que la letra d) del artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211 sólo prohibía el *interlocking* horizontal directo y que cualquier otra hipótesis de *interlocking* debía ser analizada bajo la regla general en materia de libre competencia. Luego, aduce que se reunió en más de una ocasión con la Fiscalía manifestando su absoluta disposición y voluntad a considerar las preocupaciones que dicha autoridad pudiera tener sobre el punto y que en ninguna de ellas esta le informó a Consorcio que consideraba que estaba ante la infracción del literal d) de la referida norma, ni le propuso la adopción de medidas u otra solución al respecto. En definitiva, Consorcio no podría haber hecho nada adicional a lo que hizo.

21. En cuanto a la afección al principio de proporcionalidad constitucionalmente garantizado, sostiene que el requerimiento incumple dicho estándar, pues no es idóneo para cumplir con el fin disuasivo inherente a toda sanción, ya que Consorcio no tenía cómo saber que la Fiscalía pretendía una aplicación del artículo 3° literal d) del D.L. N° 211, distinta al texto de la norma y a lo que ella misma y funcionarios habrían manifestado. Asimismo, no sería necesaria la multa, pues existen otras medidas menos gravosas para que la FNE comunique su nueva política persecutoria en materia de *interlocking*, ello considerando que el ejercicio de la potestad sancionatoria es de *ultima ratio*. Finalmente, la multa solicitada tampoco cumpliría con el estándar de proporcionalidad en sentido estricto, pues existen sanciones menos gravosas en el artículo 26 del D.L. N° 211.

F. CONCILIACIÓN ENTRE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, FALABELLA S.A. y HERNÁN BÜCHI BUC QUE PUSO TÉRMINO AL JUICIO A SU RESPECTO

22. El 22 de septiembre de 2022, a folio 105, el Tribunal declaró frustrado el trámite de conciliación, sin perjuicio del derecho de las partes de someter a su aprobación un acuerdo sobre el asunto ventilado en autos. Con posterioridad,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en audiencia de 2 de noviembre de 2022, según consta en el acta de folio 109, la FNE y Falabella sometieron a la aprobación del Tribunal un acuerdo conciliatorio. Este fue aprobado por resolución de folio 110, el 4 de noviembre de 2022. Falabella se comprometió a tomar medidas para reforzar sus programas de cumplimiento en materia de libre competencia, incluyendo dentro de sus objetivos la prevención de casos de participación simultánea de una persona en cargos de director o ejecutivo relevante de empresas competidoras, o *interlocking*, tal como se señala en las bases de conciliación. Adicionalmente, se comprometió a pagar a beneficio fiscal una suma ascendiente a 1.700 UTA y, además, que no contratará a Hernán Büchi en carácter de asesor u otra posición que fuere asimilable a la de un ejecutivo relevante, quien renunciará a su cargo de director en Falabella. En consecuencia, el Tribunal puso término al juicio respecto de Falabella, atendido lo dispuesto en el artículo 22 del D.L. N° 211.

23. Asimismo, el 16 de noviembre de 2022, a folio 119, el Tribunal aprobó la conciliación entre la FNE y Hernán Büchi, sometida a su conocimiento en audiencia de 11 de noviembre de 2022, según consta en el acta de folio 117. En el acuerdo, Hernán Büchi se comprometió a renunciar a su cargo de director en Falabella y al pago a beneficio fiscal de una suma ascendiente a 250 UTA. De igual forma, se puso término al juicio respecto de aquél.

G. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA

24. El 9 de diciembre de 2022, a folio 135 se recibió la causa a prueba, resolución que quedó firme el 26 de enero de 2023, a folio 159, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

1. *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.*

2. *Circunstancias que incidirían en la determinación de una eventual sanción.*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

H. ANTECEDENTES PROBATORIOS

H.1. Prueba documental

H.1.1. FNE

25. La FNE acompañó prueba documental pública a folios 158, 236, 318 y 415. Asimismo, ofreció prueba documental confidencial a folios 238, 260 y 268.

H.1.2. Banco de Chile

26. Banco de Chile acompañó prueba documental pública a folios 73 y 329.

H.1.3. Consortio

27. Consortio acompañó prueba documental pública a folios 88 y 414.

H.2. Prueba testimonial

H.2.1. Banco de Chile

28. Banco de Chile presentó como testigo a Eduardo Cordero, cuya acta de audiencia testimonial rola a folio 221 y su transcripción corregida fue agregada por certificado de folio 294 y consta a folio 295.

H.3. Prueba confesional

29. Absolvieron posiciones en estos autos Patricio Parodi, en representación de Consortio, cuya acta de audiencia rola a folio 271, y Eduardo Ebensperger, en representación de Banco de Chile, cuya acta de audiencia rola a folio 274.

30. Las transcripciones corregidas de las audiencias de absolución de posiciones fueron agregadas por certificado de folio 294 y constan a folios 296 y 297, respectivamente.

I. INFORMES

31. A folio 208, la FNE acompañó dos informes en derecho, uno elaborado por Jorge Grunberg, titulado “Análisis del tipo infraccional de *Interlocking* contenido en el artículo 3º inciso segundo letra d) del Decreto Ley N° 211 de 1973”, que rola a folio 206 (“**Informe Grunberg**”); y otro elaborado por Juan

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Luis Goldenberg, titulado “Posibilidad de atribuir responsabilidad a una sociedad por la concurrencia al ilícito del artículo 3° inciso 2° letra d) del D.L. N° 211”, que rola a folio 207 (“**Informe Goldenberg**”). Luego, a folio 308 acompañó un informe en derecho elaborado por Pedro Pierry, titulado “La doctrina de la confianza legítima: una visión general y su vinculación con el Derecho de la Libre Competencia”, que rola a folio 307 (“**Informe Pierry**”).

32. A folio 303, Banco de Chile acompañó dos informes en derecho, uno elaborado por Eduardo Cordero, titulado “El *interlocking* como ilícito anticompetitivo y sus alcances en el derecho chileno”, que rola a folio 301 (“**Informe Cordero**”); y otro elaborado por Mario Ybar, que rola a folio 302 (“**Informe Ybar**”). Luego, a folio 306 acompañó un informe económico elaborado por Jorge Fantuzzi y Emily Jacob, titulado “Análisis económico de *interlocking*. Bajo el contexto del Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros, Rol C-436-2021”, que rola a folio 305 (“**Informe FK**”).

33. A folio 88, Consorcio acompañó un informe elaborado por Manfred Zink titulado “Informe en Derecho - Naturaleza de las infracciones del artículo 3 letra d) y 3 bis del Decreto Ley N°211. Necesidad de afectación a la libre competencia de la conducta”(“**Informe Zink**”), que rola a folio 81, elaborado para la FNE. Luego, a folio 414, acompañó los siguientes informes en derecho: (i) informe elaborado por Domingo Valdés, denominado “Acerca de una supuesta infracción de *interlocking* horizontal”, que rola a folio 330 (“**Informe Valdés**”); (ii) informe elaborado por Antonio Bascuñán y Samuel Tschorne, denominado “El principio de protección de la confianza legítima y el cambio de la interpretación de la ley por la autoridad administrativa”, que rola a folio 331 (“**Informe Bascuñán-Tschorne**”); (iii) informe elaborado por Felipe Irrarázabal y María Soledad Krause, que rola a folio 396 (“**Informe Krause-Irrarázabal**”); (iv) informe elaborado por José Miguel Ried, denominado “La elección del directorio como acto atribuible a la sociedad anónima que administra”, que rola a folio 397 (“**Informe Ried 1**”); (v) otro informe del mismo autor, denominado “Aplicabilidad del *interlocking* indirecto en sociedades anónimas corredoras de bolsa”, que rola a folio 398 (“**Informe Ried 2**”); y por último (vi) informe elaborado por Enrique Alcalde, denominado “Sobre la procedencia de atribuir responsabilidad a una sociedad anónima en sede de libre competencia por la infracción de *interlocking*” que rola a folio 399 (“**Informe Alcalde**”).

J. OBSERVACIONES A LA PRUEBA

34. A folio 420, 424 y 425, la FNE, Banco de Chile y Consorcio Financiero, respectivamente, presentaron sus observaciones a la prueba.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

K. AUTOS EN RELACIÓN Y VISTA

35. El 7 de diciembre de 2023, a folio 286, se declaró vencido el término probatorio y se dictó autos en relación. La vista de la causa se efectuó en audiencia del 24 de abril de 2024, según consta en el certificado que rola a folio 426, quedando la causa en estado de acuerdo.

II. PARTE CONSIDERATIVA

CONSIDERANDO:

A. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

A.1. Requerimiento

Primero: Que, mediante su acusación, la Fiscalía sostiene que Hernán Büchi participó simultáneamente en los directorios de las empresas competidoras Banco de Chile, Consorcio y Falabella, desde febrero de 2017 hasta la interposición del requerimiento, esto es, el 27 de diciembre de 2021. Para fundar su alegación, señala que:

- (a) Banco de Chile, Consorcio y Falabella participan en la oferta de productos y servicios bancarios. La primera de forma directa y las dos últimas por medio de las filiales Banco Consorcio y Banco Falabella, respectivamente;
- (b) Banco de Chile y Consorcio participan en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa, a través de las filiales Banchile Corredores de Bolsa S.A. (“**Banchile Corredora de Bolsa**”) y Consorcio Corredores de Bolsa S.A. (“**Consorcio Corredora de Bolsa**”), respectivamente;
- (c) Consorcio y Falabella participan en la emisión de seguros de vida y desgravamen, por medio de las filiales Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A. (“**Consorcio Seguros**”) y C.F. Seguros de Vida S.A. (“**CF Seguros**”), respectivamente; y, por último,
- (d) Banco de Chile y Falabella participan en la intermediación de seguros, por la vía de Banchile Corredores de Seguro Limitada (“**Banchile Corredora de Seguros**”) y Seguros Falabella Corredores Limitada (“**Falabella Corredora de Seguros**”), respectivamente.

El cuadro siguiente resume los mercados en que participarían las empresas requeridas, identificando, en cada caso, la filial respectiva:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 1
Participación de las empresas requeridas y sus filiales en los mercados descritos en el requerimiento

Mercado	Banco de Chile	Consorcio	Falabella
Productos y servicios bancarios	Banco de Chile (participación por sí misma)	Banco Consorcio	Banco Falabella
Intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa	Banchile Corredores de Bolsa S.A.	Consorcio Corredores de Bolsa S.A.	
Seguros de vida y desgravamen		Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A.	C.F. Seguros de Vida S.A.
Intermediación de seguros	Banchile Corredores de Seguro Limitada		Seguros Falabella Corredores Limitada

Fuente: Elaboración propia a partir de antecedentes del expediente.

Sobre esa base, la Fiscalía argumenta que las empresas requeridas serían competidoras en los referidos mercados. Da cuenta de que sus respectivos grupos empresariales tuvieron ingresos sobre 100.000 UF en el último año calendario anterior al inicio de la infracción, así como en los años calendarios siguientes, cumpliendo con el umbral de ventas exigido en el artículo 3° literal d) del D.L. N° 211 para el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas.

La Fiscalía argumenta que las sociedades requeridas son competidoras, por cuanto las matrices de los respectivos grupos empresariales y controladoras de sus filiales que participan en los mercados previamente singularizados, en conjunto con estas, constituyen una única unidad económica. Lo anterior, según los antecedentes recabados en la Investigación FNE, relativa a vínculos estructurales en la industria financiera y bancaria por medio de participaciones cruzadas y directores comunes.

A juicio de la FNE, el control de las empresas requeridas sobre sus respectivas filiales, les permite a aquellas y a sus directorios adoptar estrategias de negocios respecto de la oferta de productos y servicios en los mercados en que participan las filiales; tener acceso a información sensible de sus negocios; supervisar el desempeño comercial de sus filiales; y articular o vetar decisiones que se adopten en ellas. Dichos elementos permitirían indistintamente calificar —por separado— a Banco de Chile, Consorcio y Falabella, junto a sus respectivas filiales que participan en la prestación de cada uno de los mencionados productos y servicios, como partes de una sola unidad de decisiones, conformando, en consecuencia, una sola empresa;

Segundo: Que, según el requerimiento, conforme a la historia fidedigna de la ley, la prohibición de *interlocking* horizontal tiene por objeto evitar los graves

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

riesgos para la libre competencia que genera la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras, como sería el flujo de información entre competidores, entrelazamiento que podría facilitar un actuar coordinado entre los agentes aun sin acuerdo explícito o la configuración de acuerdos colusorios. Por otra parte, señala que el acceso a información de empresas competidoras reduce la incertidumbre inherente a la competencia y disminuye su intensidad, concluyendo que el legislador estableció una norma preventiva y de eficiencia en la persecución de conductas anticompetitivas.

En cuanto a la naturaleza de la infracción, expone que para la configuración del ilícito basta con que se verifiquen los requisitos copulativos contemplados por el legislador, sin necesidad de acreditar ningún elemento o circunstancia adicional, refiriéndose, en particular, a la prescindencia de acreditar efectos en la competencia o poder de mercado. De este modo, todos los requisitos que contempla la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 se cumplirían en el caso de autos;

Tercero: Que, en cuanto al sujeto responsable de la infracción acusada, la FNE sostiene que la norma sancionaría tanto a la persona natural que participó simultáneamente en cargos de ejecutivo relevante o de director en dos o más empresas competidoras, como a las empresas en las que se verificó dicha participación. Estas últimas estarían en posición de implementar diversos mecanismos de control y supervisión para evitar que se verifique la conducta y, además, serían las que recibirían los beneficios directos de cualquier restricción a la competencia derivada de un *interlocking* o entrelazamiento entre competidores producto de ejecutivos o directores comunes;

Cuarto: Que, cabe considerar, como se dio cuenta en la parte expositiva (sección F), que durante el juicio dos requeridos arribaron a acuerdos conciliatorios con la FNE, a saber, Hernán Büchi y Falabella. El pronunciamiento que aquí se emite, considerará los escritos principales de las partes y la prueba allegada que, por el principio de adquisición procesal, forman parte del proceso incluyendo tales acuerdos, en tanto constituyen elementos de convicción para el juzgador;

A.2. Defensas y excepciones de Banco de Chile y Consorcio

Quinto: Que, en primer lugar, Banco de Chile y Consorcio esgrimen como defensa que no concurren los requisitos para que se configure el ilícito que contempla el literal d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, por cuanto no compiten entre sí, ni con Falabella, en los mercados relevantes definidos por la FNE. Son sus filiales las que compiten en los mercados relevantes. En el caso del mercado bancario, Banco de Chile además sostiene

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que no serían competidores, ya que ambos bancos apuntarían a segmentos del mercado diversos. De esta manera, Hernán Büchi fue director de tres sociedades que no eran ni son competidoras;

Sexto: Que, por otra parte, estas requeridas sostienen que lo que la norma infraccional sanciona es el *interlocking* horizontal directo, figura que no se verificaría en el presente caso, ya que la competencia se produce entre las filiales de las sociedades matrices, o entre la matriz y una filial, en el caso de Banco de Chile respecto de Banco Consorcio y Banco Falabella. Exponen que la Fiscalía construyó un relato artificial o forzado en el cual, mediante la tesis de la “única unidad económica”, intentó imputarles el ilícito a sabiendas de no ser procedente, pues contradeciría las regulaciones de los bancos y de las corredoras de bolsa, y no cumpliría ni con los requisitos legales ni con la jurisprudencia de este Tribunal, lo que habría sido reconocido por la FNE a nivel institucional (contestaciones Banco de Chile y Consorcio, p. 22 y p. 3, respectivamente);

Séptimo: Que, conforme a los hechos acusados, señalan que la hipótesis que podría haberse configurado sería la de un *interlocking* indirecto, para lo cual la FNE debió requerir en subsidio por esa conducta al amparo del tipo genérico del artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, cosa que no hizo.

A mayor abundamiento, señalan que la Fiscalía no habría sido capaz de demostrar que la conducta impide, restringe o entorpece la libre competencia o que tiende a producir dichos efectos. Estas requeridas alegan que la jurisprudencia de este Tribunal establece que las infracciones referidas al tipo genérico del artículo 3° del D.L. N° 211, requieren posición dominante o poder de mercado, lo que no existiría en el caso de autos (contestaciones Banco de Chile y Consorcio, pp. 4 y 33, y pp. 35 y 42, respectivamente);

Octavo: Que, por otra parte, arguyen que el concepto de “empresa” sobre el cual descansa el requerimiento de la FNE no se identifica con la sociedad o persona jurídica, necesariamente, siendo errado considerar que el controlador de un grupo empresarial y todas las sociedades y entidades que pertenecen a él controladas por la matriz, son equivalente a una sola empresa. En definitiva, plantean que no podría ser equivalente la palabra empresa con grupo empresarial (contestaciones Banco de Chile y Consorcio, p. 21 y pp. 3 y 4, respectivamente);

Noveno: Que, en particular, dichas requeridas controvierten la legitimación pasiva en que se basa el requerimiento, pues en su calidad de sociedades no pueden ser sujetos pasivos de la acción deducida, ya que no pueden participar simultáneamente en los directorios y tampoco tendrían la facultad para oponerse a la designación ni continuidad de quienes lo integran (contestaciones Banco de Chile, folio 73, y Consorcio, folio 88, p. 31 y ss.);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo: Que, para resolver las cuestiones centrales de la controversia, se seguirá la siguiente estructura: **(a)** se delimitará el alcance y objeto del requerimiento interpuesto; **(b)** se explicará el marco normativo; **(c)** se establecerán los hechos acreditados durante el proceso; **(d)** se resolverán las excepciones opuestas; **(e)** se analizará la conducta imputada; para luego **(f)** determinar las sanciones y medidas que procedan en el caso *sub lite*;

B. OBJETO DEL REQUERIMIENTO

Undécimo: Que corresponde delimitar el alcance del requerimiento, dada la controversia respecto de cuál es la hipótesis infraccional que se imputa por la Fiscalía. Esta última manifiesta que la acusación versa sobre la infracción tanto al inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, como a la letra d) del inciso segundo del mismo artículo (requerimiento, folio 4, pp. 20-21, § 69-71);

Duodécimo: Que, por su parte, Banco de Chile y Consorcio sostienen que los hechos imputados sólo podrían configurar una infracción al inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, lo que supone que el requerimiento debió haberse referido a los efectos actuales o potenciales de lesión a la libre competencia en el o los mercados afectados, debiendo acreditarlos durante el proceso (v., contestación Banco de Chile, folio 73, p. 15; y contestación Consorcio, folio 88, pp. 2 y 27);

Decimotercero: Que, en particular, la tesis de estas requeridas es que la referida letra d) enunciada en el requerimiento, sólo contempla la figura de *interlocking* horizontal directo. De este modo, dicho literal no se extendería a otras formas de *interlocking* horizontal. Argumentan que la teoría del caso que persigue la FNE correspondería a una infracción distinta, un entrelazamiento o *interlocking* horizontal indirecto, ya que la competencia se da a nivel de empresas filiales de las requeridas —o entre una matriz (Banco de Chile) y las filiales de sus competidores (Banco Consorcio y Banco Falabella)—, mientras que la participación simultánea que se pudo producir por la presencia de Hernán Büchi como director común fue a nivel de las matrices (v., contestación Banco de Chile, folio 73, p. 15; y contestación Consorcio, folio 88, pp. 1 y 30);

Decimocuarto: Que, sin desmedro de la plausibilidad de las defensas esgrimidas, para dirimir el litigio se debe aclarar cuál es el objeto perseguido por la acción deducida por la Fiscalía.

El requerimiento solicita que se declare que Hernán Büchi, Consorcio, Falabella y Banco de Chile infringieron “*el artículo 3° inciso primero y segundo letra d) del DL 211*”. No obstante, el libelo acusatorio precisa que la referencia al inciso primero se hace porque esa norma contiene la descripción general del ilícito anticompetitivo, pero que es en el inciso segundo donde se consagran las infracciones concretas (véase, requerimiento, folio 4, p. 21, § 71). Para

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

configurar éstas —según el requerimiento— bastaría que se verificaran los elementos establecidos en el literal particular.

En este sentido, en sus observaciones a la prueba, la FNE argumenta que *“la acusación de la FNE ha sido clara en cuanto a que la infracción denunciada es aquella a la letra d) de la indicada disposición, la que no requiere, para su configuración, acreditar actuales o potenciales consecuencias dañinas a la libre competencia”* (folio 420, p. 4);

Decimoquinto: Que, en consecuencia, cabe concluir que el objeto del requerimiento se limita a la conducta descrita en la letra d) del inciso segundo del artículo 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, 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);

Decimosexto: Que, en virtud de las consideraciones precedentes, en lo sucesivo se analizará si los hechos acreditados permiten configurar el ilícito anticompetitivo comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, para lo cual, previamente, se debe determinar el genuino sentido de esta disposición;

C. SENTIDO Y ALCANCE DE LA LETRA D) DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 3° DEL DECRETO LEY N° 211

C.1. Marco Normativo

Decimoséptimo: Que, la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, incorporada por la Ley N° 20.945 de 2016, dispone:

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

Decimoctavo: Que las partes han controvertido el sentido y alcance de la norma en cuanto a la naturaleza de la infracción que se sanciona y los elementos que configuran el tipo infraccional. Por una parte, existe controversia respecto de su

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventual carácter de infracción *per se* y su relación con el ilícito genérico del artículo 3°. Asimismo, se controvierte la genuina interpretación de las voces utilizadas por el legislador para describir la figura infraccional y sobre quiénes serían los sujetos pasivos de una acción basada en ella;

C.2. Calificación del ilícito como “*per se*”

Decimonoveno: Que, la FNE sostiene que la infracción acusada se configura mediante tres requisitos copulativos, a saber: **(a)** la participación simultánea de una misma persona en cargos ejecutivos relevantes o de director de dos o más empresas; **(b)** el carácter de competidoras de las empresas donde se desempeña el ejecutivo relevante o director; y, **(c)** el cumplimiento del umbral de ventas del grupo empresarial al que pertenecen cada una de las empresas competidoras.

Señala que no se requiere establecer ningún elemento o circunstancia adicional, como la afectación a la competencia o el poder de mercado, pues por la naturaleza del ilícito, la simple concretización del riesgo para la competencia es suficiente para materializar la infracción, sin necesidad de establecer los efectos anticompetitivos de la conducta;

Vigésimo: Que, en sus observaciones a la prueba (folio 419, p. 21 y ss.) la FNE reitera su interpretación de la norma, afirmando que la sola presencia de un *interlocking* tiene el potencial de disminuir la intensidad competitiva, tratándose de una práctica que, además, no tiene explicaciones plausibles de eficiencia. Añade que el tenor literal de la letra d) descarta la necesidad de acreditar poder de mercado o efectos actuales o potenciales en el mercado.

La Fiscalía señala que si se exigiera acreditar efectos la conducta quedaría cubierta por el inciso primero del artículo 3°, o incluso por su letra a), lo que supondría que la incorporación del *interlocking* como ilícito no habría sido necesaria. Asimismo, señala que durante la tramitación legislativa se ratificó que la infracción no requería de efectos, porque se trata de una prohibición que busca evitar un riesgo. Da cuenta que la legislación de EE.UU. fue el antecedente de la regulación introducida en la letra d), y la conducta se sanciona en esa jurisdicción como una infracción *per se*, esto es, que no requiere acreditar efectos, por ser esencialmente preventiva;

Vigésimo primero: Que, a este respecto, Banco de Chile no opone una defensa frontal contra la tesis de estar frente a una infracción *per se*. No obstante, señala que como este Tribunal ha dicho que cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 siempre es una infracción al enunciado general del inciso primero, y que las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último, entonces “*siempre se debe probar que el hecho, acto o convención impide, restringe o entorpece la libre competencia, o que*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiende a producir dichos efectos” (contestación Banco de Chile, p. 7, nota al pie 2°, donde también cita la Sentencia N° 179/2022, FNE Faasa y Martínez Ridao, c. 19°);

Vigésimo segundo: Que Banco de Chile sostiene que, si se trata de una infracción *per se*, se debe entonces interpretar restrictivamente la prohibición. Argumenta que este tipo de ilícitos sólo pueden ser infracciones objetivas a una norma clara y concluyente, y no interpretaciones antojadizas de una norma que dice algo distinto. Invoca en este punto lo expuesto por el profesor Domingo Valdés en su libro *“Libre Competencia y Monopolio”* (2006), quien resalta el respeto a la tipicidad en materia de libre competencia (contestación Banco de Chile, p. 8). De esta forma, si es el *interlocking* directo el sancionado, es esta figura la que debe aplicarse bajo la regla *per se*, y, por lo tanto, la sanción solamente puede ser consecuencia de una infracción a lo dispuesto claramente en el tipo;

Vigésimo tercero: Que, en esta misma línea de argumentación, Banco de Chile apela a lo expuesto en el informe de Manfred Zink de 2017, realizado para la FNE. Concluye que si para este informante lo tipificado como ilícito es el solo hecho de participar (*“la participación”*) al mismo tiempo (*“simultánea”*) como director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras, y el ilícito tipificado constituye una de las múltiples formas en que el *interlocking* puede producirse, sólo se podría sancionar como *per se* el *interlocking* directo horizontal, que es el que sanciona la norma (contestación Banco de Chile, p. 41; e Informe Zink, p. 14);

Vigésimo cuarto: Que, por su parte, Consorcio descarta que la infracción al literal d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 establezca una prohibición *per se* a todo evento. Señala que dicho literal corresponde a un ejemplo del inciso primero, que exige un efecto concreto de peligro o lesión a la libre competencia. Asimismo, relaciona esta exigencia con el principio de tipicidad, sosteniendo que en un caso de *interlocking* horizontal directo —tesis que sostienen las requeridas— el imputado conserva su derecho de probar la atipicidad de la conducta acreditando que, en los hechos, su conducta no lesionó ni puso en peligro el bien jurídico libre competencia, citando la posición de Tomás Menchaca en *“Interlocking y participaciones minoritarias en el derecho chileno de la libre competencia”* (*Themis-Revista de Derecho*, 2020, N° 78, pp. 219-240);

Vigésimo quinto: Que, asimismo, Consorcio alega que si bien el literal d) del inciso segundo del artículo 3° sanciona una conducta activa (*“La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”*), y lo haría como infracción *per se* asimilable a un tipo infraccional de peligro abstracto, el requerimiento pretende configurar una conducta a título de ‘comisión por omisión’ u ‘omisión impropia’, en el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentido que Consorcio habría infringido la norma por no haber evitado, pudiendo hacerlo, el nombramiento del Sr. Büchi en su cargo de director. En este punto, al hacer equivalentes una ‘situación de hecho’ (ser director) con un ‘hecho dañoso’ (dañar la libre competencia), la FNE pasa por alto el requisito para la construcción de la responsabilidad por omisión impropia: la necesidad de un tipo que contemple un resultado material desligado de la conducta sancionada, en este caso, acceder a información competitivamente sensible o determinar las decisiones competitivas de una empresa competidora en que también se es director (contestación Consorcio, folio 88, pp. 29-34). De esta manera, en tanto se le acusa por no haber actuado de determinada forma, teniendo un deber de hacerlo, Consorcio exige que se compruebe un resultado para configurar la infracción y ser imputado por el ilícito;

Vigésimo sexto: Que, finalmente, Consorcio da cuenta de que el informe solicitado por su directorio respecto del *interlocking* “indirecto” concluye que “*el art. 3° letra d) del Decreto Ley 211 de 1973 (‘DL 211’) prohíbe de forma expresa –per se– el denominado ‘interlocking directo de carácter horizontal’ y que “en todos los demás casos de interlocking rige la regla general en materia de libre competencia (la ‘regla de la razón’), conforme a la cual su licitud o ilicitud se determina, caso a caso, de acuerdo a un análisis de riesgos y eficiencias” (ibid., pp. 38-39). Si bien dicho informe no fue acompañado a estos autos, tal como se señala precedentemente, es citado por la requerida en su contestación, de allí que la postura que construye esta defensa es que la figura por la cual se acusa a Consorcio no puede ser considerada una per se, ya que esta categorización solamente sería aplicable al interlocking horizontal “directo”, hipótesis infraccional que no es la descrita en los fundamentos de hecho y de derecho del requerimiento;*

Vigésimo séptimo: Que, en relación con este punto, se han acompañado diversos informes en derecho que, en su mayoría, coinciden con la posición de la FNE en cuanto a que el ilícito establecido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° no requiere que se acredite que de ella se han seguido efectos lesivos para la competencia. Así, el Informe Krause-Irarrázabal afirma que “*concurren buenas razones para afirmar que el tipo infraccional de la letra d) del artículo 3 consagra una regla per se*”, sobre la base de que ella no exige que se “*lesione o ponga en peligro la libre competencia*”, de la historia de la norma y de “*la fuente normativa de que se valió el legislador nacional, la Clayton Act*” (Informe Krause-Irarrázabal, pp. 21-22). En el mismo sentido se pronuncian el Informe Zink (p. 14) y el Informe Goldenberg (p. 8). Por su parte, el Informe Grunberg señala que la infracción de la referida letra d) es también una infracción al tipo genérico contemplado en el inciso primero del artículo 3°, pero que ello no implica que, adicionalmente a los requisitos establecidos en la letra d), se deba

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acreditar efectos anticompetitivos actuales o potenciales, en cuanto genera riesgos significativos para la competencia (Informe Grunberg, pp. 16-17);

Vigésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, durante la tramitación de la Ley N° 20.945, Jorge Grunberg, a esa fecha abogado asesor del Ministerio de Economía, sostuvo que el *interlocking* es una conducta unilateral que importa un riesgo potencial de infracción, porque es perfectamente posible que el nombramiento de los mismos directores, en compañías competidoras, no dañara la competencia. Pese a lo anterior, explicó que en el derecho comparado se considera que se trata de una situación que es *per se* peligrosa, razón por la que se debe evitar, aunque no haya acuerdo de por medio, y no se produzca ningún efecto anticompetitivo medible (Historia de la Ley N° 20.945, que consta a folio 72, p. 534). Además, en esa misma instancia, el Fiscal Nacional Económico a esa fecha, Felipe Irrarázabal, subrayó que detrás de esta conducta hay un riesgo objetivo, independiente del resultado concreto o de la intención de las partes y, por ello, se pretende sancionarla, aunque no se den los presupuestos generales de la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211 (*ibid.*, p. 534);

Vigésimo noveno: Que la posición contraria es defendida por el Informe Valdés, que sostiene, ante todo, que la calificación de la conducta descrita en la letra d) como una infracción *per se* carece de sentido en nuestro ordenamiento. Explica que la distinción entre regla *per se* y regla de razón surge de la necesidad que tuvo la judicatura estadounidense de delimitar las conductas ilícitas sobre la base de una regla que prohibía, genéricamente, la “restricción del comercio”. De este modo, la ilicitud se asoció a aquellas conductas que bajo una “regla de razón” podían entenderse prohibidas, sin perjuicio de que, en caso de conductas manifiestamente anticompetitivas, ellas podían calificarse de ilícitas “*per se*”, presumiéndose su efecto anticompetitivo. Con todo, el D.L. N° 211, al aludir al bien jurídico tutelado, no requeriría estas categorías, toda vez que demanda un efecto de lesión o uno de tendencia de lesión a la libre competencia (Informe Valdés, pp. 25-27).

Agrega el informante que la regla de la letra d) no puede operar como una presunción, primeramente, porque la Excma. Corte Suprema ha determinado que, en el derecho sancionador, a nivel de principios, se encuentra la prohibición de establecer presunciones de derecho de la responsabilidad, a lo que se añade que la norma no presenta la estructura de una presunción legal. Adicionalmente, señala que no puede prescindirse del poder de mercado, por ser un elemento indispensable para generar un peligro concreto a la libre competencia.

Posteriormente, afirma que el texto de la norma en comento omite aludir al resultado “*porque ello no es necesario, toda vez que aquél se halla imperado por el tipo genérico del inciso primero y por el preámbulo que da inicio al inciso segundo*”

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(*ibid.*, p. 29). En su interpretación, las letras del inciso segundo no constituirían presunciones de la infracción genérica, sino meros ejemplos o especificaciones, como lo evidencia la expresión “entre otros” del preámbulo, concluyendo que la omisión de un elemento típico en un ejemplo no supone su derogación en el tipo genérico, pues éstos se hallan subordinados conceptual y teleológicamente a éste. Señala que tampoco podría entenderse que las letras del inciso segundo sean independientes del inciso primero, sobre la base del tenor literal del preámbulo.

Indica, además, que sobre la base de que el *interlocking* sería un ilícito preparatorio de la colusión, carecería de lógica que tuviera un tratamiento más gravoso que la colusión misma, en el sentido que algunas formas de ella no están sujetas a una regla *per se*.

Finalmente, la existencia de una regla de exención *de minimis*, daría cuenta que la conducta no es en sí misma anticompetitiva, y que sólo puede ser sancionada en casos en que se demuestre un peligro concreto para la competencia (*ibid.*, pp. 34-35);

Trigésimo: Que las infracciones al derecho de la competencia están descritas en el artículo 3° del D.L. N° 211, el cual dispone:

“Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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

- a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

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

Trigésimo primero: Que la referida disposición establece un supuesto infraccional amplio en su inciso primero, junto a cuatro casos ejemplares en su inciso segundo, como lo denotaría la frase “entre otros”, incluida en su encabezado (*vid.*, sentencias N° 160/2017, N° 167/2019, N° 172/2020 y N° 185/2023). Corresponde, por tanto, establecer cuál es el sentido de la estructura utilizada por el legislador. Una primera opción es la seguida por Valdés, quien, sobre la base de la tesis de que los ilícitos de competencia requieren de antijuridicidad y culpabilidad, afirma que las conductas del inciso segundo del artículo 3° corresponden a meros ejemplos del tipo general del inciso primero, no debiendo considerarse ni siquiera como presunciones (Valdés, D., *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica, 2006, pp. 390-391). Por otra parte, el Informe Valdés acompañado a los autos señala, a este respecto, que las conductas del inciso segundo son “*tipos específicos ejemplarizadores*”, que no pueden ser considerados como presunciones sino como ejemplos que especifican las exigencias del tipo genérico del inciso primero. En consecuencia, al interpretarlos, no pueden alterarse las características del tipo genérico, de modo que no pueden incluir ilícitos de peligro abstracto, como lo serían las reglas *per se* (Informe Valdés, pp. 30-33);

Trigésimo segundo: Que, luego, aun cuando la tesis de que las conductas del inciso segundo serían ejemplos del ilícito genérico ha sido seguida en sentencias anteriores, ésta debe descartarse tras las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.945 al texto legal. Esto ya ha sido recogido por este Tribunal en las sentencias N° 192/2024 (c. 104°) y N° 197/2024 (c. 66°). De seguirse la interpretación anterior del artículo 3°, no tendría sentido analizar la estructura de los supuestos de hecho contenidos en su inciso segundo, pues cualquier conducta —fuese o no subsumible en ellos— debiera revisarse igualmente bajo el supuesto genérico del inciso primero, en cuanto el inciso segundo sólo contendría meras reglas de interpretación (lo que Bascuñán hace notar. *Vid.*, Bascuñán, A., 2017, La jurisdicción chilena sobre infracciones al Decreto Ley N°

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

211 cuya ejecución parcial o total tiene lugar en el extranjero, en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica, p. 608). Esa interpretación priva de sentido a las circunstancias referidas en el inciso segundo, lo que contradice las reglas de la hermenéutica, por lo que debe ser descartada;

Trigésimo tercero: Que, como alternativa, se ha propuesto considerar los supuestos del inciso segundo como presunciones de conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia —simplemente legales o incluso de derecho en algunos casos—, de modo que darían cuenta de situaciones de hecho respecto de las cuales el legislador presume que se han configurado los elementos del ilícito genérico del inciso primero o presume su antijuricidad, como señala Ybar (v., Informe Ybar, folio 302, p. 20);

Trigésimo cuarto: Que la Excma. Corte Suprema, en relación con la Ley N° 20.169, de Competencia Desleal, —que utiliza una técnica legislativa análoga al D.L. N° 211, esto es, un ilícito general en el artículo 3° seguido de tipos específicos enumerados en su artículo 4°—, ha resuelto que debe recurrirse al ilícito genérico “*cuando no exista un tipo específico de deslealtad aplicable*” y que las conductas establecidas en el artículo 4° “***son expresión de la conducta genérica descrita en la cláusula general, que comprende dos elementos, i) se trata de una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres y ii) tal conducta persigue desviar clientela de un agente de mercado, a través de medios ilegítimos. Dicho en otros términos, la norma establece una presunción en el sentido que las conductas que describe en el artículo 4°, son contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres y persiguen desviar clientela de un agente de mercado, de manera que basta con acreditar el tipo específico que se invoca, para entender que se está ante un acto de competencia desleal***” (destacado es nuestro, Excma. Corte Suprema, 31 de agosto de 2021, Rol N° 20.987-2020, c. 6°, y 21 de noviembre de 2016, Rol N° 15.897-2015, c. 6°);

Trigésimo quinto: Que, adicionalmente, si bien previo a la reforma de la Ley N° 20.945 podía afirmarse que las conductas del inciso segundo eran meros ejemplos del ilícito genérico, hoy estas deben entenderse, ya sea como presunciones, ya sea como figuras específicas, que no exigen la concurrencia de los requisitos del ilícito descrito en el inciso primero, esto es, un resultado de lesión o de peligro concreto respecto del bien jurídico libre competencia (v., Informe Krause-Irarrázabal, pp. 22 y 33);

Trigésimo sexto: Que, por otra parte, consta en la Historia de la Ley N° 20.945 que uno de los objetivos del legislador fue introducir en el ordenamiento de libre competencia figuras de ilícitos *per se*, entendidos éstos precisamente como aquellos que no requieren acreditar un resultado de lesión o peligro concreto a la competencia, a diferencia de lo establecido en el inciso primero del artículo 3°.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En efecto, el Mensaje Presidencial de esa ley señala que la eliminación de la referencia al poder de mercado en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° tenía por objeto permitir la condena de quienes incurrieran en esa conducta “*sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo*” (Mensaje, pp. 5-6), cuestión que resulta incompatible con el claro sentido del inciso primero de la norma;

Trigésimo séptimo: Que, en virtud de lo expuesto, no es posible sostener que las conductas establecidas en el inciso segundo sean ejemplos o especificaciones del ilícito genérico, toda vez que presentan una estructura y requisitos distintos a éste. De esta forma, la expresión “entre otros”, utilizada en el preámbulo del inciso segundo debe entenderse como una referencia a que, aun cuando se trate de ilícitos específicos, éstos no agotan las conductas contrarias a la competencia, en cuanto ellas pueden ser cubiertas por lo dispuesto en el inciso primero;

Trigésimo octavo: Que, en consecuencia, las conductas descritas en cada una de las letras del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 deben considerarse como supuestos de hecho específicos que establecen ilícitos anticompetitivos de forma independiente del ilícito genérico establecido en el inciso primero de la misma norma. De este modo, el sentido y alcance de la letra d) del inciso segundo del artículo 3° debe fijarse en función de lo que esta dispone, sin relación con lo establecido en el inciso primero de la misma norma;

Trigésimo noveno: Que, en este ilícito infraccional, a diferencia de lo señalado en otras figuras del inciso segundo, la conducta descrita en la letra d) no incluye referencia alguna a sus efectos en el mercado, sean actuales o potenciales. Tampoco se recurre a elementos normativos que presuponen esos efectos, como el poder de mercado —segunda parte de la letra a)— o la posición dominante —letras b) y c)—, cuya constatación requiere de la determinación de un mercado relevante y la demostración de que la conducta en cuestión, hasta cierto punto, no ha podido ser resistida por competidores o consumidores. Por el contrario, la conducta descrita en la letra d) corresponde a un ilícito de peligro, cuya sanción se justifica en el riesgo para la competencia que se deriva de ella;

Cuadragésimo: Que, se puede concluir entonces, que la conducta corresponde a lo que cierta doctrina llama una infracción *per se*, entendido este concepto como una hipótesis de hecho que no depende de otras condicionantes —como sus efectos en el mercado— para ser caracterizada como ilícita.

En consecuencia, para que se configure el ilícito basta con acreditar los supuestos de hecho establecidos en la misma norma, de modo que no es necesario que se haya impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, o una aptitud objetiva de la conducta para ello, o que quien la ejecute haya contado con poder de mercado o posición dominante;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.3. Sentido y alcance de la expresión “empresas competidoras entre sí”

Cuadragésimo primero: Que, en el proceso se ha cuestionado el significado de la noción de “empresas competidoras entre sí” utilizada por la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, por lo que se debe determinar el sentido de esta frase;

Cuadragésimo segundo: Que la Fiscalía señala que el concepto de empresa de la norma no se identifica con el de sociedad o persona jurídica, sino que lo relevante es que se ejerza una única fuerza competitiva en el mercado, esto es, la constatación de estar ante una unidad económica o un solo centro de toma de decisiones independiente. De esta forma, el concepto de “empresa competidora” abarcaría a todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente, debiendo considerarse si una sociedad está o no en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de las filiales y otras empresas relacionadas, o define derechamente tal comportamiento. Para que se configure la infracción, bastaría que la persona desempeñara el cargo de ejecutivo relevante o director en cualquiera de las entidades que forman parte de la unidad económica que toma decisiones, sin ser relevante el carácter de matriz o filial de la sociedad en que se ejerce el cargo. Esta interpretación se sustentaría en los fines preventivos de la prohibición del *interlocking*, considerando que dos o más empresas pueden ser competidoras por ofrecer productos o servicios que cumplen genéricamente con las mismas funciones y tienen características similares;

Cuadragésimo tercero: Que, la FNE señala que, si bien la ley no ha definido qué se entiende por “empresa competidora”, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que el concepto de empresa no hace alusión únicamente a una persona jurídica o natural, sino a todas las entidades que representan una sola fuerza económica. Afirma que el concepto de empresa es central al derecho de la competencia y que este debe ser abordado en forma flexible, según lo ha establecido la Excm. Corte Suprema (cfr., *FNE c. Cencosud y otras*, 8 de abril de 2020, Rol N° 9.361-2019). En consecuencia, si una sociedad está en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de sus filiales u otras entidades en un mercado, o derechamente lo define, todas ellas serían una misma empresa competidora, en los términos del artículo 3° inciso segundo letra d) (observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 37-38).

Agrega que este Tribunal invariablemente ha adoptado la doctrina de la única unidad económica, definiendo los presupuestos para ello (cfr., Sentencias N° 176/2021, 15.03.2021, *Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxis c. Maxi Mobility Chile II Spa, Uber Chile SpA e Inversiones Easy Taxi Chile Limitada*, y N° 167/2019, 28.02.2019, *FNE c. Cencosud y otras*). De acuerdo con la FNE, la determinación de qué entidades forman parte de una empresa depende de su

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

grado de autonomía o independencia económica, de modo que no existe una única regla para ello. Sostiene que las categorías de *interlocking* directo o indirecto, utilizadas por las requeridas, no tienen reconocimiento en el D.L. N° 211. Finalmente, concluye que hacer equivalentes empresa competidora con sociedades determinadas llevaría a conclusiones carentes de sentido en sede de competencia;

Cuadragésimo cuarto: Que, sobre este punto, Banco de Chile expone que la definición de empresa competidora es crucial ya que la participación simultánea del director o ejecutivo relevante solo puede darse en empresas que son competidoras entre sí y no entre grupos empresariales. Sostiene que de la noción de grupo empresarial definido en el artículo 96 de la LMV, se puede concluir que esta norma al hablar de “entidades” y de “integrantes”, se refiere a aquellas empresas que forman parte de un grupo empresarial. La ley señala que forman parte de un mismo grupo empresarial, todas las sociedades que tienen un controlador común (contestación Banco de Chile, folio 73, pp. 21-22).

Por esta razón, Banco de Chile concluye que al referirse la FNE en su requerimiento a la relación existente entre Banco de Chile y sus filiales, como controladora de Banchile Corredora de Bolsa y de Banchile Corredora de Seguros, se debe entender que se está refiriendo a que ellas forman parte de un mismo grupo empresarial y no de una sola empresa.

Añade que, por otra parte, la teoría de la Fiscalía consistente en que Banco de Chile y sus filiales sean una sola empresa o entidad competitiva no se sostiene, ya que compiten en mercados relevantes claramente distintos (contestación Banco de Chile, folio 73, pp. 21-22).

Concluye señalando que Banco de Chile ejerce una única fuerza competitiva, pero en el mercado bancario, que es su giro exclusivo, y que en dicho mercado compite únicamente con otros bancos. Plantea que, utilizando una metodología pacífica en materia de libre competencia, lo que se debe determinar es el mercado relevante y definir si los productos servicios ofrecidos por Banco de Chile, Consorcio y Falabella efectivamente compiten entre sí. Como los productos y servicios que ofrece Banco de Chile forman parte del mercado bancario, y los bancos en los que tienen participación accionaria indirecta Consorcio y Falabella, son Banco Consorcio y Banco Falabella, estos son los verdaderos competidores de Banco de Chile en el mercado relevante del producto (*ibid.*, p.25);

Cuadragésimo quinto: Que, con respecto a la aseveración de la FNE en cuanto a que Banco de Chile participa “junto con” sus filiales en los negocios de estas últimas, esto sería falso ya que Banco de Chile no compite en el mercado de las corredoras de bolsa y, asimismo, ni Consorcio ni Falabella lo hacen en el mercado bancario o de seguros. En cuanto a su propio giro, Banco de Chile no

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo ejerce junto con nadie y lo hace por sí mismo. Por último, frente a la pregunta de si tratándose de un caso de abuso de posición dominante, la FNE hubiese considerado como competidores de Banco de Chile a corredoras de bolsa o compañías de seguro o sociedades de inversión, concluye que no puede haber una definición de mercado relevante y de competidora para los casos de *interlocking* y otra diferente para las restantes infracciones a la libre competencia (*ibid.*, pp. 26-27);

Cuadragésimo sexto: Que, por su parte, Consorcio presenta los siguientes argumentos. Sostiene que, en el D.L. N° 211, el significado de la voz “empresa” es distinto al de “grupo empresarial”, sobre la base de la literalidad de la norma y la lógica sistemática del texto legal, que utiliza la noción de “grupo empresarial” en su sentido técnico, definido por la LMV. Asimismo, señala que la interpretación de la FNE supondría extender el alcance de la letra d) al *interlocking* indirecto, lo que iría contra el derecho, la jurisprudencia y los actos anteriores de la misma FNE.

Luego, en sus observaciones a la prueba, Consorcio profundiza en sus argumentos. Señala, sobre la base del Informe Krause-Irarrázabal, que la FNE soslaya que la voz “empresas” es usada en conjunto con “competidoras entre sí”, lo que supondría que esas empresas deben tener un nivel de relación inmediata, esto es que la competencia debe ser directa entre personas jurídicas (observaciones a la prueba Consorcio, folio 425, p. 36). Esta conclusión sería consistente con que el legislador haya utilizado ese concepto, en oposición al de grupo empresarial, que también usa en la letra d).

Agrega, citando el Informe Valdés, que la voz “empresa” debe tratarse de una persona jurídica específica, porque sólo ellas pueden tener directores y ejecutivos relevantes (*ibid.*, p. 40). Finalmente, señala que interpretando lógica y sistemáticamente la norma de la letra d) se llega a la misma conclusión (*ibid.*, pp. 41-43);

Cuadragésimo séptimo: Que, respecto del sentido de la frase “empresas competidoras entre sí” utilizada por la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, se ha discutido en autos si este concepto es equivalente al de persona jurídica, como sostienen las requeridas, o si es más amplio, como afirma la FNE. Esta discusión está también cruzada por la caracterización del ilícito como uno *per se*, en cuanto ello, de acuerdo con algunas posiciones sostenidas en autos, obligaría a adoptar una interpretación restrictiva de la norma, así como con la distinción entre formas directas e indirectas de *interlocking* horizontal, pues las requeridas afirman que solo las primeras serían cubiertas por la norma en comento.

A este respecto, de conformidad con lo dispuesto en el § 4 del Título Preliminar del Código Civil, la interpretación de la ley debe buscar su sentido para lo cual

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el intérprete debe ceñirse a las reglas establecidas en los artículos 19 a 24 del mismo ordenamiento legal. Para realizar este ejercicio, se ha señalado que la labor interpretativa es un acto argumentativo complejo, que debe considerar tanto el contexto lingüístico, entendido como el correspondiente al lenguaje utilizado por las disposiciones legales, como el sistemático, relativo a la posición de la norma en el sistema jurídico, asumiendo su coherencia, y el funcional, que atiende a la finalidad de la institución, considerando los factores sociales, políticos, culturales y económicos al momento del establecimiento o aplicación de la norma (Wroblewski, J. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer, 1992, pp. 91 y ss.; Bascuñán R., A. (2013), *El mito de Domat, Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Santiago LegalPublishing Thomson Reuters., p. 273);

Cuadragésimo octavo: Que, la primera de esas reglas, referida al elemento gramatical o literal, del inciso primero del artículo 19 del Código Civil, dispone “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”. Ante una disposición que tenga un sentido claro o evidente, está vedado al intérprete la utilización de otros elementos que se opongan al lingüístico. Con todo, el inciso segundo del mismo artículo precisamente habilita a recurrir a criterios ajenos al tenor literal para interpretar expresiones oscuras, siempre y cuando ellos estén claramente manifestados en la propia ley, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

Cuadragésimo noveno: Que, aplicando estas reglas para interpretar el ilícito de la letra d), su tenor literal usa una expresión (“empresa competidora”) que carece de una definición estricta en derecho de la competencia, por lo que no puede calificarse como una norma con un sentido claro. Por otra parte, la norma utiliza la noción de “grupo empresarial” para referirse a la determinación de los umbrales de venta que deben cumplirse para que la norma prohibitiva sea aplicable.

Las requeridas afirman que, atendida esa diferencia de conceptos, no podría sostenerse que el concepto de “empresa” sea equivalente a “grupo empresarial” —sentido al cual apelaría la FNE—, de modo que el primero de ellos no puede sino referirse a una persona jurídica singular, y que resulta determinante para la defensa de las requeridas, al fundar la falta de tipicidad de su actuar.

No obstante, esta parte de la norma referida a los umbrales de venta, lo que fija son requisitos para que opere la exención *de minimis* que contempla esta infracción. En aquellos casos en que sociedades o empresas de menor tamaño incurren en la conducta, el legislador tomó la decisión de no sancionarlas. De tal manera, la referencia al “grupo empresarial, no es parte del tipo infraccional propiamente tal, en sentido estricto;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo: Que, en consecuencia, en relación con esta primera controversia sobre el significado del concepto de empresa competidora, es correcto concluir que ambas dos nociones (“empresa” y “grupo empresarial”), no pueden significar lo mismo;

Quincuagésimo primero: Que, no obstante, el ejercicio interpretativo lleva a comprender la razón de por qué el legislador recurrió al concepto de “empresa”, que no tiene un contenido específico, en lugar de “sociedad” o “persona jurídica”. Como se verá, la decisión de prescindir del concepto legal de sociedad es consistente con la flexibilidad propia del derecho de la competencia, que mira a la realidad económica más que a la forma jurídica utilizada;

Quincuagésimo segundo: Que las requeridas han argumentado que el concepto de empresa enarbolado por la FNE, sobre la base de la doctrina de la única unidad económica, sería equivalente al de “grupo empresarial”, cuestión que contravendría el sentido de la norma. Asimismo, indican que la noción de empresa estaría calificada, porque la norma requiere que esas empresas sean “competidoras entre sí” (v., Informe Krause-Irarrázabal, p. 31). De esta manera, las requeridas vinculan el contenido que debe darse a la noción de empresa con el concepto de *interlocking* directo.

Su conclusión es que para que se configure el ilícito sancionado en la letra d), la participación simultánea de una persona en el cargo de director o ejecutivo relevante debe ocurrir entre “sociedades” que compitan directamente. Esto dejaría afuera tanto el caso en que la competencia se produce entre sociedades que tienen la calidad de filiales “aguas abajo” de aquellas en que se da el *interlocking*, como también el caso en que una matriz, Banco de Chile, compite con una filial de otra sociedad. Estos casos caerían en la categoría de *interlocking* indirecto, que sólo podría ser sancionado de conformidad al inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211;

Quincuagésimo tercero: Que la distinción entre *interlocking* directo e indirecto ha sido propuesta por la doctrina para categorizar las distintas figuras que pueden configurar un *interlocking* y diferenciar el potencial riesgo anticompetitivo que puede surgir de ellas. El informe “Participaciones Minoritarias y Directores Comunes Entre Empresas Competidoras”, de noviembre de 2013 (“**Informe FNE 2013**”), que ha sido citado por las requeridas en sus defensas, hace referencia a estas clasificaciones (folio 88, agregado a folio 79, pp. 14-16). Señala que la forma que adopte el *interlocking* tiene incidencia directa sobre los riesgos anticompetitivos que importa (*idem*, p. 15). El denominado *interlocking* directo correspondería a la más riesgosa de esas formas, pero advierte que “cuando el *interlocking* se produce en las matrices de dos competidores, en la medida en que las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades, la situación es prácticamente idéntica a la que se produce a raíz de un

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interlocking horizontal” (*idem*, pp. 15-16). Cuando la filial es la competidora, son los tribunales los que deben determinar la licitud del *interlocking* en función de si se espera que los negocios de la filial sean objeto de las deliberaciones que se dan en el directorio de la matriz (*ibid*, p. 16).

El Informe FNE 2013 agrega que, en el derecho chileno, esta situación es de especial gravedad en consideración de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (“**LSA**”), que otorga ciertas prerrogativas a los directores de la matriz respecto de las filiales, al punto que ello “*puede llevar a borrar casi toda diferencia práctica entre en [sic] un interlocking horizontal directo y uno indirecto vía matrices*” (*ibid*, p. 16, nota al pie 40). Sin perjuicio de lo anterior, el Informe FNE 2013 es anterior a la reforma legal que incorporó la letra d) al inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, de modo que solo es un elemento de contexto para efectos de establecer su verdadero sentido;

Quincuagésimo cuarto: Que, debe considerarse que el D.L. N° 211 no hace referencia alguna a las categorías de *interlocking* directo o indirecto en la tantas veces citada letra d), limitándose a sancionar su ocurrencia en “empresas competidoras entre sí”. Asimismo, a lo largo de la tramitación de la Ley N° 20.945, si bien se descartó el llamado *interlocking* vertical (Historia de la Ley N° 20.945, p. 76), no se debatió planteamiento alguno referente a la distinción entre *interlocking* horizontal directo o indirecto, limitándose el debate a otros aspectos de la norma en comento, como el alcance de la noción de ejecutivo relevante, o la inclusión de una regla que excluyera a las empresas de menor tamaño. Por el contrario, durante la tramitación, se hizo presente precisamente que podría generarse un problema interpretativo en cuanto al sentido de la voz “competidores” (Historia de la Ley N° 20.945, folio 73, primer informe de la Comisión de Economía del Senado, p. 319, intervención del representante de la Organización de Consumidores y Usuarios, ODECU). Asimismo, el ex Fiscal Nacional Económico Ricardo Riesco previno que la redacción propuesta era deficiente respecto a lo que se entendía por competidores (*idem*, p. 357);

Quincuagésimo quinto: Que, de esta forma, 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;

Quincuagésimo sexto: 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.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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. En este sentido, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “empresa” es una *“unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”* (acepción 2ª). Así, la noción de empresa supone la existencia de una cierta organización común respecto del desarrollo de alguna actividad económica particular, con independencia de las formas jurídicas utilizadas para ello.

La noción de sociedad no coincide con la de empresa. Las sociedades son personas jurídicas independientes de sus socios o accionistas, que cuentan con un patrimonio propio y son responsables de las consecuencias de sus actos y de las obligaciones que asuman (*vid.*, art. 2053 del Código Civil). En el derecho moderno, son usualmente instrumentales para delimitar el riesgo asociado a una determinada actividad. En este sentido, es común que puedan existir distintas sociedades, cada una con su propia personalidad jurídica, que formen parte de un mismo grupo, para aprovechar la limitación de responsabilidad que ello conlleva y dividir la responsabilidad que pudiera derivarse del desarrollo de sus actividades, subsistiendo la agregación de activos entre distintas entidades, o bien, por legítimas razones de organización administrativa, de negocios o razones tributarias. La generación de estas estructuras societarias, en principio, intensifica la separación de patrimonios, al establecer distintos niveles entre quien desarrolla una actividad y los socios o propietarios finales. Con todo, incluso en el derecho privado, donde se reconoce con más fuerza esta división, toda vez que es el ámbito propio en que actúan las distintas entidades mediante la suscripción de contratos, el ordenamiento jurídico ha generado formas de superar la separación estricta de patrimonios y responsabilidades, sobre la base de la realidad económica subyacente a la estructura societaria.

Así, en derecho privado se ha desarrollado la doctrina del levantamiento del velo societario, la cual ha sido reconocida por los tribunales superiores de justicia en casos de conductas abusivas o fraudulentas destinadas a burlar derechos de terceros (v., Excma. Corte Suprema, 04.09.2018, Rol N° 37.855-2017, c. 12°; y, 16.10.2017, Rol N° 18236-2017). Soluciones análogas se han alcanzado en derecho laboral, particularmente luego de la dictación de la Ley N° 20.760. En esa sede la Excma. Corte Suprema ha establecido que las empresas cuentan con plena libertad para establecer estructuras de organización, pero que, si ellas han sido adoptadas con la finalidad de eludir o disminuir los derechos laborales de los empleados, se vuelve necesario contar con herramientas que permitan abarcar la realidad de las empresas (Excma. Corte Suprema, 06.12.2022, Rol N° 99.611-2020). Asimismo, se ha establecido como requisito principal para estar frente a una unidad económica, la existencia

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de una dirección laboral común y la concurrencia adicional de una serie de elementos complementarios e indiciarios que dotan de unidad al grupo que se pretende establecer como empleador. Estos últimos no configuran un listado taxativo (Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, 04.03.2022, Rol N° 1.232-2021);

Quincuagésimo séptimo: Que, en el análisis propio del derecho de la competencia, la separación de un agente de mercado en distintas sociedades pierde relevancia en función del objetivo propio de esta rama del derecho, cual es el control del comportamiento de los agentes económicos en el mercado. Así, no es necesario recurrir para ello a un eventual abuso o fraude en el ejercicio del derecho a constituir personas jurídicas como ocurre en la doctrina del levantamiento del velo en derecho privado, sino que simplemente se prescinde de la forma jurídica utilizada por los particulares, toda vez que lo relevante es la identificación de la fuerza competitiva cuya actuación se debe evaluar en función de su poder de mercado (*vid.*, Palma, N. Doctrina de la unidad económica en el derecho de la competencia: Aplicación y límites, 2022, *Investigaciones CeCo*, p. 3; disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>. última visita el 6 de junio de 2025).

Es por ello que, en derecho comparado, los grupos de sociedades que actúan bajo un objetivo económico común se han considerado como una sola entidad competitiva (Araujo, M. *The notion of undertaking in EU competition law*, Tesis de Doctorado, Universidad de Glasgow, 2023, p. 26). La legislación de competencia se enfoca en las interacciones relevantes, esto es, aquellas que se presentan entre agentes que deben determinar sus estrategias y acciones en forma independiente unos de otros (Odudu, O. y Bailey, D. *The single economic entity doctrine in EU competition law*, *Common Market Law Review*, 2014, p. 1725). Desde una perspectiva distinta, la noción de única unidad económica es pertinente en derecho de la competencia para descartar el análisis de conductas desarrolladas por entidades que no sean independientes, en cuanto ellas no pueden ser competidoras entre sí, cuestión que ocurre, normalmente, en el ámbito de las relaciones entre sociedades matrices y filiales (*idem*, p. 1727). Es por ello que se ha descartado, por ejemplo, que una sociedad matriz pueda coludirse con una filial (véase el fallo de la Corte Suprema norteamericana, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 1984);

Quincuagésimo octavo: Que en el derecho chileno de la competencia también se ha reconocido que la realidad económica debe primar por sobre las formas jurídicas utilizadas por los agentes económicos (Palma, ob. cit., p. 9). Así, de la jurisprudencia de este Tribunal se sigue que si dos personas jurídicas tienen un centro o núcleo de toma de decisiones común, éstas constituyen una única unidad económica para efectos de su responsabilidad en esta sede, lo cual ha

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido confirmado por la Excma. Corte Suprema toda vez que “*en la resolución del asunto, debe prevalecer aquella interpretación que conlleve una mayor protección y seguridad respecto de la tutela de la libre competencia*” (Excma. Corte Suprema, Cencosud, 08.04.2020, Rol N° 9.361-2019, c. 3°; en el mismo sentido, *idem*, c. 2°, y Sentencia N° 139/2014, 25.09.2014, FNE c. Agrícola Agrosuper S.A. y otras, c. 294°);

Quincuagésimo noveno: Que, en cualquier caso, determinar la existencia de ese centro común de decisiones es una cuestión de hecho que debe acreditarse en el proceso, para lo cual pueden tomarse como antecedentes: **(a)** el pertenecer a un mismo grupo empresarial, de conformidad a la LMV (*vid.*, sentencias N° 103/2010, 08.09.2010, *Comercial Arauco Ltda. c. Distribución y Servicio D&S S.A.*, c. 46°; N° 154/2016, 15.09.2016, *Conadecus c. Telefónica Móviles Chile S.A. y otras*, c. 14°; y N° 176/2021 *Uber*, c. 9°); **(b)** el control o propiedad mayoritaria de una sociedad respecto de otra, como en las relaciones matriz-filial (*vid.*, sentencias N° 167/2019 *Cencosud*, c. 81°; y N° 176/2021 *Uber*, c. 4°); **(c)** que el negocio principal de una sociedad se desarrolle mediante sociedades filiales, o que los ingresos de la matriz provengan principalmente de la actividad de sus filiales (*vid.*, sentencias N° 167/2019 *Cencosud*, c. 82°; y N° 176/2021 *Uber*, c. 7°); o, **(d)** que las sociedades compartan ejecutivos relevantes comunes (*vid.*, Sentencia N° 167/2019 *Cencosud*, c. 81°). A todo lo anterior se agrega que, para el caso concreto que debe resolverse en estos autos, de seguirse una interpretación restrictiva de la noción de empresa como la propuesta por las requeridas, bastaría con generar una capa societaria superior —incluso meramente instrumental— a las sociedades que efectivamente participan en un determinado mercado para eximirse de la aplicación de la norma contenida en la letra d), toda vez que esas sociedades aguas arriba no serían competidoras entre sí;

Sexagésimo: Que, sin perjuicio de lo expuesto, es necesario determinar la relación entre la frase “empresas competidoras entre sí” y el concepto legal de “grupo empresarial”, definido por la LMV. A este respecto, el inciso primero del artículo 96 de ese ordenamiento legal dispone que:

“Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes de 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.

Forman parte de un mismo grupo empresarial: a) Una sociedad y su controlador; b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y c) Toda entidad que determine la Comisión

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias: 1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías; 2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda; 3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y 4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial”.

Como se aprecia, la definición de grupo empresarial apunta a determinar qué sociedades someten su interés individual —que el ordenamiento reconoce en consideración de su carácter de personas jurídicas independientes— a un interés colectivo, mancomunado, o sobre la base de riesgos financieros compartidos. Para ello, por una parte, en sus letras a) y b), la disposición recurre a la figura del “controlador”, mientras que la letra c) establece una regla de clausura basada en una decisión del regulador, que está limitada por los criterios establecidos en la misma disposición. En el derecho de sociedades y regulación de valores, esta determinación tiene por objeto transparentar la conformación y funcionamiento de estos grupos, con miras a hacer efectivos los deberes de información al mercado sobre sus valores, actividades y operaciones (Jequier, E. Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol.41, n° 1, p. 124), lo cual permite orientar las decisiones de inversión de los privados. En adición, la LSA busca proteger a los accionistas minoritarios y a los acreedores de las sociedades controladas de los riesgos derivados de esa subordinación a un interés ajeno al interés social (*ibid.*). Sin perjuicio de ello, se ha sostenido que el ordenamiento chileno, en consideración de los niveles de concentración existentes en él, tiene como resultado un traslado de poder de gobierno desde los directorios a los accionistas controladores, los que, además, son controladores de los grupos empresariales en los que la sociedad se inserta (Islas G., y Lagos, O. Detrás de la cascada: el rol de las instituciones jurídicas en la estructura de mercado en Chile, *Economía y Política*, 2020, p. 60).

De esta forma, el énfasis de la regulación de valores está en transparentar al mercado la información respecto de cómo y quién toma las decisiones al interior

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de una sociedad, con miras a salvaguardar las decisiones de inversión de los particulares en ellas. Es en ese sentido entonces que se toma en consideración el control que una sociedad pueda ejercer sobre otra para la definición legal de grupo empresarial. Como se aprecia, ese objetivo de transparencia de la información no necesariamente está en línea con la premisa del derecho de la competencia relativa a la consideración de quién en los hechos opera como un agente económico en un determinado mercado. En efecto, dos empresas filiales de una sociedad matriz que desarrollan actividades económicas en mercados distintos pueden ser parte de un mismo grupo empresarial; sin embargo, no necesariamente podrían ser consideradas una misma empresa para efectos de la legislación de competencia, precisamente porque actúan en mercados distintos. Ello reafirma que no se trata de un mismo concepto;

Sexagésimo primero: Que, sin perjuicio de lo anterior, resta determinar el sentido de la utilización por el legislador de la noción de grupo empresarial en la letra d). A este respecto, la historia fidedigna del establecimiento de la disposición muestra que la referencia a grupo empresarial provino de una indicación del Poder Ejecutivo con miras a establecer un umbral de ingresos para eximir de la aplicación de la prohibición a las empresas de menor tamaño, según se definen éstas en el artículo 2° de la ley N° 20.416, como una regla *de minimis* (Historia de la Ley N° 20.945, ob. cit., p. 77). El Ministro de Economía de ese entonces explicó que la propuesta inicial del Ejecutivo era sancionar el *interlocking* sin fijar límite alguno, pero que, a raíz del debate que se dio en el Congreso, se quiso “poner una señal de alerta” respecto de las grandes empresas. En este sentido, la referencia a “grupo empresarial”, concepto que tiene un contenido técnico dado por la LMV, permite determinar a los beneficiarios de esa exención en forma precisa, sobre la base de información financiera fácilmente verificable, cuestión distinta a la prueba del carácter de “empresas competidoras” necesario para establecer la responsabilidad. De esta forma, puede saberse *ex ante* con certeza qué personas jurídicas específicas estarán sujetas a la regulación de la letra d), cuestión distinta de los elementos del tipo infraccional como condiciones de determinación de la responsabilidad *ex post*. Otras disposiciones del D.L. N° 211, que hacen referencia a la noción de “grupo empresarial”, como los artículos 4° bis y 48 inciso segundo, también lo hacen en sentido técnico, en oposición a las voces “empresa” o “agente económico”;

Sexagésimo segundo: Que, por tales consideraciones, no puede sostenerse que la noción de “empresa” sea equivalente a la noción de “grupo empresarial”. 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. En ese contexto, la responsabilidad respecto de una eventual infracción debe recaer, ya sea, sobre aquella persona jurídica que ejecuta la actividad considerada ilícita, ya sea,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquella donde en su seno se adoptan las decisiones, toda vez que configuran un núcleo de decisiones común;

Sexagésimo tercero: Que, en consecuencia, en esta sentencia se entenderá que la frase “empresas competidoras entre sí” se refiere a agentes económicos independientes que participen desarrollando su actividad en un mismo mercado relevante, sin que sea relevante la forma jurídica que utilicen, así como la separación de patrimonios que ella conlleve. Determinar si se otorgará esa calificación, es una cuestión de hecho;

Sexagésimo cuarto: Que, esta conceptualización de empresa como una cuestión de hecho es consistente con el desarrollo que se ha observado en el derecho norteamericano, jurisdicción de referencia para la inclusión de la figura del *interlocking* en Chile. En efecto, la sección 8 de la Clayton Act sanciona los casos de *interlocking* entre “competidores”, lo que ha requerido que los tribunales de EE.UU. se pronuncien sobre el contenido de ese concepto. Con todo, no hay claridad respecto la definición de competidores, a lo que se agrega que el número de casos que se ha pronunciado sobre ella es escaso (Gerber, B. Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under section 8 of the Clayton Act, *Yale Journal on Regulation*, 2007, vol. 24:1, p. 118; disponible en: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8073/06_24YaleJonReg107_2007_.pdf?sequence=2&isAllowed=y, última visita, el 6 de junio de 2025). Por lo mismo, se ha propuesto presumir que los acusados son competidores si existe evidencia cualitativa de ello, sin perjuicio de la posibilidad de refutarla, lo que permitiría un juicio menos costoso que si se requiriera un análisis completo del mercado relevante (*idem*, pp. 130-132);

Sexagésimo quinto: Que esta conclusión no se vincula directamente con el hecho que la conducta descrita en la letra d) no requiera acreditar los efectos anticompetitivos de la misma. El que esa conducta se verifique entre dos empresas que compitan entre sí es uno de los presupuestos de hecho del ilícito. En otras palabras, si la participación simultánea de una persona como director o ejecutivo relevante se da en dos sociedades que participen en un mismo mercado —cuestión denominada por las requeridas como *interlocking* directo— ello simplemente supondrá que su calificación como competidoras tendrá una dificultad probatoria menor. Por el contrario, de existir una estructura societaria compleja en los agentes económicos involucrados, la parte acusadora tendrá la carga de probar que se trata de empresas competidoras entre sí, lo que supone, además, que se ha producido el peligro que la regla de la letra d) trata de evitar;

Sexagésimo sexto: Que, sin perjuicio de la conclusión anterior, se ha sostenido que, de considerarse que la letra d) estableció un ilícito *per se*, ello supondría

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la disposición debe interpretarse en forma restrictiva, lo que sería consistente con la interpretación propuesta por las requeridas de que la norma solo sanciona el *interlocking* directo;

Sexagésimo séptimo: Que, en particular, en el derecho norteamericano, donde esta figura ha tenido mayor desarrollo, uno de los textos con mayor autoridad en la materia define a los *interlocking* directos como aquellos donde una misma persona se sienta en los directorios de corporaciones relacionadas vertical u horizontalmente, o en los directorios de sus matrices o filiales (Areeda, P., y Hovenkamp, H. *Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application*, Nueva York: Aspen Publishers, 2010, § 1300, p. 327), mientras que los indirectos corresponderían a los casos en que la relación se da a través de *personas diferentes* que se relacionan a través de un vínculo común (como ser empleados de una misma empresa) o que coinciden en el directorio de una empresa diversa (*ibid.*). De esta forma, los hechos que configuran el ilícito analizado en estos autos caerían dentro de la categoría de *interlocking* horizontal directo. Con todo, el Colegio de Abogados de EE.UU (*American Bar Association*), califica la misma situación como una forma de *interlocking* indirecto, pero afirma que algunas cortes han estimado que aun así cae dentro del ilícito establecido en la sección 8 de la *Clayton Act* (ABA Antitrust Law Section, *Antitrust Law Developments*, 2022, 9ª Ed. Chicago: ABA Book Publishing), norma análoga a la letra d) del artículo 3º del D.L. N° 211. Esta contradicción entre las definiciones, así como de su subsunción en la regla de la sección 8, da cuenta simplemente que la distinción entre *interlocking* directo e indirecto es una categorización doctrinaria, utilizada con fines expositivos, sobre la cual no hay un criterio unívoco y que, por lo mismo, el criterio utilizado para realizar esa clasificación por el Informe FNE 2013 antes de introducirse la prohibición en nuestro derecho, no puede tenerse por una fuente de autoridad para la interpretación del sentido y alcance de la disposición en comento, más aún cuando la distinción entre formas directas e indirectas no fue objeto de discusión durante la tramitación legislativa;

Sexagésimo octavo: Que, en consecuencia, para efectos de esta sentencia, se considerará que la letra d) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211 establece un ilícito de peligro, que no requiere para su configuración de la existencia de efectos anticompetitivos. Asimismo, se entenderá que la noción de “empresas competidoras entre sí” requiere la existencia de competencia en los hechos entre dos agentes económicos independientes, sin perjuicio de la forma jurídica que hayan adoptado para organizar sus negocios, pues lo relevante es la existencia de un núcleo común de decisiones respecto a su desempeño competitivo;

D. HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo noveno: Que, previo al análisis de las conductas, corresponde identificar los hechos que se han probado en el proceso, a partir de aquellos que el Tribunal calificó como sustanciales, pertinentes y controvertidos. Para ello, se seguirá el orden de la resolución que recibió la causa a prueba (sección G, parte expositiva);

Septuagésimo: Que ha sido controvertida la calidad de competidoras de las siguientes sociedades, en los respectivos mercados que se indican, ya sea que intervengan de forma directa o a través de sus filiales (v., sección A.1, Cuadro N° 1):

- (a) Banco de Chile, de forma directa, Falabella, a través de Banco Falabella, y Consorcio, vía Banco Consorcio, en productos y servicios bancarios;
- (b) Banco de Chile, mediante Banchile Corredora de Bolsa, y Consorcio, a través de Consorcio Corredora de Bolsa, en la intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa;
- (c) Consorcio, vía Consorcio Seguros, y Falabella, a través de CF Seguros, en la emisión de seguros de vida y desgravamen; y
- (d) Banco de Chile, a través de Banchile Corredora de Seguros, y Falabella, por medio de Falabella Corredora de Seguros, en la intermediación de seguros.

La Fiscalía, para efectos de establecer que las matrices conforman una única unidad económica con sus filiales en los cuatro mercados descritos, recurre a la noción de “influencia decisiva”, la cual se recoge en la letra b) del artículo 47 del D.L. N° 211 de su Título IV, “De las operaciones de concentración” (v., observaciones a la prueba FNE, § 113 y siguientes). A su vez, la Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de Operaciones de Concentración Sujetas a Control o “Guía de Competencia”, define ese concepto como *“la posibilidad, de jure o de facto, de determinar —o vetar— la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico”*, lo que supone *“entre otros, influir decisivamente o controlar la composición de su administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios, o, en general, influir en el desenvolvimiento competitivo del mismo”* (FNE, 2017. Guía de Competencia, p. 18). En particular, la guía precisa que esa definición es específica para el análisis de competencia y no necesariamente coincide con la definición de control de la LMV, pues en esa área del derecho el concepto de control tiene como idea central otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación de los grupos económicos involucrados, así como proteger a los accionistas minoritarios, mientras que en el derecho de la competencia, lo que se busca es determinar si una entidad puede influir en el desempeño competitivo de otra (*idem*, nota al pie N° 12, pp. 17-18);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo primero: Que, sobre la base de los antecedentes que fueron acompañados, la FNE afirma la “influencia decisiva” que tendrían estas matrices sobre sus respectivas filiales que operan en cada uno de los mercados recién indicados, de modo que, a su juicio, debieran ser calificadas como una única unidad económica (observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 82-184). En contraposición, las empresas requeridas indican que las sociedades filiales identificadas se desenvuelven dentro de cada mercado en circunstancias completamente normales en lo que respecta una relación matriz-filial y en el ámbito del control que naturalmente debe ejercer un dueño sobre las empresas de las que es accionista.

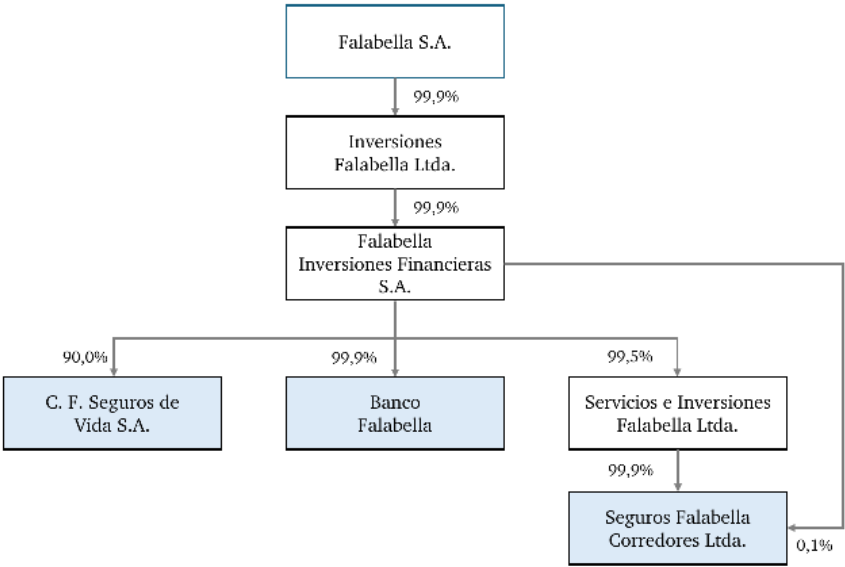
Así, en las consideraciones siguientes se examinarán y ponderarán cada uno de estos antecedentes;

D.1. Relación entre las empresas requeridas y sus filiales

D.1.1. Relación entre Falabella, Banco Falabella, CF Seguros y Falabella Corredora de Seguros

Septuagésimo segundo: Que, en su requerimiento, la Fiscalía relata que la malla societaria de Falabella es la siguiente (folio 4, p. 6):

FIGURA N° 1
Relación de control de Falabella sobre sus filiales



Fuente: Elaboración propia a partir de antecedentes del requerimiento. Nota: Se excluyen aquellas filiales que no se encuentran relacionadas con la conducta imputada.

En ese sentido, esgrime que Falabella posee el 99,9% de la propiedad de Banco Falabella a través de Falabella Inversiones Financieras S.A., el 90% del capital de CF Seguros por medio de la misma sociedad, y el 100% de la propiedad de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Falabella Corredora de Seguros, por vía de dos sociedades (99,9% a través de Servicios e Inversiones Falabella Limitada y un 0,1% por medio de Falabella Inversiones Financieras S.A.);

Septuagésimo tercero: Que, sin perjuicio de la prueba aportada a los autos y las observaciones que se hicieron a su respecto por la FNE (folio 420, pp. 164-184), en cuanto a este conjunto de sociedades y sus relaciones, resulta de suma relevancia considerar las bases del acuerdo conciliatorio entre la FNE y Falabella aprobado por el Tribunal (incorporadas a folio 112 según certificado de folio 111). Estas bases contienen reconocimientos de hechos que han contribuido a facilitar la actividad probatoria de la Fiscalía, respecto de la acreditación de hechos materia de la acusación.

En ese contexto, Falabella reconoce los siguientes hechos respecto de la relación de control, *intra* grupo:

“2. Que Falabella, a través de sus filiales, según se detalla en el numeral siguiente, participa en el negocio bancario; en la intermediación de seguros; y, en la emisión de seguros de vida y desgravamen.

3. Que Falabella es matriz de: (a) Banco Falabella, que ofrece productos y servicios en el negocio bancario; (b) CF Seguros de Vida S.A., que ofrece seguros de vida y desgravamen; y, (c) Seguros Falabella Corredores Ltda., que ofrece servicios de intermediación de seguros. Falabella, en su calidad de matriz, tiene el control de las indicadas filiales, por lo que está en posición de: (i) ejercer todos los derechos políticos y económicos que como accionista controladora le confiere la ley; (ii) acceder a información comercial estratégica sobre dichas filiales y su desempeño; (iii) supervisar e incidir sobre la marcha y desarrollo de los negocios de tales filiales, monitoreando que se encuentren dentro de los planes, lineamientos y políticas definidas para el grupo; y, (iv) determinar las inversiones y los recursos que se asignan a dichas filiales” (folio 112, p. 4).

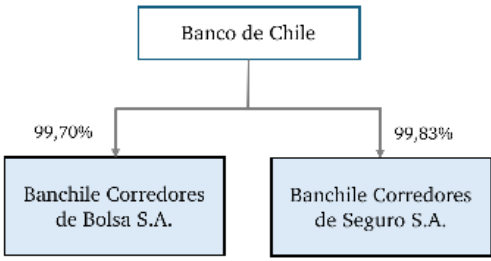
Septuagésimo cuarto: Que, por consiguiente, se tendrá por acreditado **(a)** que Falabella tiene el control de las filiales Banco Falabella, CF Seguros y Falabella Corredora de Seguros, **(b)** que estas filiales no se desenvuelven con completa autonomía de la matriz Falabella, dentro de los mercados en que cada una efectúa sus respectivos negocios y, por consiguiente, la primera ejerce influencia decisiva, y **(c)** que Falabella participa en dichos mercados a través del control de estas sociedades filiales;

D.1.2. Relación entre Banco de Chile, Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo quinto: Que, respecto de Banco de Chile y sus filiales corredoras de bolsa y de seguros, la FNE en su requerimiento detalla la siguiente relación de control:

FIGURA N° 2
Relación de control de Banco de Chile sobre sus filiales



Fuente: Elaboración propia a partir de antecedentes del requerimiento. Nota: Se excluyen aquellas filiales que no se encuentran relacionadas a la conducta imputada.

La Fiscalía afirma que Banco de Chile posee más del 99% de la propiedad de Banchile Corredora de Bolsa y de Banchile Corredora de Seguros. Agrega que el control de Banco de Chile sobre ellas le permite adoptar estrategias de negocio, tener acceso a información sensible, supervisar su desempeño comercial y articular o vetar sus decisiones (requerimiento, folio 4, pp. 3-6);

Septuagésimo sexto: Que, la Fiscalía se refiere en sus observaciones a la prueba a aquellos hechos que demostrarían la influencia de Banco de Chile sobre Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros, siendo los más relevantes los siguientes (observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 125-158):

- (a) La participación accionaria de más del 99% en Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros le permite a Banco de Chile designar a los directores de dichas sociedades filiales;
- (b) En distintas ocasiones, Banco de Chile se ha reconocido junto a Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguro bajo una misma marca y como una sola empresa;
- (c) La constitución de Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros como filiales responde al cumplimiento de exigencias regulatorias y no a su establecimiento como entidades autónomas; y
- (d) Banco de Chile determina las directrices, aprueba el presupuesto anual y supervisa el desempeño de Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros.

Cada uno de estos elementos se revisará en detalle a continuación;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo séptimo: Que, respecto del primer punto, la FNE expone que no ha sido controvertida la relación de propiedad de Banco de Chile y las dos filiales antes identificadas. Sobre este punto, obra en el expediente información referida a su malla societaria que confirma lo afirmado por la requirente (documento “*Malla Grupo Controlador.pdf*”, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE). A lo anterior, se suma la información pública disponible en la página web de la CMF (<https://www.cmfchile.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=96571220&grupo=&tipoentidad=COBOL&row=AAAUGyABFAAAAbEAAAD&vig=VI&control=svs&pestanía=13>, última visita, el 6 de junio de 2025);

Septuagésimo octavo: Que, en virtud de los hechos acreditados, la Fiscalía señala que el porcentaje de propiedad le otorga a Banco de Chile la facultad de designar a los directores de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros. Añade que aquello repercute de manera indirecta en el establecimiento de distintos cargos, pues estos directores son los encargados de designar al gerente general de cada filial. Señala que, más aún, el gerente general de Banco de Chile, el Sr. Ebensperger, habría reconocido influir en la designación de los gerentes generales de dichas filiales, al declarar durante la Investigación FNE, lo siguiente: “*Y el de la corredora de bolsa, Hernán Arellano, él entró en los, cómo se llama, en el, en el año dos mil dieciséis, fines dos mil dieciséis cuando yo entré y yo lo recomendé efectivamente al, al directorio y a Alfredo porque me pareció, quería, en la relación con el banco y el negocio, no estaban muy contentos con el gerente anterior*” (documento “*16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf*”, p. 7, líneas 5 a 9, incorporado según certificado de folio 252);

Septuagésimo noveno: Que, si bien estos antecedentes no son suficientes para descartar la autonomía de las filiales frente a la matriz, atendido el porcentaje de propiedad de Banco de Chile sobre estas y lo dispuesto en el artículo 31 de la LSA, es la junta de accionistas de la matriz la que elige a los directorios de las filiales, lo que fue ratificado por esta requerida en sus observaciones a la prueba (observaciones a la prueba Banco de Chile, folio 424, p. 65, § 197). De modo que este primer hecho se tendrá por acreditado;

Octogésimo: Que, en lo que respecta al segundo elemento, la FNE señala que, en las memorias anuales de Banco de Chile, así como en su sitio web, esta última presenta sus negocios de corretaje de bolsa y seguros bajo una misma marca y propuesta comercial. Así, la memoria anual de 2019 señala que Banco de Chile “*ofrece productos de seguros gestionados a través de la filial Banchile Corredores de Seguros. Esta propuesta de valor se ofrece a través de las marcas Banco de Chile y Banco Edwards*” (documento “*Memoria Anual Banco de Chile 2019.pdf*”, p. 77, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE), mientras que la memoria anual de 2022 se refiere además al corretaje de bolsa (documento de folio 317, acompañado en escrito de folio 318, p. 36);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo primero: Que, en la misma línea, la requirente señala que Banco de Chile ofrece en su sitio web:

- (a) Un catálogo de seguros cuya intermediación es realizada por Banchile Corredora de Seguros, lo que fue reconocido por el Sr. Ebensperger en calidad de absolvente (*“Ministro: Para que diga el absolvente cómo es efectivo y le consta que en el portal Banco de Línea, perdón, Banco en Línea del sitio web Banco de Chile se pueden contratar y visualizar los seguros de un cliente, intermediados por Banchile Corredores de Seguros Limitada. Absolvente: Sí, es efectivo”*, incorporado a folio 297 según certificado de folio 294, p. 16, líneas 14 a 17). Del mismo modo, la requirente añade que Eduardo Ebensperger afirmó durante la Investigación FNE que la venta de estos seguros se efectúa directamente por Banco de Chile a sus clientes (documento *“16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf”*, p. 39, líneas 28 a 33, incorporado según certificado de folio 252); y
- (b) Un catálogo de productos de inversión comercializados junto a Banchile Corredora de Bolsa, los cuales pueden ser contratados, a través de un redireccionamiento a la página web de ésta última, o bien, de forma directa por medio de la aplicación móvil “Mi inversión”. Añade que la memoria anual de 2019 del banco indica que *“Banchile Corredores de Bolsa: presta servicios de corretaje de acciones, inversiones de renta fija y servicios cambiarios a personas y empresas a través de la red de sucursales del Banco y de canales remotos”*, al igual que lo harían las memorias de 2020 a 2022 (documentos *“Memoria Anual Banco de Chile 2019.pdf”*, p. 83, y a folios 315 a 317 acompañados en escrito de folio 318);

Octogésimo segundo: Que, además, para acreditar que Banco de Chile y su filial corredora de bolsa actúan como una misma empresa, la Fiscalía esgrime que el Sr. Ebensperger durante la Investigación FNE afirmó lo siguiente: *“una filial del Banco de Chile le da bastante y es una de las aspiraciones en el tiempo, independiente del mérito que han tenido los gerentes de desarrollar la corredora de bolsa, digamos, que efectivamente tienen un, tienen un fuerte relacionamiento con el banco, le dan soporte, qué se yo. Bueno de hecho, te llega mucho reclamo de cliente de la corredora, entonces uno tiene que remitirles (...) digamos, que es un problema de ellos, pero claro, si le pasa algo a la corredora de bolsa van a golpear la mesa y yo creo que nosotros obviamente vamos a tener que poner toda la plata que tengamos que poner si les pasa algo, entonces te dan mucho respaldo de verdad. O sea, una, una filial de un banco no puede entrar en falencia”* (documento *“16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf”*, p. 34, líneas 3 a 11);

Octogésimo tercero: Que, atendido lo expuesto, se tendrá por acreditado que las distintas sociedades filiales pertenecientes a Banco de Chile actúan bajo una misma marca en el mercado. No obstante, los antecedentes no son suficientes para establecer o descartar la autonomía de esas sociedades en las decisiones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competitivas que adoptan para cada mercado en el que participan, aunque constituyen indicios de la existencia de un interés común entre ellas y el banco, al participar conjuntamente en la oferta de sus productos;

Octogésimo cuarto: Que, en tercer término, la Fiscalía se refiere a la estructura corporativa que ha adoptado Banco de Chile junto a sus filiales, en cuanto a que su creación respondería al cumplimiento de exigencias regulatorias, con el fin de ampliar su oferta de productos y así satisfacer las necesidades financieras de sus clientes. Señala que, en el caso de corredores de bolsa, el artículo 27 de la Ley N° 18.045 indica que la forma de operar en el mercado es mediante una persona jurídica cuyo exclusivo objeto o giro único sea las operaciones de corretaje de valores (observaciones a la prueba FNE, folio 420, p. 87). En el caso del corretaje de seguros, añade que las requeridas han afirmado que este puede ser realizado por personas naturales o jurídicas. Para estas últimas, el artículo 58 letra e) del Decreto con Fuerza de Ley N° 251 precisa que para poder ejercer sus actividades deben haberse constituido legalmente en Chile con ese objeto específico (*ibid.*, p. 64);

Octogésimo quinto: Que, en ese sentido, la FNE relata que el Sr. Ebensperger, gerente general de Banco de Chile, reconoció en audiencia de absolución que el banco tiene una propuesta de valor ofreciendo ciertos servicios financieros a través de filiales, ya que el banco no los puede ofrecer directamente: **(a)** “*La propuesta de valor de Banco de Chile trata de resolver los problemas financieros y en general que requiere un cliente tanto en créditos o en ahorros o en general en todos aquellos productos que requiere un cliente para efectuar su vida financieramente sana (...) por ejemplo, hipotecarios cuando requiere de un crédito hipotecario que necesita obviamente, un seguro de desgravamen o de incendio, o efectivamente si quiere invertir en fondos y no solo en depósitos a plazo, etc.*”; **(b)** “*Ministro: Para que diga el absolvente cómo es efectivo y le consta que Banco de Chile complementa su propuesta de valor ofreciendo otros servicios financieros, a través de filiales, entre ellas Banchile Corredores de Bolsa S.A. y Banchile Corredores de Seguros Limitada. Absolvente: Son negocios específicos que desarrollan las filiales y por tanto tienen que crearse filiales pa’ desarrollar esos productos, el Banco no los puede ejecutar directamente. Es efectivo digamos, que hay eso. Pero son negocios independientes la, de los que hace el banco que mencionó usted antes*”; y **(c)** “*Ministro: B. Para que diga el absolvente en qué sentido los negocios operados por sus filiales Banchile Corredores de Bolsa S.A. y a Banchile Corredores de Seguros Limitada son ‘atingentes’ al Banco de Chile. Absolvente: Son atingentes en la medida que son sociedades que somos dueños en un 99%, pero insisto son sociedades que tienen giros específicos hay que separarlos, como [sic] dueños. De hecho, se, se hacen porque los bancos no pueden participar específicamente en esos negocios*” (documento incorporado a folio 297, según

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

certificado de folio 294, p. 4, líneas 21 a 26, p. 6, líneas 27 a 29, p. 7, líneas 1 a 2, y p. 12, líneas 14 a 18).

La memoria anual de 2019 del banco también recoge lo anterior al informar que *“las empresas filiales de Banco de Chile complementan las propuestas de valor a clientes mediante una completa y amplia gama de productos y servicios de administración de fondos, corretaje de valores, seguros de vida y generales, asesoría financiera, securitización y soluciones de pago”* (documento *“Memoria Anual Banco de Chile 2019.pdf”*, p. 83, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE). Estos antecedentes, en opinión de la requirente, muestran que la constitución de estas filiales responde al cumplimiento de exigencias regulatorias más que a su establecimiento como entidades autónomas;

Octogésimo sexto: Que, no obstante, los antecedentes analizados no son suficientes para acreditar que estas sociedades filiales de Banco de Chile tengan una función meramente instrumental y no un fin comercial autónomo, en cuanto sólo describen los requisitos que la regulación del mercado de valores impone en relación con las formas societarias para el desarrollo de determinadas actividades.

Por lo demás, el artículo 25 de la LMV permite a los bancos efectuar funciones de intermediación sin necesidad de inscribirse en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, de modo que no sería imperativo crear una sociedad de giro único para ejecutar dichas actividades;

Octogésimo séptimo: Que, finalmente, la requirente se refiere a la estructura corporativa de Banco de Chile junto a las dos filiales aludidas, para mostrar la influencia de la primera sobre las segundas.

Por una parte, esgrime que la memoria anual de 2020 de Banco de Chile indica que, dentro de las funciones del directorio, se encuentra la de *“establecer los lineamientos estratégicos: aprobar políticas, procedimientos y mecanismos diseñados para cumplir los objetivos del sistema de Gobierno Corporativo; y designar al Gerente General”* (documento a folio 315 acompañado en escrito de folio 318, p. 32). En la misma línea, dicha memoria también señala que *“[l]os principios generales de Gobierno Corporativo aprobados por el Directorio, guían el desempeño de la Administración del Banco de Chile y de todos sus trabajadores, incluidos los de sus filiales”* (*ibid.*, p. 29; y, en el mismo sentido, documento *“Gobierno Corporativo BCH2020.docx”*, p. 1, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE);

Por otra parte, la FNE relata que la administración de Banco de Chile cuenta con distintos comités compuestos por directores y ejecutivos. En particular, se refiere a dos de ellos:

- (a) El Comité de Gerentes, entre cuyos integrantes se encuentran los gerentes generales de Banco de Chile y Banchile Corredora de Bolsa, el cual se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

encarga de “establecer las directrices estratégicas, evaluar el desempeño del negocio, como también analizar el mercado, la industria bancaria y el entorno económico, regulatorio y competitivo” (documento “*Memoria Anual Banco de Chile 2019.pdf*”, p. 43); y

- (b) El Comité de Ejecutivo de Seguros, compuesto, entre otros integrantes, por el presidente del directorio de Banco de Chile y el gerente general de Banchile Corredora de Seguros (*ibid.*, p. 42). De acuerdo con el acta de la sesión de directorio de Banco de Chile de 10 de agosto de 2017, este comité tendría por objeto “revisar los principales índices de desempeño comercial, cumplimiento del plan anual y definición de la estrategia en el mercado de seguros” (documento “2.864 - 10.08.2017 - Libro 124 Fol 008 a 030.pdf”, pp. 12-13, incorporado por certificado de folio 252).

Con todo, la Fiscalía resalta que el segundo de estos comités constituye el principal órgano de decisión de Banchile Corredora de Seguros. Así, el propio gerente general de Banco de Chile, el Sr. Ebensperger, reconoció en audiencia de absolución lo siguiente: “*Ministro: 14. Para que diga el absolvente cómo es efectivo y le consta que el Comité Ejecutivo de Banchile Corredores de Seguros Limitada es el principal órgano de decisión de dicha sociedad. Absolvente: Es efectivo que se... opera como un directorio, como somos sociedad limitada ese es un comité, pero es igual que un directorio*” (documento incorporado a folio 297 según certificado de folio 294, p. 3, líneas 2 a 5);

Octogésimo octavo: Que, las materias discutidas en esos dos comités —a saber, los Comités de Gerentes y de Ejecutivo de Seguros— son compartidas con el directorio de Banco de Chile. En efecto, así consta de la declaración de Eduardo Ebensperger durante la Investigación FNE: “*todos estos comités tienen un acta de comité que después la firman todos los miembros del comité. Ese comité, en general cuando va el gerente respectivo, da cuenta de su ámbito de sus negocios, qué se yo, pero adicionalmente, hay un resumen de todo eso, cuando hay decisiones trascendentales se informan en el directorio, pero adicionalmente se incorporan en el acta (...) y quedan a disposición de los directores (...) Pero formalmente todos esos directorios que te comento, que comenté Adolfo, tienen un acta y esa acta es la que va, se entrega al directorio. Todos tienen acceso a esa, a esa información, digamos*” (documento “16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf”, p. 21, líneas 18 a 31, incorporado por certificado de folio 252);

Octogésimo noveno: Que los antecedentes analizados en los motivos anteriores permiten concluir que las filiales de Banco de Chile ejecutan sus actividades bajo una directriz común, la cual es determinada por la matriz de ellas. Por otra parte, que un comité compuesto por directores y ejecutivos de Banco de Chile opere como un directorio de Banchile Corredora de Seguros, da cuenta que el banco, por medio de sus ejecutivos, se involucra activamente en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las decisiones que adopta la filial corredora de seguros, por lo que aquello se tendrá por acreditado;

Nonagésimo: Que, por último, la Fiscalía aduce que Banco de Chile aprueba el presupuesto anual de la empresa, a través de su Comité de Gerentes, lo cual incluiría los negocios de sus filiales. En ese sentido, la memoria anual de 2019 de Banco de Chile señala que “[c]ada año, el comité [de gerentes] delinea las bases de un plan anual. Para ello, una vez que el Gerente General y cada gerente de División acuerdan su plan anual individual para cada área comercial, bajo la coordinación del gerente de la División de Gestión y Control Financiero, el plan general se presenta ante el Directorio para su aprobación. Este comité también revisa el progreso y los presupuestos de los planes aprobados regularmente” (véase, documento “*Memoria Anual Banco de Chile 2019.pdf*”, p. 43, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE). Reitera que en dicho comité también participa el gerente general de Banchile Corredora de Bolsa, como se indicó en el considerando octogésimo séptimo, *supra*;

Nonagésimo primero: Que, además, la requirente hace referencia al acta de sesión de directorio de Banco de Chile de 23 de noviembre de 2017, donde se presentó el presupuesto anual para 2018 (documento “*2.870 (1) - 23.11.2017 - Libro 124 Fol 227 a 253.pdf*”, incorporado por certificado de folio 252). En dicha sesión, el gerente general de Banco de Chile destacó potenciar las líneas de seguros (*ibid.*, p. 11), y el gerente de la división de Gestión y Control Financiero informó sobre el aumento esperado “*del volumen intermediado de acciones en la Corredora de Bolsa*” y el crecimiento esperado “*en el volumen de primas intermediadas*” por Banchile Corredora de Seguros (*ibid.*, p. 16). Asimismo, la presentación muestra la “utilidad planificada” para ambas filiales, señalando, respecto de Banchile Corredora de Bolsa, que “*su buen desempeño en 2017 se asocia a elementos no recurrentes, lo que deriva en un importante desafío a mantener dicho desempeño en 2018*” (*ibid.*, p. 20).

Cabe señalar que por resolución de folio 159 se mantuvo la confidencialidad según lo solicitado por la FNE a folio 158, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del D.L. N° 211 (véase, resolución exenta N° 697, de 22 de diciembre de 2021, de la Fiscalía, a folio 1, del cuaderno de documentos públicos FNE, documento “*257. Resolución de Confidencialidad.pdf*”, pp. 2-3). A folio 238, la requirente acompañó la versión pública de este documento, la cual fue puesta en conocimiento de Banco de Chile por resolución de folio 239, sin que efectuara observaciones a su tachado;

Nonagésimo segundo: Que, sumado a esta aprobación de presupuesto, la FNE relata que todo proyecto que supere las 20 mil UF debe ser aprobado por el directorio de la matriz, lo cual habría sido confirmado por el Sr. Ebensperger durante la Investigación FNE (“*FNE 1: Perfecto ¿y esos acuerdos son aprobados por el directorio también de Banco de Chile? Declarante 1: Sí, nosotros todo lo que*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sea sobre veinte mil UF, tenemos por política llevarlo al, al directorio”, documento “16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf”, p. 38, líneas 27 a 29, incorporado por certificado de folio 252). Ejemplo de aquello, sería el acuerdo de distribución de seguros celebrado entre la filial corredora de seguros y la “compañía Chubb”, de acuerdo con el Sr. Ebensperger, ahora deponiendo en calidad de absolvente (documento incorporado a folio 297 según certificado de folio 294, p. 33, líneas 18 a 26);

Nonagésimo tercero: Que, por otra parte, la FNE señala que Banco de Chile ejerce de forma permanente una labor de supervisión y monitoreo del desempeño de los negocios de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros.

En ese sentido, las sesiones de directorio de Banco de Chile serían la principal instancia en que dicho órgano se informa sobre el curso de sus negocios y de sus filiales con una periodicidad bimensual con excepción del mes de febrero (véase, documento “120. Respuesta ORD_555 BCH.pdf”, pp. 18-19, incorporado por certificado de folio 252). En ellas se presenta la siguiente información:

- (a) Respecto de Banchile Corredora de Bolsa, la utilidad real y presupuestada del negocio, de manera mensual y acumulada, márgenes de contribución reales y presupuestados, volumen de acciones transadas y participación de mercado según las transacciones efectuadas en la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Chile (véase, por ejemplo, documentos en la ruta: *Banco de Chile\4. Documentos Digitales Confidenciales expediente Rol N°2582-19 FNE\207. Pendrive Respuestas ORD_343 y 345 BCH*, incorporados por certificado de folio 252); y
- (b) Respecto de Banchile Corredora de Seguros, la utilidad en términos reales y presupuestados, de forma mensual y acumulada, los resultados en ventas de pólizas de seguros de protección de clientes y de protección bancaria, volúmenes de venta, número de pólizas, porcentajes de cumplimiento, resultados de primas de seguros, mensuales y acumulados (*ibid.*).

Estas estadísticas e indicadores son exhibidos al directorio en relación con el presupuesto actual y el periodo anterior. Asimismo, la FNE afirma que las presentaciones realizadas al directorio son respaldadas por un informe que es enviado a los directores de forma previa a las sesiones (véase, por ejemplo, documento “2.860 - 25.05.2017 - Libro 123 Fol 128 a 155.pdf”, p. 5, donde se relata que ciertos gerentes “*dan a conocer los resultados del mes de abril de 2017, de acuerdo al Informe de Gestión distribuido con anterioridad*”, incorporado por certificado de folio 252);

Nonagésimo cuarto: Que, a todo ello se sumaría la exposición anual que hacen los gerentes de Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros al directorio respecto de sus negocios, la que, en opinión de la Fiscalía, contiene información altamente sensible para los negocios referidos. Sobre esta materia,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el absolvente Eduardo Ebensperger señaló lo siguiente: *“Absolvente: Las áreas de negocios, insisto, son, son áreas de negocios como tal que es muy distinto a las filiales. Si se refiere a los gerentes generales de las filiales, lo que hacen es comentar su negocio, la estructura de las filiales y pueden llevar o no comentarios estratégicos o no depende de cada uno de los gerentes de las filiales lo que presente (...) Ministro: Se trataría entonces de una actividad de reporte anual. Absolvente: Claro, es una invitación. Toca en cualquier mes del año, o sea, se pue... en cualquier mes del año es que se invita una vez a la filial para decir mire esto, el mercado ha evolucionado así, esto está, en esto estoy. O sea, un tema global de, de lo que el estime conveniente que presente. No es un control de seguimiento de una filial, porque eso lo ejerce su directorio como tal. Ministro: ¿Puede ser considerado una discusión de estrategias de negocio? Absolvente: No creo, para nada”* (incorporada a folio 297 por certificado de folio 294, pp. 37, líneas 3 a 15). En la misma línea, se refirió a la información que estos gerentes generales presentan (folio 420, p. 153, § 378 y p. 155, § 381), siendo esta más específica que aquella descrita en la consideración nonagésimo precedente;

Nonagésimo quinto: Que la información recién descrita, que es presentada en las sesiones de directorio de Banco de Chile, fue incorporada al proceso en carácter de confidencial, por las mismas razones que ya fueron expuestas en el considerando nonagésimo primero;

Nonagésimo sexto: Que, respecto de estos antecedentes, la Fiscalía señala que la exposición de estas materias dentro del directorio de Banco de Chile no puede tener por objeto la mera recepción pasiva de la información. A su juicio, la prueba descrita permite visualizar el involucramiento de la requerida en los negocios de corretaje de bolsa y de seguros, participando activamente en las decisiones competitivas de dichos negocios, fijando lineamientos estratégicos y elaborando y supervisando sus presupuestos y estrategias comerciales;

Nonagésimo séptimo: Que, por su parte, Banco de Chile aduce que la prueba rendida por la FNE no es clara y concluyente (observaciones a la prueba Banco de Chile, folio 424, pp. 64-68). En ese sentido, señala que las actas de sesiones de directorio de Banco de Chile sólo se refieren al *“conocimiento del estado de las empresas en las cuales tienen participación como accionistas y que, por tanto, influyen en el estado de resultados de nuestra representada”* (ibid., p. 64). Sostiene que Banco de Chile no podría interferir en mayor grado que el que tendría cualquier accionista mayoritario en una empresa distinta que posee su propio gobierno corporativo. A su vez, esgrime que, de entre los cientos de actas acompañadas, solamente unas pocas se referirían a los negocios de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros, y siempre *“en el ámbito del control que naturalmente debe ejercer un dueño sobre las empresas de las que es accionista”* (ibid.). Añade que, como en cualquier sociedad, son los directorios de cada filial

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los encargados de adoptar las decisiones estratégicas para la conducción de sus negocios;

Nonagésimo octavo: Que Banco de Chile, en particular, se refiere a dos actas de sesiones de directorio, de 10 de agosto de 2017 y 12 de julio de 2018, en que los gerentes generales de las filiales corredoras de bolsa y de seguros, respectivamente, expusieron sobre sus negocios. En su opinión, dichas exposiciones se produjeron en el contexto de una presentación realizada por cada filial a su accionista mayoritario, lo cual constituye una conducta comercial habitual, ética y legalmente correcta, en que una empresa busca conocer el estado de sus inversiones. Concluye que las actas acompañadas *“lo único que demuestran es que existe la actuación de supervisión, control y coordinación de las actividades de las filiales totalmente normales en la matriz de una empresa”* (ibid., p. 68);

Nonagésimo noveno: Que no resulta efectiva la aseveración de Banco de Chile, respecto a que sólo algunas actas de sesiones del directorio se referirían a los negocios de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros. Por el contrario, de una revisión de aproximadamente 68 actas, que van desde 2017 a 2020, se observa que en más del 70% de ellas se exhibieron estadísticas o indicadores de desempeño relacionados con dichas filiales (actas incorporadas por certificado de folio 252 y al folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE);

Centésimo: Que, además, con independencia de la calificación que pudiera efectuarse sobre el carácter comercialmente sensible de la información compartida con el directorio de Banco de Chile, su revisión periódica confirma el rol activo de la matriz respecto de las actividades de las filiales en comento, que es conducente y necesaria para adoptar distintas estrategias comerciales. Más aún, el rol que ejerce la matriz sobre Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros no ha sido desconocido por ella, de modo que acreditan los dichos de la FNE;

Centésimo primero: Que, por otra parte, cabe incluir en el presente análisis lo que ha sido reconocido en las bases del acuerdo conciliatorio entre la FNE y Hernán Büchi, de 8 de noviembre de 2022 (incorporado a folio 121 según certificado de folio 120). Este último reconoció los siguientes hechos en relación con Banco de Chile:

“3. Que Banco de Chile ofrece productos y servicios en el negocio bancario. A su vez, Banco de Chile es matriz de: (a) Banchile Corredores de Bolsa S.A., que ofrece servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa; y (b) Banchile Corredores de Seguro Ltda. que ofrece servicios de intermediación de seguros. Banco de Chile, en su calidad de matriz, tiene el control de las indicadas filiales, por lo que está en posición de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(i) ejercer todos los derechos políticos y económicos que como accionista controlador le confiere la ley; (ii) acceder a información comercial estratégica sobre dichas filiales y su desempeño; (iii) supervisar e incidir sobre la marcha y desarrollo de los negocios de tales filiales, monitoreando que se encuentren dentro de los planes, lineamientos y políticas definidas para el grupo; y (iv) determinar las inversiones y los recursos que se asignan a dichas filiales” (ibid., p. 5);

Centésimo segundo: Que, sin perjuicio de que Hernán Büchi no representa a Banco de Chile, no resultó controvertido que ejerció cargos de director y asesor del directorio de dicho banco, durante un largo periodo, de modo que es presumible que conozca en profundidad la relación entre el banco y las dos filiales en comento. Por tanto, sus dichos respecto de estos hechos, contrastados con la prueba antes examinada, son consistentes con el relato de la Fiscalía. En ese sentido, sus aseveraciones confirman la labor de supervisión y control de Banco de Chile sobre el desempeño de los negocios de Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros, así como la determinación de sus directrices, aprobación de sus presupuestos y acceso a información comercial estratégica de las mismas;

Centésimo tercero: Que, en suma, a partir de los antecedentes examinados en las consideraciones precedentes, ha quedado acreditado que:

- (a) Banco de Chile posee más del 99% de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros, pudiendo designar a los directorios de cada sociedad filial;
- (b) Banco de Chile junto a sus filiales corredoras de bolsa y de seguros actúan bajo una misma marca y persiguen un interés común. Asimismo, el banco determina las directrices estratégicas de estas filiales, cuyo seguimiento es realizado por el Comité de Gerentes del banco;
- (c) El Comité de Ejecutivo de Seguros de Banco de Chile es el principal órgano de decisión de Banchile Corredora de Seguros, operando, en la práctica, como un directorio de la filial;
- (d) Banco de Chile, a través del Comité de Gerentes, aprueba el presupuesto de estas filiales, y todo proyecto de estas últimas que supere las 20 mil UF debe ser aprobado por el directorio del banco;
- (e) Banco de Chile supervisa y monitorea mensualmente el desempeño de Banchile Corredora de Bolsa y de Seguros, por medio de sus sesiones de directorio, la cual incluye anualmente una exposición de los gerentes generales de dichas filiales respecto del estado de sus negocios; y
- (f) El directorio de Banco de Chile, para aprobar el presupuesto, supervisar y monitorear el rendimiento de las filiales en comento, accede a información

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

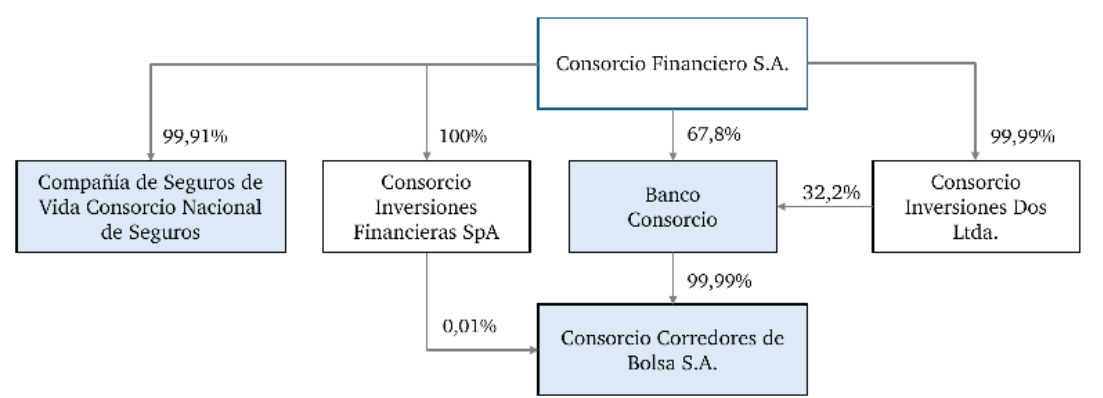
competitivamente relevante cuya confidencialidad fue mantenida durante este procedimiento, a solicitud de la propia Fiscalía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del D.L. N° 211;

Centésimo cuarto: Que, por estas razones, respecto de las sociedades Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros se descarta su autonomía frente a la matriz Banco de Chile, ya que se desenvuelven en los mercados en que ejecutan sus negocios bajo las directrices del directorio de Banco de Chile, en conjunto con los directorios o comités de cada filial, los que conjuntamente están encargados de adoptar las decisiones estratégicas para la conducción de sus negocios;

D.1.3. Relación entre Consorcio, Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros

Centésimo quinto: Que, en lo que concierne a Consorcio y sus filiales —a saber, banco, corredora de bolsa y aseguradora—, la Fiscalía detalla la relación de propiedad y control que se muestra a continuación:

FIGURA N° 3
Relación de control de Consorcio sobre sus filiales



Fuente: Elaboración propia a partir de antecedentes del requerimiento. Nota: Se excluyen aquellas filiales que no se encuentran relacionadas a la conducta imputada.

Así, relata que Consorcio posee el 100% de la propiedad de las filiales en comento, ya sea directamente o a través de otras sociedades, como se observa de la figura anterior. Esta relación de control, a juicio de la Fiscalía, le permitiría a la matriz intervenir en decisiones estratégicas de estas filiales, dictando sus lineamientos y políticas, y supervisando los resultados de sus negocios;

Centésimo sexto: Que, respecto de la influencia de Consorcio sobre Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros, la Fiscalía se refiere principalmente a los siguientes hechos (observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 85-119):

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (a) Consorcio controla a sus filiales bancaria, corredora de bolsa y compañía de seguros, y la creación de estas últimas respondería a exigencias normativas;
- (b) En varias oportunidades, Consorcio se ha reconocido junto a dichas filiales como una sola empresa, operando bajo una sola marca;
- (c) Consorcio define las directrices de estas filiales y, a través de su gerente general, realiza un seguimiento de las decisiones comerciales que adoptan cada una de estas sociedades relacionadas; y
- (d) Consorcio aprueba el presupuesto anual de sus filiales y supervisa de forma constante el desempeño de los negocios que realizan.

Cada uno de estos elementos se revisará con mayor detalle a continuación;

Centésimo séptimo: Que, en relación con el primer punto, la FNE esgrime que Consorcio posee el 100% de la propiedad de las filiales en comento, directamente o a través de otras sociedades, materia que no fue controvertida. Sobre el particular, de la prueba aportada en autos consta la respuesta de la requerida al oficio ordinario N° 1876 de la FNE y la memoria anual de 2018 de Consorcio (documento “[2018] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, pp. 56-57, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE; y documento “Anexo ORD 1876-02.xlsx”, incorporado por certificado de folio 269). Ambos documentos confirman, en parte, lo afirmado por la Fiscalía. En efecto, Consorcio posee directamente o a través de otras sociedades el 100% de Banco Consorcio y Consorcio Corredora de Bolsa. Sin embargo, durante el periodo en que se imputa la conducta (de febrero de 2017 a diciembre de 2021), dicha requerida poseía, en 2017 y 2018, un 99,91% de la propiedad de Consorcio Seguros, lo que ascendió a un 99,92% en 2019, y a un 99,93% en 2020 y 2021. Aquello es consistente con la información pública de la página web de la CMF (www.cmfchile.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=S&rut=99012000&grupo=&tipoentidad=CSVID&mercado=S&rut=99012000&grupo=&tipoentidad=CSVID&row=AAAwRtAAaAAAB7rAAG&vig=VI&control=svs&pestanía=5, última visita el 6 de junio de 2025), toda vez que el porcentaje de propiedad restante de la aseguradora se encuentra repartido en otras entidades, tanto naturales como jurídicas, sin que se haya acreditado la relación entre Consorcio y éstas;

Centésimo octavo: Que, además, la Fiscalía se refiere al derecho que otorga el artículo 92 de la LSA, el cual dispone que los “*directores de una sociedad matriz, aunque no sean miembros del directorio de una sociedad filial o administradores de la misma, podrán asistir con derecho a voz, a las reuniones de dichos directorios o a las de los administradores (...)*”, lo cual fue confirmado por el Sr. Parodi, gerente general de Consorcio, en la causa Rol C N° 437-21 (documento “1._Transcripción_Patricio_Parodi_C_437-2021.pdf” a folio 309 acompañado

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por la FNE a folio 318, p. 34, líneas 20 a 23). Asimismo, señala que el Sr. Parodi también se refirió al derecho de Consorcio a designar a los directores de las filiales identificadas (*ibid.*, p. 20, líneas 21 a 25);

Centésimo noveno: Que, al igual que Banco de Chile, la requirente esgrime que la regulación sectorial exige la creación de una sociedad de giro único exclusivo al agente económico que realice dichas actividades. En el caso de actividades bancarias, este sería el artículo 40 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, mientras que, para la intermediación de valores y emisión de seguros, sería el artículo 27 de LMV y el artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, respectivamente. De este modo, Consorcio tendría que operar a través de sus filiales para participar en dichas actividades. En ese sentido, la FNE cita la declaración de Patricio Parodi en la causa Rol C N° 437-21, quien señaló: *“Nosotros entramos en el negocio bancario porque la legislación chilena, como cada vehículo tiene un giro único y exclusivo, no nos permitía ¿cierto? Hacer negocios bancarios desde las compañías de seguros. Y por eso entramos y compramos un banco”* (documento que rola a folio 309, ofrecido a folio 318, p. 17, líneas 32 a 34). Estas declaraciones fueron realizadas en el marco de la causa Rol C N° 437-21, en la cual intervienen la FNE y Consorcio, también referida a una infracción del artículo 3°, inciso segundo letra d) del D.L. N° 211, y acompañadas a estos autos por la FNE. Asimismo, la Fiscalía se refiere a la memoria anual de 2017 de Consorcio, donde la sociedad matriz sostuvo que *“Consorcio Financiero, por intermedio de sus empresas filiales, participa en las industrias de seguros de vida, seguros generales, bancaria y de inversiones financieras”* (véanse, documentos “[2017] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 48, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE);

Centésimo décimo: Que los antecedentes anteriores no son suficientes para acreditar que las filiales de Consorcio previamente singularizadas tengan una función meramente instrumental y no comercial, o que las mismas carezcan de independencia para la adopción de decisiones competitivas, como lo alega la FNE. A ello también se suma lo dispuesto en el artículo 25 de la LMV, en cuanto a que luego de constituir la filial bancaria, no es imperativa la necesidad de crear una sociedad de giro único para ejecutar la actividad de corretaje de valores, ya que pueden efectuar las funciones de intermediación de valores conforme a ley. Por lo mismo, no se estiman suficientes estas probanzas para demostrar la falta de autonomía de dichas filiales para desenvolverse en sus respectivos mercados;

Centésimo undécimo: Que, en segundo lugar, la FNE expone que Consorcio se presenta al mercado como un único proveedor integral de múltiples servicios financieros, bajo la marca “Consorcio”. Así, en la memoria anual de Consorcio de 2019, la compañía declaró lo siguiente: *“Queremos que todos nuestros clientes sepan que hoy somos más que seguros, también somos un banco, una corredora de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bolsa y más” (documento “[2019] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 37, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE). En una línea similar, destaca que la memoria anual de 2018 de la misma compañía precisa (i) que “la marca [Consorcio] es un activo de gran importancia para la creación de valor del grupo (...) se buscó un camino que nos permita comenzar a darnos a conocer como un grupo integrado, que se preocupa de resolver todas las necesidades financieras de los clientes” (documento “[2018] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 38, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE) y (ii) que uno de los ejes centrales del grupo consiste en “[q]ue las personas se sientan clientes de Grupo Consorcio y no solo de una empresa específica” (ibid., p. 122).

Adicionalmente, la requirente se refiere al sitio *web* de Consorcio, el cual reúne diversos servicios que brinda como grupo empresarial, incluyendo aquellos relacionados a las filiales identificadas en el requerimiento;

Centésimo duodécimo: Que, sin perjuicio de que se tendrá por acreditada esta alegación, en cuanto a que las distintas sociedades pertenecientes a Consorcio actúan bajo una única marca en el mercado, sobre la base de un interés común entre ellas, ésta no es suficiente para establecer o descartar la autonomía de esas sociedades en la adopción de decisiones competitivas en cada uno de los mercados en que participan;

Centésimo decimotercero: Que, respecto del tercer elemento esgrimido por la Fiscalía, ésta señala que existen diversos antecedentes que confirmarían el rol de Consorcio en la dirección de los negocios desarrollados por sus filiales. Así, las memorias anuales de Consorcio, de 2017 a 2019, sostienen que la matriz “lidera el proceso de planificación y definición de objetivos estratégicos para cada negocio en particular. Cada una de las entidades que componen el holding tienen su propio Directorio y unidades específicas que conforman su gobernabilidad, dentro del marco definido por Consorcio” (véanse, documentos “[2017] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 32, “[2018] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 30, y “[2019] Memoria Consorcio Financiero.pdf”, p. 29, incorporados a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE);

Centésimo decimocuarto: Que, en relación con lo anterior, Consorcio señala que la estructura, funcionamiento y administración de la matriz con sus filiales sólo cumple con la normativa sectorial, y es consistente con el funcionamiento ordinario de un grupo empresarial en Chile. De este modo, a su juicio, no existiría nada extraordinario en la relación con sus filiales que amerite tratarlas como una misma empresa (observaciones a la prueba Consorcio, folio 425, pp. 173-176).

En ese sentido, dicha requerida postula que es habitual que existan lineamientos o planes de negocios, dentro de un grupo, aprobados por los directorios de las matrices para ser refrendados y aplicados en sus filiales. Como ejemplo, se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

refiere a las memorias anuales de BICE Corp. S.A., Grupo Security S.A., Banco de Crédito e Inversiones y Banco Santander Chile, acompañadas por escrito de folio 414, las cuales darían cuenta que esta práctica no es propia únicamente de Consorcio;

Centésimo decimoquinto: Que la FNE afirma que el seguimiento de las directrices del grupo empresarial se efectúa por medio de la participación del Sr. Parodi, gerente general de Consorcio, en los directorios y comités de las filiales de la matriz. En efecto, el sitio *web* de la compañía que cita la Fiscalía señala que “[e]l Gerente General de Consorcio Financiero S.A., con una participación activa en la mayoría de los Directorios y Comités de las entidades del Grupo, es responsable de la conducción general de la matriz y apoya estrechamente a las filiales hacia el logro de sus metas y objetivos estratégicos, para aumentar la creación de valor corporativo”, lo que fue confirmado por el Sr. Parodi en absolución de posiciones (folio 296 incorporada por certificado de folio 294, p. 10, líneas 25 a 29). En el mismo sentido, la declaración de Patricio Parodi en el Rol C N° 437-21, transcripción acompañada a folio 309 por escrito de folio 318, p. 14, líneas 5 a 13, que da cuenta de lo siguiente: “*Ministro: Para que diga el absolvente con qué objetivo asiste a las sesiones de directorios de las filiales de Consorcio Financiero, Financiero S.A. y cuál es el rol que le cabe a Consorcio Financiero S.A. en su calidad de dueño de sus filiales en el manejo del negocio. Absolvente: Yo asisto a los directorios de las filiales en mi rol de gerente general de Consorcio Financiero. El directorio de Consorcio Financiero ha delegado en mí el estar al tanto de lo que está pasando en todas las filiales y esa es la razón por la cual yo asisto a los directorios para poder informar las cosas relevantes en el directorio de la matriz*”. A ello se suma el hecho de que Patricio Parodi también ejerció, a la época de los hechos, el cargo de presidente del directorio de Banco Consorcio;

Centésimo decimosexto: Que, por su parte, Consorcio señala que también es normal que existan directores y ejecutivos principales compartidos entre empresas de un mismo grupo empresarial. Postula nuevamente como ejemplo a las compañías BICE Corp. S.A., Grupo Security S.A., Banco de Crédito e Inversiones y Banco Santander, para demostrar que aquello es común en la industria (v., memorias acompañadas en escrito de folio 414);

Centésimo decimoséptimo: Que, de forma paralela a las actividades que ejecuta Patricio Parodi, la Fiscalía destaca que el directorio de Consorcio sesiona mensualmente, existiendo un flujo de información desde las sociedades filiales hacia la matriz. Para ello cita la absolución del Sr. Parodi, incorporada por certificado de folio 294, donde consta lo siguiente: “*Absolvente: Claro, de nuevo, exponemos los negocios de cada filial a veces yo y muchas veces los ejecutivos a cargo de cada filial lo exponen, pero eso es la naturaleza de un holding, o si no, de qué hablaríamos*” (folio 296, p. 17, líneas 24 a 25);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimoctavo: Que la Fiscalía proporciona algunos ejemplos concretos que ilustrarían estas directrices y su seguimiento desde la matriz hacia sus filiales:

- (a) En sesión de directorio de 25 de julio de 2018, Patricio Parodi informó sobre la incorporación de una nueva gerencia corporativa de Consorcio, que tiene entre sus funciones, “1. Realizar la evaluación de los proyectos de inversión y nuevos negocios de Consorcio, determinando su conveniencia para contribuir al desarrollo de la estrategia. (...) 2. Liderar las distintas actividades de las filiales de Consorcio para que los proyectos estratégicos se lleven a cabo de acuerdo a los planes y presupuestos aprobados por el Directorio. (...)” (v., documento “7.- 25 de julio de 2018 Directorio N°133 CFSA (VP).pdf”, p. 9, cuya versión pública fue incorporada por certificado de folio 269);
- (b) En sesión de directorio de 26 de septiembre de 2018, la nueva gerencia de desarrollo corporativo propuso cambios en torno a cuatro ejes estratégicos, donde se discutieron materias relacionadas a Consorcio Corredora de Bolsa, por ejemplo: “(...) el director señor Juan Hurtado preguntó si existen ejemplos concretos de digitalización hoy en alguno de los negocios de las sociedades filiales, ante lo cual el señor Parodi señaló que efectivamente existe en Corredora de Bolsa la que muestra un gran nivel de funcionalidad. Luego el mismo señor Hurtado comentó la experiencia de Entel en un proceso similar de transformación y sugirió evaluar las prácticas que han sido exitosas para ver la forma de replicarlas” (documentos “9.- 26 de septiembre de 2018 Directorio N°135 CFSA_Censurado.pdf”, p. 11, y “20180926 Presentacion TZM directorio CFSA - Estrategia vf.pdf”, p. 16, ambos incorporados por certificado de folio 269); y
- (c) En sesión de 31 de octubre de 2018, se revisaron los avances concretos producto de las propuestas anteriores. Varios de estos se relacionaban con las filiales del grupo empresarial, incluyendo un proyecto denominado “Go Live de Salesforce” de Consorcio Corredora de Bolsa (documento “11.- 31 de octubre de 2018 Sesión de Directorio N° 136 CFSA (VP).pdf”, p. 4, incorporado por certificado de folio 269).

Asimismo, cabe señalar que varias secciones de estos documentos se encuentran censuradas a solicitud de la Fiscalía, dado el carácter competitivamente relevante de la información, lo que revela su carácter estratégico, lo cual no fue refutado por las partes;

Centésimo decimonoveno: Que, a este respecto, Consorcio indica que es normal, habitual y públicamente conocido que existen instancias en las que directores o ejecutivos de compañías que integran un grupo empresarial compartan información sobre el desarrollo de sus negocios. En efecto, casos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

idénticos al de Consorcio serían las compañías Banco Scotiabank, Banco de Crédito e Inversiones, BICE Corp. S.A., Banco Security y Banco Santander, todo lo cual se observa en las memorias acompañadas por presentación de folio 414;

Centésimo vigésimo: Que, finalmente, la Fiscalía aduce que es un hecho relevante el que la matriz apruebe el presupuesto anual de sus filiales, incluidas aquellas que se desenvuelven en los mercados identificados en el requerimiento. En ese sentido, Patricio Parodi señaló: *“No lo dije antes, pero el rol más importante del dueño de una compañía de holding es asignar el patrimonio a las distintas filiales, según su estrategia de negocio. Y después cada directorio, con todos los comités que hablamos antes, son los que ejecutan la estrategia y la afinan (...) Cada filial hace su plan, lo aprueban las filiales y después ese plan completo lo presento yo, que es el último, una cosa importante, el último directorio de cada mes es el de Consorcio Financiero, porque tiene que tener los resultados de todas las compañías, y ese plan, al final, el plan que ahí estaba mencionando, estaba pensando, el plan trianual que hacemos, ese plan, en última instancia lo aprueba el directorio de Consorcio Financiero”* (transcripción a folio 309 acompañada por escrito de folio 317, p. 18, líneas 16 a 22, y p. 19, líneas 27 a 32);

Centésimo vigésimo primero: Que, para ilustrar el análisis y aprobación que realiza el directorio de Consorcio sobre el presupuesto de sus filiales, la FNE menciona dos ejemplos concretos:

- (a) En sesión de directorio de 27 de diciembre de 2017, se expusieron los resultados proyectados de Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros, para 2018, 2019 y 2020. Asimismo, se expuso, entre otros elementos, las participaciones de mercado en créditos de consumo y estimaciones de crecimiento en colocaciones según tipo de crédito, aumentos de cartera planificados para los años siguientes, metas de ingreso de nuevos clientes y productos de la corredora de bolsa, y la participación de mercado proyectada en seguros de vida individuales y en ahorro previsional voluntario. En ese contexto, y luego de que los directores efectuaren preguntas, se acordó aprobar dicho presupuesto (documentos “18.- 27 de diciembre de 2017 CFSA (VP).pdf”, pp. 4, 5 y 10, y “Presupuesto_2018_2020_CFSA (FINAL).pdf”, pp. 6, 17, 28, 42-47 y 81-84, incorporados por certificado de folio 269); y
- (b) En sesión de 28 de noviembre de 2018, se expuso al directorio la propuesta de presupuesto trienal, donde se incluyeron los desafíos comerciales de Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros, así como los planes de crecimiento en comisiones brutas, márgenes y número de clientes esperados de 2019 a 2021, inversión destinada a mejoras de ciberseguridad de la corredora de bolsa, aumento de participación en créditos hipotecarios, presencia del banco en sucursales de otras filiales y costos de algunos proyectos de la aseguradora. A diferencia del caso

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anterior, esta propuesta fue aprobada por el directorio en una sesión posterior (documentos “12.-28 de noviembre de 2018 Sesión de Directorio N° 137 CFSA_Censurado.pdf”, pp. 5-6; “Supuestos Consolidad PPTO CFSA 2019 v6 copia.pdf”, p. 21; y “14.- 26 de diciembre de 2018 Sesión de Directorio N° 138 CFSA_Censurado.pdf”, p. 5; todos incorporados por certificado de folio 269).

Así como estas instancias, figuran en el expediente otros ejemplos de sesiones del directorio de Consorcio que dan cuenta de este tipo de intervención y, al igual que como se indicó precedentemente, algunas secciones de estos documentos fueron censuradas a solicitud de la Fiscalía;

Centésimo vigésimo segundo: Que, sumado a lo anterior, la FNE señala que la supervisión y monitoreo de la matriz sobre el desempeño de estas filiales se ejerce a través de los reportes mensuales que recibe el directorio de Consorcio y que son expuestos en sus sesiones (v., documentos en la ruta *Folio 262 FNE\Folio 243 - no objetadas.rar\Folio 243 - no objetadas\Consorcio\4. Documentos Digitales Confidenciales expediente Rol N°2582-19 FNE\170. Anexo Respuesta ORD_1751 CF\Anexo ORD 1751-04*, incorporados por certificado de folio 269). Añade que estos documentos son enviados a los directores con anterioridad a cada sesión, quedando a disposición del directorio en caso de consultas posteriores, y contienen información relativa a estados financieros, incluyendo, para el caso particular de las sociedades filiales en comento, márgenes reales y proyectados, distinguiendo por banca persona, banca empresa y finanzas, para el caso de la filial bancaria, y desagregados por tipo de canal (*online*, mesa y presencial) o tipo de negocio (renta fija o variable) para la corredora de bolsa.

Para reforzar lo anterior, la requirente se refiere a la declaración del Sr. Parodi en la absolución de posiciones recibida en los citados autos Rol C N° 437-21, que fue acompañada: “Ministro: Para que diga el absolvente, número 82, cómo es efectivo que el directorio de Consorcio Financiero S.A. se entera en las sesiones sobre los resultados de cada unidad de negocio comparado con el presupuesto y con lo que ocurría el año anterior. Absolvente: Es correcto. (...) Ministro: 83. Para que diga el absolvente cómo es efectivo que dicha información permite al directorio de Consorcio Financiero S.A. supervisar la estrategia comercial de sus filiales y su cumplimiento. (...) Absolvente: Permite a Consorcio Financiero supervisar el performance del negocio. (...) Ministro: 99, para que diga el absolvente cómo es efectivo que en sesiones el directorio de Consorcio Financiero S.A. ejecutivos de Consorcio Corredores de Bolsa S.A. presentan acerca de diversos aspectos del negocio de intermediación de valores, entre ellos avances y desafíos, rentabilidad, eficiencia participación de mercado cumplimiento del plan anual y metas de crecimiento. Absolvente: Es correcto. (...) Ministro: 113, para que diga el absolvente como es efectivo que toda la información relevante del desarrollo de los negocios se encuentra disponible para los directores de Consorcio Financiero.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Absolvente: Es correcto. Abogado FNE 1: Retiramos la 114. Absolvente: Es correcto, en particular se refiere a los informes de gestión, que una vez revisados por las filiales se suben a Diligent y están disponibles para los directores de Consorcio Financiero” (incorporada a folio 309 por escrito de folio 318, p. 23, líneas 30 a 32, p. 24, líneas 1 a 15, p. 29, líneas 18 a 22, y p. 36, líneas 11 a 16);

Centésimo vigésimo tercero: Que la Fiscalía se refiere a varios ejemplos de sesiones de directorio de Consorcio, en las cuales se ilustra la supervisión y control de la matriz sobre sus filiales:

- (a) En el caso de Banco Consorcio, destacan las sesiones de 28 de junio de 2017, 27 de junio de 2018, 29 de mayo de 2019 y 29 de julio de 2020, donde el gerente general de la filial bancaria, o el gerente corporativo de desarrollo de Consorcio, expusieron sobre la rentabilidad, márgenes y crecimiento en materia de comisiones, la tasa anual de fuga de clientes, las participaciones de mercado proyectadas para 2019, 2020 y 2021, los niveles de venta entre los distintos productos ofrecidos por el banco y el estado de la implementación de la portabilidad financiera ante cambios normativos, entre otros elementos (véase los siguientes documentos: “11.- 28 de junio de 2017 CFSA_Censurado.pdf”, “4_Banco Consorcio a CFSA 20170628 (FIOG).pdf”, “6.- 27 de junio de 2018 Sesión de Directorio N°132 CFSA_Censurado.pdf”, “MHE CFSA DIR 20180627.pdf”, “6.- Sesión de Directorio N°143 CFSA Mayo 2019_Censurado.pdf”, “Banca Empresas Directorio CFSA 20190529 copia.pdf”, “8. Directorio N°158 29 julio 2020 (VP).pdf” y “5_6_ 20200729 Aspectos Comerciales v4 (BP).pdf”, incorporados por certificado de folio 269);
- (b) Respecto de Consorcio Corredora de Bolsa, alude a las sesiones de 31 de mayo y 28 de junio de 2017, y 30 de mayo de 2018, en las que los gerentes generales de esta filial y de Banco Consorcio dieron a conocer, entre otras materias, sobre estadísticas de comisiones y costos por intermediación, márgenes actuales y proyectados, evolución y metas de crecimiento, estado de implementación de plataformas digitales, creación de canales y nuevos productos, la modernización del sitio transaccional y principales riesgos asociados al corretaje (ver documentos “9.-31 de mayo de 2017 CFSA_Censurado.pdf”, “4_Banco Consorcio a CFSA 20170628 (FIOG).pdf”, “5.- 30 de mayo de 2018 Sesión de Directorio N°131 CFSA_Censurado.pdf” y “CCB Directorio CFSA 20180530 (VP).pdf”, incorporados por certificado de folio 269); y
- (c) En cuanto a Consorcio Seguros, menciona las sesiones de 30 de agosto de 2017, y 30 de mayo y 27 de junio de 2018, en donde el gerente general de Consorcio y el gerente comercial de la compañía de seguros expusieron acerca del margen mensual y estado de resultados de la filial, de los principales desafíos en la comercialización de seguros de vida individuales

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

junto con un plan de acción al respecto, y de una propuesta de transformación de canales de venta, entre otros (documentos “14.-30 de agosto de 2017 CFSA (VP).pdf”, “5.- 30 de mayo de 2018 Sesión de Directorio N°131 CFSA_Censurado.pdf” y “6.- 27 de junio de 2018 Sesión de Directorio N°132 CFSA_Censurado.pdf”, también incorporados por certificado de folio 269).

A juicio de la FNE, estos antecedentes dan cuenta del involucramiento de Consorcio en los negocios desarrollados por estas filiales, pudiendo la primera corregir o modificar las decisiones adoptadas por las segundas;

Centésimo vigésimo cuarto: Que, para contraargumentar respecto de las anteriores conclusiones, Consorcio señala que las compañías controladoras deben aprobar o rechazar ciertas operaciones y adoptar lineamientos generales para el grupo empresarial, respetando la independencia legal de los gobiernos corporativos de cada filial. Consorcio cita para estos efectos el artículo 67 inciso 2° N° 9, y los artículos 90, 92 y 92 bis de la LSA. Asimismo, se refiere a la Norma de Carácter General N° 30, sección II, § 2.C.2.3, de la CMF, que obliga a Consorcio como matriz a conocer y monitorear las actividades de sus filiales, manejando información de sus negocios y ejerciendo sus derechos a fin de adoptar estrategias que aborden el desempeño de estas últimas.

Agrega que todos los puntos abordados por la Fiscalía ocurren transversalmente en los grupos empresariales dentro de Chile y, para ilustrar aquello, recurre a las memorias de las sociedades que integran el indicador bursátil denominado Índice de Precios Selectivo de Acciones (o “IPSA”) concluyendo que, al menos, diez compañías comparten directores o ejecutivos relevantes con sus filiales; siete implementan políticas o planes de negocios desde la matriz hacia sus filiales; y cinco cuentan con instancias en que las filiales comparten información con la matriz (observaciones a la prueba Consorcio, folio 425, pp. 173 y ss.). Sobre esta argumentación, se volverá en el capítulo sobre el análisis de las conductas de las requeridas;

Centésimo vigésimo quinto: Que, al igual que respecto de Banco de Chile, resulta necesario en este examen revisar las bases del acuerdo conciliatorio entre la Fiscalía y el Hernán Büchi, de 8 de noviembre de 2022 (incorporado a folio 121, según certificado de folio 120). En dicho acuerdo, Hernán Büchi reconoció los siguientes hechos en relación con Consorcio:

“4. Que Consorcio es matriz de: (a) Banco Consorcio, que ofrece productos y servicios en el negocio bancario; (b) Consorcio Corredores de Bolsa S.A., que ofrece servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa; y (c) Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A., que ofrece seguros de vida y desgravamen. Consorcio, en su calidad de matriz,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiene el control de las indicadas filiales, por lo que está en posición de (i) ejercer todos los derechos políticos y económicos que como accionista controlador le confiere la ley; (ii) acceder a información comercial estratégica sobre dichas filiales y su desempeño; (iii) supervisar e incidir sobre la marcha y desarrollo de los negocios de tales filiales, monitoreando que se encuentren dentro de los planes, lineamientos y políticas definidas para el grupo; y (iv) determinar las inversiones y los recursos que se asignan a dichas filiales” (ibid., p. 5).

Centésimo vigésimo sexto: Que, como fue precisado en el considerando centésimo segundo pese a que Hernán Büchi no representa legalmente a Consorcio, no está controvertido que ejerció el cargo de director de dicha compañía durante el periodo imputado, de modo que es presumible que conozca en profundidad la relación entre dicha sociedad y las tres filiales en comento. Por tanto, sus dichos respecto de estos hechos, contrastados con la prueba antes examinada, son consistentes con las premisas de la Fiscalía. En ese sentido, su reconocimiento confirma la hipótesis de la intervención de la matriz en decisiones estratégicas de Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros, dictando sus lineamientos y políticas, así como también supervisando los resultados de los negocios que desarrollan;

Centésimo vigésimo séptimo: Que, por consiguiente, a partir de la prueba valorada en los motivos precedentes y las razones que se extraen de su ponderación, se encuentra justificado y ha quedado acreditado lo siguiente:

- (a) Consorcio posee el 100% de la propiedad de Banco Consorcio y Consorcio Corredora de Bolsa, ya sea directamente o a través de otras sociedades, y al menos un 99% de Consorcio Seguros;
- (b) El gerente general de Consorcio participa activamente de los directorios y comités de las sociedades filiales, incluyendo Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros. Durante la época de los hechos, dicho gerente también fue presidente del directorio de Banco Consorcio, sociedad que controla directamente la filial corredora de bolsa;
- (c) El directorio de Consorcio determina las directrices de las filiales recién identificadas, aprueba sus presupuestos anuales y accede mensualmente a información comercial que le permite supervisar y evaluar el desempeño de los negocios de estas, pudiendo intervenir en las decisiones adoptadas por dichas filiales; y,
- (d) La información a la que accede el directorio de Consorcio comprende cifras reales y proyectadas, junto con diversos indicadores de desempeño respecto de Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros. Parte de esta información fue censurada a solicitud de Fiscalía,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del D.L. N° 211, por el carácter competitivamente relevante de su contenido. Estos antecedentes son enviados al directorio con anterioridad a cada sesión, y quedan a disposición de los directores en caso de consultas posteriores.

En suma, es posible confirmar que, en los hechos, Consorcio monitorea el desempeño comercial de estas filiales, pudiendo articular o vetar sus decisiones, y adoptando estrategias de negocio en favor de sus intereses;

Centésimo vigésimo octavo: Que, por dichos motivos, las sociedades Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros no desarrollan sus actividades de forma autónoma en cada mercado en que participan, ya que supeditan sus directrices al directorio de Consorcio, que, en conjunto con los directorios de cada filial, pueden adoptar decisiones estratégicas para la conducción de sus negocios;

D.2. Calidad de Hernán Büchi como director o ejecutivo relevante de Banco de Chile, Falabella y Consorcio

Centésimo vigésimo noveno: Que no ha sido controvertido en autos que Hernán Büchi ejerció de forma ininterrumpida el cargo de ejecutivo relevante y director en Banco de Chile, Consorcio y Falabella, entre la fecha de entrada en vigencia de la letra d) del artículo 3° del D.L. N° 211, incorporada por la Ley N° 20.945 —esto es, el 26 de febrero de 2017— y la fecha de interposición del requerimiento —a saber, el 27 de diciembre de 2021.

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;

Centésimo trigésimo: Que, Hernán Büchi declaró en el contexto del acuerdo conciliatorio alcanzado con la FNE, de 8 de noviembre de 2022 (incorporado a folio 121 según certificado de folio 120), lo siguiente:

“1. Que Hernán Büchi Buc participó en cargos de director y asesor del directorio en Banco de Chile y, simultáneamente, en cargos de director en Consorcio y Falabella desde el 26 de febrero de 2017 hasta al menos la fecha de interposición del Requerimiento. El cargo de asesor del directorio en Banco de Chile le permitió acceder a la información que llegaba a dicho directorio. En la actualidad, Hernán Büchi Buc participa simultáneamente en cargos de director en Banco de Chile y Falabella” (folio 121, pp. 3-4).

Hernán Büchi había renunciado previamente al directorio de Consorcio, el 30 de marzo de 2022.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, se obligó a renunciar al directorio de Falabella, con lo cual puso término el entrelazamiento subsistente entre Banco de Chile y Falabella:

“El señor Hernán Alberto Büchi Buc se compromete a renunciar a su cargo de director en Falabella dentro de los 30 días hábiles siguientes contados desde la fecha en que quede firme la resolución del H. Tribunal que apruebe el presente acuerdo, o desde aquella en que adquiera el mismo carácter la resolución que aprobó el acuerdo alcanzado entre dicha compañía y la FNE, lo que acontezca primero”
 (folio 121, p. 6);

Centésimo trigésimo primero: Que, por consiguiente, se tendrá por acreditado que Hernán Büchi participó en cargos de ejecutivo relevante y director en las empresas requeridas, desde el 26 de febrero de 2017 y hasta, al menos, la fecha de interposición del requerimiento;

E. EXCEPCIONES OPUESTAS POR LAS REQUERIDAS

E.1. Prescripción

Centésimo trigésimo segundo: Que, ambas requeridas opusieron la excepción de prescripción de la acción. Consorcio la opuso en subsidio de sus defensas principales y de la excepción por error por confianza legítima, mientras que Banco de Chile la opuso en subsidio de todas sus defensas y excepciones. Sin embargo, por economía procesal, ambas se tratarán en conjunto;

Centésimo trigésimo tercero: Que Banco de Chile sostiene que el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción es, por regla general, cuando se comete la conducta supuestamente infraccional, que en este caso sería la participación simultánea. Sobre esa base, afirma que existirían dos alternativas para el cómputo del plazo de prescripción.

Por una parte, estimar que el plazo corre **(i)** desde cuando se configura la participación simultánea de una persona en dos o más cargos de distintas empresas, que en este caso sería desde el 29 de abril de 2014 cuando asume en el directorio de Falabella, y a partir de junio de 2016, cuando asume en el directorio en Consorcio, o **(ii)** desde que se configura tal participación y se concreta el supuesto de la entrada en vigencia de la norma sancionatoria, esto es, el 26 de febrero de 2017.

En la primera hipótesis, dado que Hernán Büchi había actuado en forma simultánea como ejecutivo relevante de Banco de Chile y director de Consorcio desde el 11 de junio de 2016, la acción estaría prescrita, ya que la acción le fue notificada el 14 de enero de 2022. En el segundo caso, el plazo se contaría desde la entrada en vigencia de la norma, entendiéndose igualmente prescrita la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acción, ya que habría expirado el plazo para su interposición el 26 de febrero de 2020, luego de transcurridos tres años (contestación Banco de Chile, pp. 42-48);

Centésimo trigésimo cuarto: Que, para sustentar estas hipótesis, Banco de Chile sostiene que la figura que denomina “*interlocking* horizontal directo”, sancionada por el artículo 3° inciso segundo letra d) del D.L. N° 211, no sería un ilícito de carácter permanente. En primer término, la norma del artículo 20 del D.L. N° 211 señala que únicamente para los ilícitos del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 el cómputo de la prescripción no se inicia mientras se mantengan los efectos imputables a la conducta objeto de la acción. El sentido de la ley sería restringir el alcance de la norma solamente a las figuras expresamente señaladas por la misma, en este caso, la colusión. En segundo lugar, considera que la situación de *interlocking* respecto de Banco de Chile del Hernán Büchi correría desde que la norma entró en vigencia, el 26 de febrero de 2017. Como el verbo rector no estaría asociado a un “estado de cosas” sino a una conducta humana, en el presente caso la infracción se habría cometido y materializado o consumado respecto de Banco de Chile en forma instantánea por medio de un acto jurídico bilateral consistente en el primer nombramiento y contratación del Sr. Büchi en su calidad de asesor del directorio en 2008. Arguye que incluso en casos de carteles se ha fijado una fecha cierta para analizar la ejecución, ya que se producen los efectos en ese instante, como lo sería la fecha de una licitación, citando la Sentencia N° 106/2010, postura que sería aplicable por prolongados que sean sus efectos, citando ahora el pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema en el Requerimiento de la FNE contra Air Liquide Chile y otros (rol de ingreso C.S. N° 5057-2006);

Centésimo trigésimo quinto: Que, en resumen, el hecho acusado, según la requerida, se produce en un instante preciso, cuando el director o ejecutivo relevante es nombrado, lo que estaría confirmado por la jurisprudencia de este Tribunal, citando el caso BCI contra Banco Estado (Sentencia N° 96/2010, c. 9°);

Centésimo trigésimo sexto: Que, por su parte, Consorcio sostiene una postura similar. Sus argumentaciones se basan en que debe considerarse como gatillante de la conducta el primer nombramiento en Consorcio como director de la persona natural objeto de la acusación (junio de 2016). Como eso ocurrió antes de la entrada en vigencia del artículo 3° inciso segundo literal d) del D.L. N° 211, debiera contarse como fecha de ejecución de la conducta precisamente la fecha en que entró en vigor, el 26 de febrero de 2017. A esa fecha, reconoce Consorcio, Hernán Büchi ya participaba como director de Consorcio y Falabella, y como asesor del directorio de Banco de Chile. El requerimiento, en consecuencia, estaría prescrito (contestación Consorcio, p. 36);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo séptimo: Que, para efectos del análisis de la prescripción en esta sede, es necesario tener a la vista lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del artículo 20 del D.L. N° 211, que establecen:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”.

Centésimo trigésimo octavo: Que, como se desprende de la norma transcrita, por regla general la prescripción comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria a la libre competencia, salvo el caso de los ilícitos que pueden ser catalogados como prácticas concertadas o acuerdos previstos en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211. Por consiguiente, en el presente caso, para resolver la excepción de autos es necesario determinar cuándo se concreta la ejecución de la conducta acusada;

Centésimo trigésimo noveno: Que, para ello, este Tribunal ha distinguido entre infracciones que tienen un carácter permanente o se ejecutan de forma continuada, de las que se realizan en un solo acto o son de carácter instantáneo;

Centésimo cuadragésimo: Que, en el caso de las infracciones permanentes, la ejecución comprende varias acciones sucesivas en el tiempo, en que la infracción continúa hasta la última conducta supuestamente antijurídica (sentencias N° 189/2023, c. 22° y N° 176/2021, c. 18°). El elemento determinante para que comience a correr el plazo de prescripción en casos de infracciones permanentes es el cese de la conducta imputada (Excma. Corte Suprema, 18.04.2022, Rol N° 125.433-2022, c. 14°; y Sentencia N° 191/2024, c. 64°). Por el contrario, en el caso de las infracciones que se cometen en un solo acto, el plazo de prescripción comienza a contarse desde ese momento, ya que la conducta se ejecuta de forma instantánea;

Centésimo cuadragésimo primero: Que, en consecuencia, para establecer desde cuándo debe contarse el plazo de prescripción en el caso de autos, debe determinarse si la conducta imputada es una infracción instantánea o una de ejecución permanente;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, al respecto, la FNE en sus observaciones a la prueba señala que *“no puede sino concluirse que la conducta descrita en la letra d) del artículo 3° inciso segundo establece una conducta de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carácter permanente –la participación simultánea de una persona en los cargos de director o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras–.” (folio 420, p. 195, § 478). Luego, hace referencia al potencial anticompetitivo de la conducta: *“En la medida que se mantenga la participación simultánea del director o ejecutivo relevante, los riesgos que pretende precaver la figura del interlocking persisten y tienen el potencial de disminuir la intensidad competitiva entre las empresas involucradas, por lo que la intervención de las empresas en estos hechos subsiste en tanto no se produzca el cese de esa conducta”* (ibid., § 482);

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, a este respecto, Consorcio en su escrito de observaciones a la prueba sostiene que el primer nombramiento de Hernán Büchi como director en Consorcio fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, por lo que debiera contarse como fecha de ejecución de la conducta la entrada en vigencia del literal d) del artículo 3° (el 26 de febrero de 2017). Entre esa fecha y la notificación del requerimiento a Consorcio, el 13 de enero de 2022, transcurrieron más de 4 años (folio 425, § 346);

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, por su parte, Banco de Chile agrega un último argumento al señalar que la calificación jurídica que propone la Fiscalía, refiriéndose al carácter permanente del ilícito, contradice la esencia de la relación entre una sociedad y sus directores. Según el artículo 37 de la LSA, la calidad de director se adquiere mediante la aceptación expresa o tácita del cargo, lo que implica que cuando los accionistas eligen a los directores, adquieren sus responsabilidades y derechos de forma inmediata y voluntaria al aceptar el cargo. Argumenta que la posición de director surge de un acto jurídico similar a un contrato entre la sociedad y el director designado, y que si se acusa una infracción contractual, se debe considerar ejecutada en el momento de la celebración del acto o contrato, citando el caso del requerimiento presentado contra Kiasa Demarco S.A. y otros, en cuanto a que los efectos de un contrato no pueden separarse de su establecimiento (Sentencia N° 118/2012; observaciones a la prueba Banco de Chile, folio 424, § 328-330);

Centésimo cuadragésimo quinto: Que la letra d) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211 sanciona la “participación simultánea” de una persona en el cargo de director en dos empresas competidoras entre sí. Sobre esa base, las requeridas han señalado que, en cuanto a la noción de participar, *“el literal d) exige una conducta típica calificada (participar como director), que solo puede ser ejecutada por quienes están fáctica y jurídicamente habilitados para ello (ser directores)”* (observaciones a la prueba Consorcio, folio 425, p. 112);

Centésimo cuadragésimo sexto: Que la persona en el cargo de director o de ejecutivo relevante, a partir de su nombramiento o contratación, ocupa una posición jurídica durante el período por el cual fue nombrado, que le exige y faculta a ejercer determinadas atribuciones en la marcha de los negocios de la entidad. Tales atribuciones, en el caso del directorio, no se limitan al derecho a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participar o asistir a una sesión del mismo, sino también al conocimiento y revisión de información de la empresa, que le es proporcionada o deba recabar, precisamente en razón de sus funciones y para el cumplimiento de ellas.

El inciso primero del artículo 41 de la LMV dispone que “[l]os directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”, de lo cual se sigue que esas potestades tienen deberes de cuidado correlativos equivalentes al estándar del buen padre de familia. De esta forma, los directores responden hasta de culpa leve, lo que exige, al menos, que tengan preocupación respecto de la marcha y el deber de informarse acerca de los negocios sociales (Alcalde, E. Deber de Cuidado de Directores de Sociedades Anónimas: Sentido, Alcance y Extensión, *Estudios de Derecho Comercial*, Sextas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Ediciones UC, 2017, p. 473; Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica, 2020, § 607, p. 907);

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, el ilícito establecido en la letra d) busca prevenir el riesgo de intercambio de información entre empresas competidoras o de eliminación de la incertidumbre asociada a un mercado competitivo que puede darse por la circunstancia de que una persona ocupe simultáneamente cargos relevantes en ellas.

En ese sentido, la noción de participación se vincula con la existencia de las condiciones necesarias para que se produzca ese intercambio de información, a saber, que quien se desempeña en ambas empresas tenga una posición jurídica que le permita acceder a información relevante para la marcha de la compañía o adoptar decisiones significativas para su desenvolvimiento competitivo.

En consecuencia, para que se configure la participación relevante para esta figura en el caso en comento basta con ocupar el cargo de director o de ejecutivo relevante, pues es esa posición jurídica la que habilita a esa persona a conocer información relevante e, incluso, a tener el deber de recabarla y conocerla;

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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concebir el ejercicio pasivo de cargos como estos, ya que sería contrario a la naturaleza de las funciones de administración inherentes a ellos;

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: Que, como se desprende de los considerandos anteriores, la conducta imputada no se extingue con el nombramiento del acusado en el cargo, sino que la participación se sigue materializando y ejecutando mientras se mantenga la simultaneidad en el ejercicio de los cargos y esta no se interrumpa por medio de la renuncia o cese en alguno de ellos;

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);

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, por los razonamientos antes expresados, se rechazará la excepción de prescripción opuesta por Banco de Chile y Consorcio;

E.2. Litisconsorcio pasivo necesario

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que, como alegación subsidiaria, Banco de Chile opone la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Existiría una obligación de quien ejerce la acción de interponerla no sólo en contra de las sociedades en que el ejecutivo o director ejerce en forma simultánea sus funciones, sino que tratándose de una vinculación que incorpora a las filiales o subsidiarias de las requeridas, debieron ser emplazadas las corredoras y las que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intervienen en la emisión de seguros de vida y desgravamen, como también los bancos, en tanto subsidiarias. Sostiene que se requiere delimitar tanto la forma en que se concreta la unidad de operación entre matriz y filial que alega la FNE, como también el mercado relevante en que compiten y la forma en que se materializaría su actuación conjunta. Al ser excluidas las filiales, no podría acreditarse su vinculación como una unidad económica. La FNE debió haber requerido y notificado a cada sociedad que según su teoría formaba la “única entidad competitiva” (contestación Banco de Chile, p. 35);

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, la FNE responde esta alegación señalando que no resulta exigible requerir también a las sociedades filiales de las matrices Banco de Chile, Consorcio y Falabella, ya que respecto de las sociedades filiales no tiene ninguna pretensión procesal. No existiría ninguna relación jurídica material de la que formen parte que esté siendo impugnada (observaciones a la prueba FNE, folio 420, p. 210);

Para la FNE, el concepto de empresa competidora contenido en la infracción imputada, *“incluye a todas las entidades controladas por un mismo centro de decisiones independiente”*. De esta manera, si una sociedad está en posición de ejercer influencia o define el comportamiento competitivo de las filiales o relacionadas, formando parte del proceso de toma de decisiones competitivas, debe considerarse parte de la misma unidad económica (requerimiento, folio 4, p. 19);

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, en general, la excepción de litisconsorcio pasivo se basa en la conculcación del derecho de defensa. En este caso, Banco de Chile sostiene que tal afectación sería en contra de las matrices que fueron requeridas y los grupos empresariales a los cuales pertenecen. Señala que existirían elementos de la acusación que necesariamente requieren la comparecencia al juicio de las filiales, incluyendo otros bancos competidores de Banco de Chile. Alega que *“[s]i cada uno de ellos [en referencia a los grupos empresariales en que participa Consorcio y Falabella] es una sola entidad competitiva o competidor en algún mercado relevante —que no sabemos cuál es— entonces, para emplazar a ese competidor necesariamente habrá que notificar a las distintas personas jurídicas que, supuestamente y bajo la teoría del caso de la requirente, la conformaría.”* (contestación Banco de Chile, folio 73, § 93);

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que, este tipo de defensas, que afectan la relación procesal misma, procede que se resuelvan al inicio del procedimiento, como lo hace notar la FNE en sus observaciones a la prueba (*“si Banco de Chile estimaba que existía un vicio en la configuración de la litis, tenía la carga de alegarlo como excepción dilatoria del artículo 303 N°6 del Código de Procedimiento Civil, es decir, como una corrección del procedimiento”*; folio 420, §525). En el presente caso, la alegación ha sido opuesta en la contestación del requerimiento, al trabarse la litis. La alegación se presenta entonces como extemporánea, frente

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a su pronunciamiento, y el Tribunal en el estadio procesal actual no puede retroceder en la tramitación del procedimiento, bajo riesgo de infringir el orden consecutivo legal;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, sin perjuicio de ello, cabe descartar que exista algún vicio que afecte la relación procesal misma, según se explica a continuación;

Centésimo quincuagésimo noveno: Que el litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad incluir en la relación procesal a otros sujetos a quienes pueda afectar la sentencia y emplazarlos. Se debe entonces atender a la naturaleza de la relación jurídica deducida en el juicio o de la relación de derecho sustancial del proceso, con el fin de resguardar el derecho de defensa;

Centésimo sexagésimo: Que, este Tribunal ha precisado que *“el demandante debe incluir en el libelo acusatorio a todos aquellos sujetos que la naturaleza de la figura imputada exija, atendidos ‘los efectos perjudiciales que la cosa juzgada acarrea a los derechos del omitido’, Excma. Corte Suprema, sentencia de 25 de mayo de 2011, cons. 15º, rol C N° 8950-09”* (resolución que resuelve excepciones dilatorias, 8 de julio 2020, autos C N° 393-20);

Centésimo sexagésimo primero: Que, en el presente caso, la FNE ha sido específica en circunscribir en el requerimiento, en un capítulo de su libelo acusatorio, los sujetos responsables de la infracción (**“Sujetos pasivos de la infracción acusada, III. D.”**), e incluye tanto la persona natural que participó como las empresas competidoras *“en las que se verificó esta participación simultánea”* (requerimiento, p. 21);

Centésimo sexagésimo segundo: Que la FNE también explicita los fundamentos de su decisión de persecución, respecto de las personas emplazadas: *“Por un lado, la persona natural decide aceptar y ejercer los cargos de ejecutivo relevante o de director de dos o más empresas competidoras, y cumple las funciones asociadas a tales cargos, generando, por lo tanto, los riesgos anticompetitivos descritos supra. Por su parte, las empresas intervienen en el establecimiento de la participación simultánea, así como en la mantención de tal situación, por cuanto son sus órganos quienes generan y mantienen tal participación simultánea”*. Asimismo, argumenta que resulta razonable comprender, aparte de la persona natural que interviene, a las empresas que se encuentran en posición de cumplir con la norma prohibitiva, en tanto pueden implementar mecanismos de control y supervisión que permitan evitar que se verifique una participación simultánea de ejecutivos o directores en empresas competidoras, o ponerle término luego de detectarla (requerimiento, pp. 21-22);

Centésimo sexagésimo tercero: Que, aparece de manifiesto que los fundamentos de la FNE para determinar los sujetos pasivos de la acción se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vinculan con la naturaleza misma de la infracción acusada. Tal como se ha resuelto previamente, la Fiscalía cuenta con la potestad de determinar a quiénes requerirá, discrecionalmente, siempre que no omita arbitrariamente a sujetos pasivos cuyo emplazamiento sea requisito para la eficacia del proceso y a quienes les sería oponible la sentencia que se dicte (c. 381°, Sentencia N° 185/2023, *FNE c. Inaer y otros*);

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, en el presente caso, la FNE no ha actuado en forma arbitraria o carente de fundamento para decidir dejar fuera de su acusación a las filiales o sociedades que, conforme a la tesis de Banco de Chile, debieron ser emplazadas. La omisión de haberlas emplazado no ha afectado la relación jurídica material de las requeridas con las conductas imputadas que se ha constituido en el presente juicio. Mirando el resguardo del derecho de defensa de las requeridas, estas han tenido la oportunidad de presentar sus defensas y aportar prueba en su favor, sin que la falta de intervención de las filiales u otras sociedades haya afectado la eficacia del proceso;

Centésimo sexagésimo quinto: Que, en virtud de las consideraciones precedentes, se rechazará la defensa de litisconsorcio pasivo necesario invocada por Banco de Chile;

E.3. Falta de legitimación pasiva

Centésimo sexagésimo sexto: Que, por último, Banco de Chile y Consorcio han opuesto la defensa de falta de legitimación pasiva, como presupuesto de procedencia de la acción. Ambas controvierten que puedan realizar o ejecutar la conducta del verbo rector del ilícito, participar;

Centésimo sexagésimo séptimo: Que Banco de Chile señala que el verbo rector del artículo 3° letra d) del D.L. N° 211 es “participar” y el tipo infraccional sanciona “*la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí*”. Sin embargo, esta descripción del hecho punible no solo no se ha realizado por el Banco de Chile, sino que es imposible que ello ocurra por cuanto una persona jurídica no puede ser ejecutivo relevante o director de una empresa y menos de dos o más de ellas (contestación Banco de Chile, § 78);

Centésimo sexagésimo octavo: Que la requerida sostiene que la FNE ha intentado argumentar que serían los órganos del banco quienes generan y mantienen la participación simultánea, ya que podría implementar mecanismos para evitar que se verifique una participación simultánea de ejecutivos o directores en empresas competidoras, o ponerle término luego de detectarla. No obstante, el D.L. N° 211 sanciona la “participación” a secas y no sanciona al que “genere o mantenga la participación simultánea”, ni al que “no implemente mecanismos de control o supervisión para intentar detectar la participación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

simultánea”. Si la FNE hubiese querido imputar a Banco de Chile la infracción del D.L. N° 211 por acciones distintas a “participar”, debió requerir por alguna otra infracción del artículo 3° (contestación Banco de Chile, § 82). En línea con lo anterior, afirma que el requerimiento pretende hacer responsable al banco por el hecho de un tercero, lo cual solo procedería si existiera una norma expresa que establezca tal responsabilidad, que en este caso no existe;

Centésimo sexagésimo noveno: Que Consorcio, por su parte, sostiene que carece de facultades para nombrar a sus directores, mucho menos para removerlos. Esto es resorte de los accionistas. A los directores los nombran y los remueven los accionistas, o la autoridad. Señala que la acción, el verbo rector objeto del reproche del *interlocking*, es participar en algo y que el sujeto activo de dicha acción es la persona que participa en ciertos cargos. En esa línea, la condición calificada de “gatillante” es la de ser “ejecutivo relevante o director” en dos o más empresas competidoras. Por tanto, el destinatario de la norma y del deber de conducta recae sobre el sujeto que tiene la posición de “ejecutivo relevante o director” en dos o más empresas competidoras, pues solo aquel es una “persona” que puede “participar” en el cargo de director o ejecutivo principal en una o más empresas (contestación Consorcio, folio 88, pp. 31-34);

Centésimo septuagésimo: Que, con respecto a la alegación de la FNE que serían los órganos de la sociedad quienes generan y mantienen la participación simultánea, Consorcio contesta que no “generó” ni pudo haber generado el nombramiento de Hernán Büchi como director de esta sociedad. Arguye que, en Chile, las sociedades anónimas actúan y son responsables de los actos de sus órganos societarios. De acuerdo a la LSA, son órganos de las sociedades anónimas tanto el directorio como la junta de accionistas. Si bien la junta de accionistas es un órgano de la sociedad anónima, son los accionistas quienes manifiestan su voluntad en el nombramiento de los miembros del directorio. Es por esto que, en la elección de directores, la LSA permite a los accionistas distribuir sus votos en la forma que estimen conveniente (*ibid.*);

Centésimo septuagésimo primero: Que, en relación con el comportamiento exigido frente a una situación de directores comunes, Consorcio añade que su conducta y diligencia desplegada deben ser analizadas a la luz del ‘deficiente asesoramiento proporcionado’ y la ‘inactividad’ o ‘tolerancia’ de la FNE en este caso. En ese sentido, asevera que el directorio de Consorcio solicitó la opinión a un estudio jurídico externo sobre el *interlocking* indirecto y la responsabilidad de los directores al respecto. Este habría concluido que el literal d) del artículo 3° del D.L. N° 211 prohíbe de forma expresa el denominado ‘*interlocking* directo de carácter horizontal’ y que en todos los demás casos de *interlocking* rige la regla general en materia de libre competencia (la ‘regla de la razón’), conforme a la cual su licitud o ilicitud se determina, caso a caso, de acuerdo a un análisis de riesgos y eficiencias. Por otra parte, señala que se reunió en más de una

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocasión con la FNE durante la investigación que dio lugar al requerimiento, esto es, luego de su inicio en septiembre de 2019, manifestando su absoluta disposición y voluntad a considerar las preocupaciones que dicha autoridad pudiera tener sobre el punto. Sin embargo, en ninguna de dichas reuniones la FNE le informó que consideraba que estaba en infracción del literal d) del artículo 3°, ni le propuso la adopción de medidas u otra solución al respecto. Agrega que lo anterior habría sido corroborado por el gerente general de Consorcio, Sr. Parodi, en la causa C-437-2021 (v., prueba confesional, folio 309, contestación Consorcio, pp. 35-38, y observaciones a la prueba Consorcio, pp. 182-183);

Centésimo septuagésimo segundo: Que, agrega que aun en el caso en que se considere que el literal d) del artículo 3° establece una infracción susceptible de ser cometida por la vía de la omisión impropia —por no haber evitado, pudiendo hacerlo el nombramiento del Sr. Büchi en su cargo de director— no concurren los requisitos, ya que la remoción de un director de una sociedad anónima sólo compete a los accionistas y las autoridades competentes, por las causales taxativamente dispuestas en la ley (contestación Consorcio, p. 34);

Centésimo septuagésimo tercero: Que, la posición de estas requeridas es compartida por Valdés, quien sostiene que el control de la conducta lo tiene sólo la persona natural que ocupa los cargos simultáneamente, de modo que solo ella puede incurrir en la infracción (Informe Valdés, folio 330, acompañado a folio 414, pp. 10 y ss.);

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, para resolver la materia, cabe considerar que, en efecto, los directores de las sociedades anónimas son elegidos por la junta de accionistas respectiva (LSA, artículo 31). El directorio sólo puede ser revocado en su totalidad por junta ordinaria o extraordinaria de accionistas, no procediendo la revocación individual o colectiva de uno o más miembros (LSA, artículo 38). En caso de renuncia de un director, sólo hay obligación de nombrar un reemplazante en caso de que la vacancia impida alcanzar el quórum para sesionar (Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas, artículo 71). De esta forma, la administración social no tiene atribuciones para revocar a un director designado por la junta de accionistas, aun si su mantención en el cargo supone la comisión de un ilícito;

Centésimo septuagésimo quinto: Que, en el caso de las sociedades anónimas, es posible representarse una situación en que la única forma de poner fin a la conducta infractora sea por medio de decisiones de la junta de accionistas. Sin embargo, ello no excluye la responsabilidad de la sociedad, pues ella responde de los actos de sus órganos y la junta de accionistas es uno de ellos;

Centésimo septuagésimo sexto: Que el Informe Goldenberg expone que una decisión correctiva, esto es, la destinada a impedir o remediar que se consume

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la figura reprobada, corresponde al “órgano directivo”, ya que a este se le confía la citación a junta ordinaria de accionistas para proceder a la revocación y renovación del directorio. No obstante, *“puede advertirse que la decisión correctiva a la que recién aludíamos en el campo del interlocking se mantiene en la órbita de la junta de accionistas”* (Informe Goldenberg, folio 207, acompañado a folio 208, p. 35);

Centésimo septuagésimo séptimo: Que la eventualidad de eximir a la sociedad como responsable directo del cese de la conducta y hacer responsable a los accionistas que se expresan en la asamblea o junta, sólo es factible si se cumplen determinadas condiciones. En particular, deben haberse adoptado por el directorio, como órgano principal de administración social, y sus ejecutivos todas las medidas de cumplimiento regulatorio destinadas a corregir la situación ilícita. Si por alguna razón, demostrable, habiéndose hecho las prevenciones pertinentes, el director cuya permanencia supone un ilícito no renuncia, debe citarse a la correspondiente junta de accionistas para que ésta haga cesar la conducta;

Centésimo septuagésimo octavo: Que el Informe Goldenberg recoge esta particularidad en la conducta exigible a una sociedad cuando se refiere a la “subsanción” para la corrección de la conducta, aludiendo a la intervención de la junta de accionistas y los plazos inherentes a la citación, constitución y validez de esta asamblea:

“(…) que observando la ritualidad societaria necesaria para efectos de llevar a cabo la corrección, se deberá tener presente que aquí la sanción no podría imponerse de manera automática (esto es, a partir del mismo instante de la coincidencia), puesto que la regulación pertinente ordenará la citación a junta de accionistas por medio de los trámites y formalidades previstos en los Títulos VI de la Ley N° 18.046 y de su Reglamento. En este sentido, una valoración proporcional de la regla del interlocking supondrá que, además de los plazos de subsanción expresamente previstos por la ley, sea en la propia regla del interlocking o en la disposición transitoria de la Ley N° 20.945, la persecución de la responsabilidad de la empresa deberá considerar el tiempo indispensable para el cumplimiento de las reglas exigidas por el Derecho de sociedades” (ídem);

Centésimo septuagésimo noveno: Que, al respecto, no consta en autos que Banco de Chile y Consorcio hayan desarrollado conductas que den cuenta del cumplimiento de los deberes exigibles a la administración, que responde de culpa leve —según se indicó *supra*—, salvo la alegación de haber comisionado informes en derecho frente a la nueva infracción que imponía el D.L. N° 211, que habrían concluido en la inexistencia de una infracción. (v., contestación Hernán Büchi, folio 69, § 41 *“tanto Consorcio Financiero S.A. como el Banco de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Chile y Falabella S.A. contrataron a reconocidos abogados expertos en libre competencia para que emitieran informes en derecho sobre la materia. Consorcio Financiero S.A. contrató los servicios del reconocido estudio de abogados Claro y Cía., mientras que el Banco de Chile contrató los servicios del ex presidente de este H. Tribunal, el abogado y profesor de Derecho Económico don Tomás Menchaca Olivares. Por su parte, Falabella S.A. contó con los servicios del Estudio Lewin.”). Sin embargo, esos informes no fueron acompañados a estos autos.

El resto de las acciones que las defensas arguyen, incluyendo la de Hernán Büchi, como el levantamiento de nuevos riesgos, nuevos formularios para declarar el ejercicio de otros cargos, y revisión de parte de asesores externos, aparecen como medidas de usual aplicación, pero claramente insuficientes y tardías.

Particularmente, en relación con la situación de Hernán Büchi, estas acciones de cumplimiento normativo o *compliance*, se aplicaron presumiblemente frente a la asunción en el cargo de director de Banco de Chile, lo que ocurrió en agosto de 2019, después de la entrada en vigencia de la ley, en febrero de 2017. El informe preparado para el directorio de Banco de Chile, estaría fechado también en agosto de 2019, como da cuenta la contestación de Hernán Büchi, (*ibid.* § 46);

Centésimo octogésimo: 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. En este caso, se encuentra acreditado que Hernán Büchi renunció al directorio de Consorcio el 30 de marzo de 2022, y al de Falabella el 13 de diciembre de 2022, después de la presentación del requerimiento, en diciembre de 2021;

Centésimo octogésimo primero: Que, por otra parte, también debe descartarse el argumento de que quienes adoptan la decisión de designar o remover a un director son los accionistas individualmente considerados y no la sociedad. En efecto, si bien cada accionista es libre de distribuir libremente sus votos, ya sea para acumularlos en una persona o adoptar otra forma de distribución, el resultado de esa votación es un acuerdo (LSA, artículo 62 inciso cuarto) que da cuenta de la decisión del órgano social denominado junta de accionistas, de cuyas consecuencias responde la sociedad en su conjunto. No es posible separar el acto individual del voto del resultado final de la votación, pues éste sólo tiene significación jurídica al determinar las personas que integrarán el directorio de la sociedad;

Centésimo octogésimo segundo: Que, además, el principio general de responsabilidad en relación con la capacidad de las personas jurídicas supone que estas responden por hechos atribuibles abstractamente a su organización

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(Barros, E., ob. cit., p. 75). Entre estos hechos atribuibles, se incluyen los actos de sus órganos societarios, el directorio y la junta, ya que por medio de ellos funciona la sociedad. Por consiguiente, las dos sociedades requeridas son quienes deben soportar las consecuencias de la acción impetrada, en caso de ser acogida, ya que responden por la acción u omisión de sus órganos societarios, el directorio y la junta de accionistas;

Centésimo octogésimo tercero: Que, por consiguiente, Banco de Chile y Consorcio son sujetos pasivos de la acción interpuesta por la FNE, por el hecho de encontrarse en la obligación de impedir el perfeccionamiento del ilícito acusado o lograr que finalizara, mediante actos positivos.

A mayor abundamiento, esta conclusión es consistente con el fin de la norma en cuestión, dado que la infracción se presenta en relación con empresas competidoras, y no es la persona natural que ocupa el cargo de director o ejecutivo relevante la que tiene tal carácter, sino que son las sociedades o empresas las que deben vincularse en una relación de competencia. En consecuencia, el requisito de tener el carácter de competidores es previo y condicionante para que se produzca un entrelazamiento sancionable, en caso de que se produzca la vinculación material entre estas por la participación de una misma persona natural en los cargos. Asimismo, no se debe dejar de lado al resolver este aspecto, que el sentido de la norma infraccional apunta a eliminar el riesgo competitivo de coordinación entre empresas competidoras. Es por esto que la prohibición inherente a la infracción de *interlocking* recae sobre los agentes económicos que se verán beneficiados por algún acto de coordinación, producto de un entrelazamiento ilícito;

Centésimo octogésimo cuarto: Que, si bien Bernet levanta una posición contraria a la conclusión anterior, apelando a la literalidad de la prohibición (*“De acuerdo al tenor literal de la norma, no cabe duda que los sujetos destinatarios de sus prescripciones son personas naturales”*), reconoce que el sentido de la norma se dirige a disciplinar a los agentes económicos entrelazados: *“(…) la Ley sobre Defensa de la Libre Competencia pretende disciplinar a los agentes competidores en aquellas situaciones en que entre ellos existan vínculos personales, a través de la interdicción del Interlocking, o vínculos de propiedad, por medio de la reglamentación de las participaciones minoritarias cruzada”* (Bernet, M. Estudios sobre las normas de *Interlocking* y Participaciones Minoritarias Cruzadas en la Ley sobre Defensa de la Libre Competencia. *Estudios de Derecho Comercial*. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial. Santiago: Thomson Reuters, 2018, pp. 755-756 y 771);

Centésimo octogésimo quinto: Que, por las razones expresadas, se desechará la alegación de falta de legitimación pasiva opuesta por Banco de Chile y Consorcio;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

E.4. Confianza legítima

Centésimo octogésimo sexto: Que las requeridas han opuesto como alegación de fondo en carácter subsidiario, la existencia de una vulneración al principio de confianza legítima de los acusados respecto del actuar de la entidad persecutora, la FNE. Buscan con esta defensa que se reconozca el efecto eximente o atenuante de una eventual sanción debido a la vulneración al principio de confianza legítima que amparaba su actuar, con motivo de los hechos acusados;

Centésimo octogésimo séptimo: Que, Banco de Chile ha sostenido que la FNE ha actuado en contra de sus actos propios al invocar el ilícito de la letra d) del artículo 3° del D.L. N° 211 para hechos distintos a los que contempla dicha norma legal, lo que sería contrario al principio de confianza legítima respecto de los actos de la Administración. Alega que los requeridos han actuado de buena fe y con la confianza legítima de que estaban cumpliendo plenamente el marco normativo (contestación Banco de Chile, pp. 38-42);

Centésimo octogésimo octavo: Que, asimismo, Banco de Chile funda su alegación en las conclusiones del informe en derecho elaborado para el directorio del Banco de Chile en agosto del 2019 que habría descartado la existencia en este caso de un *interlocking* directo horizontal (v. contestación Banco de Chile, p. 40 y contestación Hernán Büchi, § 41);

Centésimo octogésimo noveno: Que, por su parte, Consorcio postula que, si se considerara que la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 se refiere a grupos empresariales competidores y que las sociedades anónimas pudieran ser sujetos activos de dicha infracción, no sería responsable pues habría actuado bajo un error por confianza legítima.

Señala que la autoridad abonó la creencia que ahora cuestiona ya que la FNE y sus principales autoridades habrían sostenido sistemáticamente y por escrito una posición distinta de la que sustenta el requerimiento. La Fiscalía habría reforzado esa creencia al iniciar recién su investigación en septiembre de 2019, abonando con su inacción y tolerancia a la legítima fe del cumplimiento normativo por parte de Consorcio;

Centésimo nonagésimo: Que ambas requeridas, para ilustrar el comportamiento respecto de la figura acusada y la posición manifestada por la FNE, se refieren a: **(a)** información de su sitio *web* sobre la figura de *interlocking*; **(b)** el Informe FNE 2013; **(c)** la posición de Ricardo Riesco, Fiscal Nacional Económico a la época de la presentación del requerimiento, en su artículo “Nueva Ley de Competencia de Chile”, de 2016; **(d)** posturas de ex funcionarios de la Fiscalía sobre la figura, en particular, Manfred Zink; y, **(e)** otros textos o artículos académicos y profesionales, incluyendo una noticia publicada en el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sitio *web* del Ministerio de Relaciones Exteriores con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945;

Centésimo nonagésimo primero: Que las requeridas sostienen que todos estos elementos avalarían que la posición manifestada por la FNE antes de la interposición del requerimiento fue considerar que la figura acusada en autos no estaría sancionada por la norma invocada, ya que sería un tipo de *interlocking* indirecto, no comprendido en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 (contestación Consorcio, folio 88, pp. 27-29). Añaden que la acción judicial de la FNE sería contraria a la legítima expectativa de licitud del comportamiento, no siendo entonces una figura pesquizable por dicha entidad. En consecuencia, existiría en el actuar de las requeridas un “error por confianza legítima”, de carácter invencible, no pudiendo hacerse un reproche de culpabilidad (pp. 35-36);

Centésimo nonagésimo segundo: Que, la FNE controvierte la aplicación de este principio a procedimientos infraccionales, para lo cual recoge las conclusiones del Informe Pierry y agrega que, en este caso ni siquiera se satisfacen las exigencias establecidas por la doctrina administrativa para que proceda la excepción de confianza legítima del administrado (folio 307, acompañado a folio 308, pp. 28, 36; v., observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 236, 244-249).

La Fiscalía argumenta que las requeridas responden por un estándar de culpa infraccional y solo pueden eximirse de responsabilidad si se encontraban en una situación de imposibilidad absoluta de cumplir con la normativa de libre competencia o invocan un eximente de responsabilidad consagrado en el D.L. N° 211 (observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 249, 254). Añade que el error de prohibición alegado no procede en sede de libre competencia, pues el análisis de culpabilidad debe centrarse únicamente en la reprochabilidad de la acción y en su ejecución voluntaria (*ibid.*, pp. 256 y ss.);

Centésimo nonagésimo tercero: 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 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 D.L. N° 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;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo nonagésimo cuarto: Que la Excma. Corte Suprema ha resuelto que el principio de confianza legítima se basa en la protección de la buena fe como guía de conducta que debe regir los comportamientos de los sujetos de derecho y de las personas en general. Esta doctrina no excluye la posibilidad de cambiar de opinión de la autoridad *“pero sí la sanciona cuando este cambio se hace en perjuicio del otro que sobre la base de una conducta mantenida inalterable ha obrado seguro en que ésta se mantendrá en el tiempo”*, (Excma. Corte Suprema, 13 de abril de 2023, Rol N° 10.841-2022, *Cencosud Shopping Center S.A. con Municipalidad de Temuco*);

Centésimo nonagésimo quinto: Que, así, el principio se erige como expresión de la necesaria previsibilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas que nacen de la interacción entre el Estado y sus administrados y busca dar certeza y seguridad a las situaciones jurídicas creadas a partir de las propias acciones anteriores de la administración, exigiendo que un cambio en el comportamiento de ésta sólo pueda aceptarse si se funda en razones legítimas, que deben expresarse, fundamentarse y sostenerse con claridad y precisión frente al administrado (*ibid.*, c. 12°). La Excma. Corte señala que la aplicación del principio general de la protección de la confianza legítima, particularmente en sede de derecho administrativo, se ha construido en una triple dimensión. Primero, requiere analizar el comportamiento de la autoridad que ha generado expectativas en el administrado. En segundo término, exige la reconstrucción de la situación jurídica del administrado, receptor de esa expectativa y confianza. Finalmente, importa la intervención del juez que debe apreciar, en cada caso en concreto, si concurre la confianza invocada, si esta es legítima y si ella debe efectivamente, equilibrando los intereses en juego, ser protegida y, en ese caso, cuál es el mejor modo de protegerla (*ibid.*, c. 13°). Esta última es la función que le toca cumplir a este Tribunal en esta contienda;

Centésimo nonagésimo sexto: Que la doctrina anterior va en línea con lo expuesto en el Informe Pierry en cuanto a que, para la aplicación de la doctrina de la confianza legítima, debe existir en primer término un acto administrativo formal que otorgue algún nivel de confianza a los particulares. Además, se debe comprobar que la situación jurídica modificada por la actuación de la Administración debe ser esencialmente imprevisible para el administrado (Informe Pierry, folio 307, p. 37);

Centésimo nonagésimo séptimo: Que, asentado lo anterior, cabe analizar si los hechos y actos invocados por las requeridas son aptos para generar una confianza legítima en los administrados que pueda operar como atenuante de responsabilidad;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo nonagésimo octavo: Que, en primer lugar, corresponde referirse al Informe FNE 2013, publicado en la página *web* de la FNE, citado profusamente por las requeridas. Este estudio, elaborado casi un año y medio antes del inicio de la tramitación del proyecto de ley que culminó en la dictación de la Ley N° 20.945, analiza los entrelazamientos entre competidores e incluye tanto las participaciones minoritarias, entendiendo este fenómeno como la existencia de vínculos materiales o de participación en propiedad entre competidores, como los vínculos debido a directores o ejecutivos comunes. El documento, según su resumen: “*expone los efectos competitivos de las participaciones minoritarias y prácticas de interlocking entre empresas competidoras y resume parte de la experiencia internacional en la materia. El objetivo global es evaluar la experiencia chilena en el control de este tipo de vínculos entre competidores y señalar vías para su profundización*” (Informe FNE 2013, folio 88, agregado a folio 79, p. 3). Cabe considerar que el proyecto de ley original, iniciado por mensaje presidencial de 16 de marzo de 2015, no contemplaba la figura de *interlocking*, ya que la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 fue introducida como indicación del ejecutivo el 29 de mayo de 2015 (Historia de la Ley N° 20.945, acompañada a folio 72, pp. 16 y 40);

Centésimo nonagésimo noveno: Que, el Informe FNE 2013 no tiene vocación de regir el actuar de los funcionarios de la FNE en su actividad investigativa, esto es, su función de comprobar las infracciones a la ley y requerir del Tribunal el ejercicio de sus atribuciones, a diferencia de otros instructivos que establecen lineamientos o criterios de actuación (v.g., Guía para el análisis de restricciones verticales de 2012, dictada con la finalidad de “*explicitar los lineamientos generales que utiliza internamente este Servicio al analizar las restricciones verticales y su posible disconformidad con la legislación de libre competencia*”, p. 2; y Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión, de marzo de 2017, que “*explicita los criterios y lineamientos de trabajo interno que utiliza la FNE para dar aplicación al artículo 39 bis del DL 211. Nuestro propósito es dar certeza jurídica a los que busquen beneficiarse de la delación compensada y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad*”, v. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf, p. 6. última visita, 6 de junio de 2025);

Por el contrario, el documento es parte de las publicaciones definidas como “Materiales de Promoción”. De esta manera, el Informe FNE 2013 no puede ser calificado como una política o instructivo que fije criterios para la investigación y eventual persecución de determinadas conductas infraccionales por la FNE, ya que es previo a la regulación de las conductas materia de la presente contienda y no define las conductas que serán objeto de persecución, que sería lo propio de una política de aplicación de la ley;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo: Que, más allá de que la Ley N° 20.945 no haya recogido la distinción entre formas de *interlocking* directas e indirectas (ver sección C.3), el Informe FNE 2013 no adopta una posición fuerte sobre la supuesta diferencia de trato que debe realizarse entre las formas de *interlocking* directo e indirecto, sino que hace una tipología de los distintos casos que se podrían presentar, sobre la base de la doctrina y jurisprudencia extranjera. En particular, el Informe FNE 2013 señala que “[e]l caso del *interlocking* indirecto merece una mención especial, dado que la forma en que el mismo es estructurado es crucial para evaluar sus efectos competitivos” (p. 15);

Ducentésimo primero: Que, en cuanto a la figura en que la matriz influye en la subsidiaria o filial, que precisamente sería el elemento característico de la conducta bajo juzgamiento, el Informe FNE 2013 adelantó que “[c]uando el *interlocking* se produce en las matrices de dos competidores, en la medida en que las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades, la situación es prácticamente idéntica a la que se produce a raíz de un *interlocking* horizontal directo (Figura 1)”. Al revés, en la medida en que las filiales “no determinen las acciones de las matrices ni accedan a información detallada sobre las mismas”, es una situación que presenta riesgos menores (p. 16);

Ducentésimo segundo: Que, por su parte, cabe considerar el informe de Michael Jacobs de 2013, asesor de la FNE a esa fecha, que constituye un documento de trabajo sobre experiencias comparadas en materia de *interlocking*, particularmente EE.UU. (*Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies*, Fiscalía Nacional Económica, octubre 2013; versión revisada publicada posteriormente como *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, *Fordham International Law Journal*, 37 N° 3, 2014, pp. 643 y ss.).

Este documento, en tanto insumo para la labor de la FNE en la redacción del informe, es análogo en su naturaleza ya que es previo a la dictación de la ley N° 20.945 y allí se contienen las estructuras de *interlocking* horizontal directo e indirecto usadas en la tipología del Informe FNE 2013;

Ducentésimo tercero: Que, efectivamente, bajo la tipología del Informe FNE 2013 y del documento de trabajo de Jacobs, la figura acusada en autos correspondería a una forma de *interlocking* indirecto. Con todo, como se indicó *supra* (ducentésimo primero), de ello no se sigue que esta forma indirecta carezca de efectos lesivos para la competencia, ni menos, que haya quedado excluida de la figura que se regularía tiempo después en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo cuarto: Que, por otra parte, las requeridas se refieren a presentaciones u opiniones de ex funcionarios de la FNE, en particular, del ex Fiscal Nacional Económico Ricardo Riesco, quien habría concluido que la conducta no era ilícita (contestación Consorcio, folio 88, p. 6). En un documento elaborado antes de asumir el cargo, señala que “[...] *el interlocking indirecto puede configurarse por una serie de situaciones distintas en donde la participación simultánea ya no es entre las mismas empresas competidoras, sino, por ejemplo, en la empresa filial de una matriz con la que se compite o, viceversa, en la empresa matriz de una filial con la que se compite o, incluso más, en la entidad que es el resultado de un joint venture entre empresas competidoras. Así, los casos de interlocking indirectos están limitados solamente por la imaginación humana*” (Espinosa, A. y Riesco, R. Nueva Ley de Competencia de Chile, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 44, octubre-diciembre 2016, p. 118).

Asimismo, expone que “*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*” (*ibid.*, p. 119);

Ducentésimo quinto: Que, por otra parte, las requeridas han acompañado un informe en derecho del ex directivo de la FNE, Sr. Manfred Zink, elaborado para la FNE en diciembre de 2017, donde señala que “[l]a reforma legal no prohibió toda forma de interlocking, sino sólo una hipótesis limitada, el llamado *interlocking horizontal directo, que consiste en que una misma persona integre el directorio o tenga un cargo ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras*” (Informe Zink, folio 81, acompañado a folio 88, p. 12). El mismo texto califica como una forma indirecta de *interlocking* la situación en “*que no se da entre las empresas competidoras mismas, sino que entre sus matrices o entre una empresa y la matriz de su empresa competidora*” (*ibid.*);

Ducentésimo sexto: 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;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo séptimo: Que, en relación con el Material de Promoción del sitio web de la FNE (v., <https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/interlocking/>, última visita 22.05.20205), este define *interlocking* de la siguiente forma:

“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”.

No constan antecedentes en autos que permitan establecer la fecha inicial de publicación de esta información;

Ducentésimo octavo: Que, finalmente, se ha citado una noticia publicada en su sitio web por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que señala que la Ley N° 20.945 incorporó el *interlocking* horizontal directo como ilícito (folio 88, acompañado a folio 84), así como el documento remitido por la representación de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, denominado *Common ownership by institutional investors and its impact on competition - Note by Chile*, de 6 de diciembre de 2017 (Propiedad común por inversionistas institucionales y su impacto en la competencia – Nota de Chile, disponible en <https://web-archive.oecd.org/temp/2019-03-12/446183-common-ownership-and-its-impact-on-competition.htm> referido por Consorcio en sus observaciones a la prueba, folio 425, p. 53, última visita el 6 de junio de 2025). En ese documento, preparado por la FNE, este organismo indica que la discusión de la Ley N° 20.945 aprobada el 2016 fue precedida por el Informe FNE 2013;

Ducentésimo noveno: Que cabe señalar que tanto el requerimiento interpuesto en autos rol C N° 437-2021 como el de este procedimiento, son las primeras acciones ejercidas respecto de la infracción contemplada en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211. No han existido actos o conductas previas a ellas en que la FNE se haya pronunciado sobre la materia, formalmente, en el ejercicio de sus potestades persecutorias, sea en el marco de una investigación o en presentaciones en sede judicial;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo décimo: Que, no obstante, el referido “Material de Promoción” publicado en el sitio *web* de la FNE, relativo al denominado *interlocking*, no entrega mayores elementos para reforzar la definición de la figura como infracción a ser perseguida por la FNE, en circunstancias que, además, se hace una referencia general e imprecisa, a “formas indirectas de *interlocking*”. Por su parte, el documento remitido a la OCDE, enuncia que el Informe FNE 2013 antes analizado habría precedido a la nueva regulación de 2016. Sólo la noticia publicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores se refiere al concepto de *interlocking* horizontal directo;

Ducentésimo undécimo: Que, ante todo, la publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, aunque más explícita, no puede atribuirse a la FNE, al haber emanado de un organismo distinto. Sin embargo, dos de los documentos ya referidos contienen información que podría tener un significado ambivalente. En particular, la mención al Informe FNE 2013 en el documento enviado a la OCDE como un documento que podría haber incidido en la Ley N° 20.945, así como el tenor de la definición publicada por la FNE de *interlocking*, haciendo referencias a su “forma más directa”, podría entenderse como indicativo de una cierta interpretación de la figura de la letra d) distinta a la sostenida por la FNE en estos autos.

Esto contradice la política de la FNE en orden a establecer guías u otros instructivos para claridad y seguridad jurídica de los administrados, como también para que se ejerza un control sobre la FNE y evitar contradicción en su actuar. No obstante, no se comparten las conclusiones del Informe Bascuñán-Tschorne (informe de folio 331, acompañado por Consorcio a folio 414, p. 34), pues éstas se fundan en la caracterización de los documentos antes señalados como una “práctica interpretativa” de la FNE, para sustentar la aplicación del principio de confianza legítima. En particular, el referido informe en derecho, si bien reconoce que el grueso de los documentos señalados es previo a la dictación de la Ley N° 20.945, subsana esa objeción sobre la base de la consistencia entre ellos y lo indicado en el ya mencionado sitio *web* de la FNE. 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;

Ducentésimo duodécimo: Que, en consecuencia, la ambigüedad de estas declaraciones de la FNE respecto de su interpretación de la figura sancionada en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 no puede estimarse suficiente para generar confianza legítima en las requeridas. Con

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todo, sí es apta para ser considerada como un factor atenuante, que será ponderado al momento de pronunciarse el Tribunal sobre las medidas que se aplicarán en el presente caso;

F. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA IMPUTADA

Ducentésimo decimotercero: Que, definido el sentido de la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, conforme se expuso en la sección C, y desechadas las excepciones, corresponde analizar los hechos acreditados bajo ese prisma. En primer lugar, se revisará si corresponde calificar a cada sociedad requerida en conjunto con sus filiales como una sola empresa, en los términos de la norma recién citada; y, en segundo lugar, a la luz del examen anterior, se analizará si dichas sociedades son competidoras en los mercados descritos en el requerimiento;

F.1. Calidad de “empresas” de las sociedades requeridas junto con sus filiales

Ducentésimo decimocuarto: Que, según se expuso en el considerando quincuagésimo octavo, la noción de única unidad económica supone que exista un centro o núcleo de decisiones común, considerando como factores indicativos de ello la pertenencia a un mismo grupo empresarial, el control o propiedad mayoritaria o la compartición de ejecutivos relevantes, donde lo determinante es si la actuación de la matriz y su filial supone o no la existencia de una única fuerza competitiva en un mercado, o si ésta última se desenvuelve con autonomía (v.g., sentencias N° 192/2024, c. 49°, y N° 200/2025, c. 40°);

Ducentésimo decimoquinto: Que, las defensas de Banco de Chile y Consorcio, para contrarrestar la posición de la FNE, en cuanto a la calidad de competidoras que tienen, fueron revisadas *in extenso* al determinar el sentido y alcance de la noción de empresa competidora (subsección C.3, *supra*);

F.1.1. Banco de Chile

Ducentésimo decimosexto: Que, en relación con Banco de Chile y sus filiales Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros, el análisis de la subsección D.1.2 permite concluir que estas últimas llevan a cabo sus actividades bajo una directriz única, determinada por su matriz;

Ducentésimo decimoséptimo: Que, en particular, Banco de Chile posee más del 99% de la propiedad de ambas filiales, lo que le permite designar a sus directorios. Dicha capacidad de nombramiento otorga a la matriz una influencia

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante sobre la conducción de las filiales, particularmente en la designación de sus gerencias generales;

Ducentésimo decimoctavo: Que, además, tanto en las memorias anuales del banco como en su sitio *web* institucional, se constata que las actividades de las filiales se presentan de manera unificada bajo la marca de Banco de Chile, lo que revela una propuesta comercial íntegra hacia el mercado y una unidad de propósito.

Ahora bien, tal como se indica *supra*, si bien la constitución de las filiales obedece a exigencias legales y reglamentarias que impiden al banco realizar directamente ciertas actividades, ello no excluye que dichas sociedades mantengan autonomía formal. Sin embargo, no se puede descartar que su creación haya estado al servicio de integrar ciertos productos financieros complementarios en una misma estrategia comercial grupal.

En este sentido, la intervención en forma sistemática del Banco de Chile en lo que respecta a la planificación estratégica, presupuestaria y de diseño de sus filiales, se ratifica al: **(i)** existir un “Comité de Gerentes” que aprueba los presupuestos; **(ii)** requerir la aprobación del directorio de la matriz para aquellos proyectos superiores a 20 mil UF; **(iii)** concurrir a instancias de dirección —como el “Comité Ejecutivo de Seguros”— que operan en los hechos como órganos de decisión de una de las filiales; y, **(iv)** realizarse una supervisión periódica de los resultados comerciales en sesiones de directorio del Banco de Chile, accediendo a información sensible y estratégica de las filiales.

Asimismo, y a mayor abundamiento, a través de declaraciones, tanto de su gerente general como de Hernán Büchi, se ha confirmado la influencia activa del Banco de Chile sobre las filiales, el monitoreo constante de sus resultados y la alineación con las políticas generales del grupo;

Ducentésimo decimonoveno: Que, sumado a lo señalado precedentemente, en la referida subsección, se tuvo por acreditado que el directorio de Banco de Chile accede a información que la FNE consideró confidencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del D.L. N° 211. Esta información reviste el carácter de estratégica, puesto que es utilizada por el directorio para medir el desempeño comercial de las filiales en comento, respecto de las directrices, lineamientos y planes de acción definidos por Banco de Chile;

Ducentésimo vigésimo: Que, por los motivos expuestos, se concluye que Banco de Chile, Banchile Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Seguros, conforman una única unidad económica o empresa, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.1.2. Consortio

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo vigésimo primero: Que, los antecedentes analizados en la subsección D.1.3 también llevan a concluir que las sociedades Banco Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa y Consorcio Seguros, no desarrollan sus actividades de forma autónoma en cada mercado en que participan, ya que supeditan sus directrices al directorio de Consorcio.

La participación del gerente general de Consorcio en los directorios y comités de las sociedades filiales es muestra de una dirección y supervisión constante por parte de la matriz hacia las filiales.

Asimismo, las actas de sesiones de directorio de la matriz muestran que la información entregada por la filial es específica y tiene el carácter de estratégica. A su vez, el directorio de Consorcio adopta decisiones competitivas relevantes, desde el estudio de los ingresos vía comisiones a clientes, hasta cuestiones operativas, como los gastos en ciberseguridad.

Por su parte, la filial corredora de bolsa es propiedad en forma directa o indirecta en un 100% de su empresa matriz, sin participación de accionistas minoritarios. Lo mismo ocurre respecto del giro desarrollado a través de la filial Consorcio Seguros, a lo cual se agrega el hecho de que su existencia responde a una exigencia regulatoria de giro exclusivo para la emisión de seguros.

Además, el directorio de Consorcio accede mensualmente a información para evaluar el desempeño de los negocios de las filiales, que comprende cifras reales y proyectadas, junto con indicadores de desempeño. Estos antecedentes son enviados al directorio de Consorcio con anterioridad a cada sesión, y quedan a disposición de los directores;

Ducentésimo vigésimo segundo: Que, respecto de Banco Consorcio, Consorcio posee el 100% de la propiedad del banco, ya sea directamente o a través de otras sociedades.

Al respecto, corresponde reiterar que el gerente general de Consorcio, Patricio Parodi, no sólo participa activamente de los directorios y comités de las sociedades filiales, sino que también fue presidente del directorio de Banco Consorcio. Y esta última entidad controla directamente la filial corredora de bolsa (v., *supra*, relación de control de Consorcio, Figura N° 3);

Ducentésimo vigésimo tercero: Que, en este punto, las alegaciones de Consorcio manifiestan que este nivel de control respondería a la aplicación de las reglas propias del derecho de sociedades y de mercado de valores. Como ya se explicó, los objetivos de la regulación de valores y de las normas de defensa de la competencia difieren.

Ahora bien, el hecho que, por una parte, la regulación sectorial exija que el desarrollo de ciertas actividades se realice mediante entidades separadas, con patrimonio y administración propia, y, por otra, que la matriz mantenga un

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cierto grado de control e injerencia respecto del desempeño de esas empresas filiales, es una circunstancia independiente de la calificación que se haga en sede de libre competencia respecto de si las sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial pueden o no ser consideradas como una única unidad económica;

Ducentésimo vigésimo cuarto: Que, tal como se menciona *supra*, en el derecho de la competencia lo relevante es la determinación de si las sociedades cuyo comportamiento se analiza actúan como una única fuerza competitiva en un determinado mercado, o, por el contrario, existen antecedentes que permitan diferenciarlas.

En este caso, respecto de Consorcio, se ha acreditado en forma clara y concluyente que tiene un alto grado de control respecto de Consorcio Corredora de Bolsa, Consorcio Seguros y Banco Consorcio, de modo que no es posible argüir que estas actúen en forma independiente de la primera. A ello se agrega que el directorio de Consorcio ha recibido información detallada del desempeño competitivo de la filial Consorcio Corredora de Bolsa, así como de sus futuros planes de desarrollo y de actuar en el mercado. En otras palabras, el hecho que la legislación sectorial exija esos flujos de información entre sociedades filiales y matrices, así como los deberes asociados a los cargos de alta dirección de esas entidades, contra lo señalado por Consorcio, es una cuestión que debe tomarse en consideración precisamente para establecer que esas sociedades actúan como una única fuerza competitiva en los mercados, de modo que no corresponde hacer distinciones en la aplicación de las normas sobre la base de la estructura formal que adoptan en el derecho de sociedades, la cual, como se ha reiterado, responde al resguardo de bienes jurídicos distintos a la defensa de la competencia;

Ducentésimo vigésimo quinto: Que, por los motivos expuestos, se entenderá que Consorcio, Consorcio Corredora de Bolsa, Consorcio Seguros y Banco Consorcio, conforman una única unidad económica o empresa, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.1.3. Falabella

Ducentésimo vigésimo sexto: Que, respecto de Falabella, si bien ya no es parte en la causa a propósito de la conciliación descrita en la sección F de la parte expositiva, corresponde referirse a la relación con sus filiales, atendida la participación en los mercados donde se habría desarrollado la conducta acusada;

Ducentésimo vigésimo séptimo: Que, en el referido acuerdo conciliatorio, Falabella reconoció que su matriz participaba por medio de sus filiales en los mercados descritos por la FNE.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En concreto, en el punto N° 2, de la sección III, reconoció que “(...) *Falabella*, a través de sus filiales, según se detalla en el numeral siguiente, participa en el negocio bancario; en la intermediación de seguros; y, en la emisión de seguros de vida y desgravamen” (v. bases de conciliación, agregadas a folio 112, según consta en certificado de folio 111);

Ducentésimo vigésimo octavo: Que, aquel reconocimiento explícito, junto con el resto de la prueba analizada *supra*, lleva a concluir que Falabella, Banco Falabella, CF Seguros y Falabella Corredora de Seguros, conforman una única unidad económica o empresa, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.2. Calidad de “competidoras” de las empresas requeridas

F.2.1. Banco de Chile y Consorcio

Ducentésimo vigésimo noveno: Que la Fiscalía esgrime que Banco de Chile y Consorcio compiten: (a) en la oferta de productos y servicios bancarios; y (b) en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredores de bolsa;

Ducentésimo trigésimo: Que no se encuentra controvertido en autos que Banchile Corredora de Bolsa y Consorcio Corredora de Bolsa son competidoras entre sí en el corretaje de valores (v., contestaciones Banco de Chile, folio 73, p. 17; y Consorcio, folio 88, p. 2).

Sin embargo, Banco de Chile esgrime que no compite con Banco Consorcio, ya que este último participa de un segmento diferente del mercado, siendo en realidad otros bancos sus competidores, por ejemplo, Banco Santander, Banco Estado y el Banco de Crédito e Inversiones (v., contestación Banco de Chile, folio 73, p. 17);

Ducentésimo trigésimo primero: Que, no obstante lo sostenido por esta defensa, el informe económico acompañado por Banco de Chile a folio 306, afirma lo contrario.

En efecto, el Informe FK señala que Banco de Chile ofrece servicios de financiamiento, ahorro, inversión, asesoría y administración de efectivo a personas y empresas, y concluye que “*Banco de Chile compite en el mercado de bancos con Banco Consorcio y Banco Falabella*” (folio 305, p. 41);

Ducentésimo trigésimo segundo: Que, sobre este punto, la Fiscalía al observar la prueba arguye que en Chile existen 17 bancos en actividad, de acuerdo con información pública de la página *web* de la CMF.

Además, expone que uno de estos bancos se encuentra enfocado exclusivamente a la banca personas —Banco Ripley—, cinco a la banca empresas o clientes

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

institucionales, mientras que los once restantes atienden a ambos tipos de clientes. En este último grupo se encontrarían Banco de Chile, Banco Consorcio y Banco Falabella (observaciones a la prueba FNE, folio 420, p. 74).

Asimismo, la FNE señala que el Sr. Ebensperger, gerente general de Banco de Chile a la época de los hechos, afirmó durante la Investigación FNE que Banco de Chile compite con todos los bancos (v., documento “16. Transcripción declaración Banco de Chile.pdf”, *“Esos son los que miramos más de cerca en el día a día, en la competencia digamos, independiente de que al final competís’ con todos, somos fungibles”*, p. 30, líneas 22 a 23, incorporado por certificado de folio 252).

De igual manera, destaca que durante la Investigación FNE, Consorcio identificó a Banco de Chile como competidor de su filial bancaria (documento “03b Anexo 2255_03-Tabla 2.xlsx”, hoja “Ingresos”, incorporado por certificado de folio 269).

A mayor abundamiento, la FNE hace presente las contradicciones en la defensa de Banco de Chile, cuando esta señala que *“los bancos Consorcio y Falabella no son competidores directos del Banco [de Chile], aunque participen en el mismo mercado relevante”* (contestación Banco de Chile, folio 73, p. 10). En este aspecto, Banco de Chile se estaría refiriendo a una competencia en distintos segmentos, pero en un mismo mercado (*ibid.*, p 17). Sin embargo, Banco de Chile no insistió en esta posición, según se concluye de la lectura de sus observaciones a la aprueba;

Ducentésimo trigésimo tercero: Que, atendido lo anterior, no obran antecedentes que demuestren que Banco de Chile participe en un segmento diferente al de Banco Consorcio, existiendo prueba que acredita lo contrario. De tal modo que se puede concluir que ambas filiales bancarias son competidoras en la entrega de servicios y productos bancarios;

Ducentésimo trigésimo cuarto: Que, por consiguiente, respecto de estos dos agentes económicos, habiéndose acreditado que tanto Consorcio como Banco de Chile participan, por un lado, en la entrega de productos y servicios bancarios, por vía de la filial Banco Consorcio y Banco de Chile de forma directa, y por otro lado, en el corretaje de valores, a través de las filiales Consorcio Corredora de Bolsa y Banchile Corredora de Bolsa, y que cada una de ellas, junto con su sociedad matriz, conforman una única unidad económica y, respectivamente, una sola empresa, se tendrá por establecido que Consorcio y Banco de Chile son empresas que compiten entre sí, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.2.2. Consorcio y Falabella

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo trigésimo quinto: Que la FNE señala que Consorcio y Falabella compiten: **(a)** en la oferta de productos y servicios bancarios; y **(b)** en la emisión de seguros de vida y desgravamen;

Ducentésimo trigésimo sexto: Que no hubo controversia respecto a que las sociedades filiales Banco Consorcio y Banco Falabella son competidoras en la entrega de servicios y productos bancarios. De igual manera, no se planteó objeción en relación con que Consorcio Seguros y CF Seguros compiten en la emisión de seguros de vida y desgravamen (v., contestaciones Falabella, folio 77, p. 18, y Consorcio, folio 88, p. 2).

Asimismo, en el contexto de las bases del acuerdo conciliatorio entre la requirente y Falabella, tal como se indicó en el considerando septuagésimo tercero, esta última reconoció participar, a través de sus filiales, en el negocio bancario y en la emisión de seguros de vida y desgravamen (folio 112, p. 4, incorporado por certificado de folio 111);

Ducentésimo trigésimo séptimo: Que, por lo tanto, siendo hechos asentados que tanto Consorcio como Falabella participan en el negocio bancario, a través de las filiales Banco Consorcio y Banco Falabella, y en la emisión de seguros de vida y desgravamen, por medio de sus filiales Consorcio Seguros y CF Seguros, y que cada una de ellas junto a su sociedad matriz, conforma una única unidad económica, esto es, constituyen, respectivamente, una sola empresa, se tendrá por acreditado que Consorcio y Falabella son empresas que compiten entre sí, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.2.3. Banco de Chile y Falabella

Ducentésimo trigésimo octavo: Que, finalmente, la Fiscalía sostiene que las requeridas Banco de Chile y Falabella participan: **(a)** en la oferta de productos y servicios bancarios; y **(b)** en la intermediación de seguros;

Ducentésimo trigésimo noveno: Que, respecto del primero de estos mercados, la defensa de Banco de Chile en cuanto a negar su participación en el mismo segmento que Banco Falabella, esta fue desestimada *supra* en el considerando ducentésimo trigésimo segundo y siguientes, en referencia a su relación con Consorcio. Por su parte, Falabella también reconoció durante la Investigación FNE que Banco de Chile compite con su filial Banco Falabella (v., documento “*Respuesta 4 D.docx*”, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE). Lo que también fue reconocido al contestar el requerimiento (v., contestación Falabella, folio 77, p. 18).

Respecto del segundo de estos negocios, no hubo discrepancia entre las partes en cuanto a que las sociedades filiales Banchile Corredora de Seguros y Falabella

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Corredora de Seguros compiten dentro de la intermediación de seguros (v., contestación Banco de Chile, folio 73, p. 18, y Falabella, folio 77, p. 18).

A mayor abundamiento, el Informe FK concluye que “*Banchile Corredores de Seguro Ltda. y Seguros Falabella Corredores Ltda. son empresas competidoras entre sí*” (folio 305, p. 18, acompañado en escrito de folio 306);

Ducentésimo cuadragésimo: Que, por consiguiente, considerando que tanto Banco de Chile como Falabella participan en la intermediación de seguros, por medio de Banchile Corredora de Seguros y Falabella Corredora de Seguros, y en la entrega de productos y servicios bancarios, directamente Banco de Chile y a través de su filial en el caso de Banco Falabella, y que cada una de ellas, junto a la sociedad matriz, conforma una única unidad económica, esto es, constituyen, respectivamente, una sola empresa, se tendrá por establecido que Banco de Chile y Falabella son empresas que compiten entre sí, para efectos de lo dispuesto en la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211;

F.3. Participación simultánea de Hernán Büchi como ejecutivo relevante o director de empresas competidoras entre sí

Ducentésimo cuadragésimo primero: Que, asimismo, se ha acreditado en autos que Hernán Büchi ocupó simultáneamente el cargo de ejecutivo relevante o director en Consorcio, Banco de Chile y Falabella entre la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, que incorporó la letra d) al inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, y, al menos, hasta la fecha de interposición del requerimiento, el 27 de diciembre de 2021 (v., sección D.2, de la parte considerativa);

Ducentésimo cuadragésimo segundo: Que, de esta forma, durante dicho período, Hernán Büchi, en su calidad de ejecutivo relevante —en el caso de Banco de Chile— y además de director, y sobre la base de las atribuciones y obligaciones que entrañan dichos cargos, tuvo el deber y estuvo en condiciones de recibir información relevante de empresas que competían entre sí. Por consiguiente, Hernán Büchi pudo conocer la situación financiera e información comercial sensible de las compañías, sus planes y potencial comportamiento competitivo futuro, así como de influir en las decisiones que adoptaban en el seno de cada directorio, poniendo en riesgo la libre competencia;

Ducentésimo cuadragésimo tercero: Que, en consecuencia, la participación simultánea de Hernán Büchi en los directorios de Consorcio, Banco de Chile y Falabella, empresas competidoras entre sí, en el período acusado, configura el ilícito establecido en la ya tantas veces referida letra d);

G. SANCIONES Y MEDIDAS

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo cuadragésimo cuarto: Que, de conformidad con la conclusión alcanzada en la sección anterior, corresponde determinar las medidas aplicables a Banco de Chile y Consorcio por la infracción a la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211.

Respecto de estas empresas requeridas, la Fiscalía solicita a este Tribunal:

- (a) Ordenar el cese de la conducta descrita en el requerimiento mediante el término de la participación simultánea de Hernán Büchi como director en Banco de Chile y Consorcio;
- (b) Prohibir a Banco de Chile y Consorcio volver a ejecutar en el futuro conductas contrarias al artículo 3° incisos primero y segundo letra d) del D.L. N° 211, ya sea por sí o a través de personas relacionadas, bajo apercibimiento de ser considerados como reincidentes;
- (c) Imponer las siguientes multas a beneficio fiscal, a Banco de Chile el monto de 4.460 UTA y a Consorcio la cuantía de 4.120 UTA, o el monto que este Tribunal estime conforme a derecho; y
- (d) Disponer de todas las medidas que estime necesarias para evitar cualquier uso de la información sensible obtenida por Hernán Büchi *“en el ejercicio de su cargo de director en las empresas requeridas, o en cualquier empresa competidora de estas”*;

Ducentésimo cuadragésimo quinto: Que, en relación con la primera medida, cabe señalar que el 30 de marzo de 2022 Hernán Büchi renunció al cargo de director de Consorcio, tal como fue señalado por Consorcio en su contestación (folio 88, p. 40, § 106; una copia de este hecho esencial se acompañó a folio 85).

Asimismo, con ocasión del acuerdo conciliatorio con la FNE, Hernán Büchi se comprometió a renunciar al cargo de director de Falabella, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que estuviere firme la resolución por la cual este Tribunal aprobara dicho acuerdo. A folio 132 consta que cesó en el cargo de director de Falabella con efectos el día 13 de diciembre de 2022, lo que fue informado mediante hecho esencial a la autoridad.

De este modo, actualmente, Hernán Büchi sólo mantendría su cargo de director de Banco de Chile y, por tanto, cesó la infracción descrita en el requerimiento;

Ducentésimo cuadragésimo sexto: Que, respecto a la medida signada con la letra (b), a juicio de estos sentenciadores, resulta inoficioso prohibir a Banco de Chile y Consorcio la ejecución de dichas conductas, por cuanto son obligaciones que pesan sobre estas como agentes económicos de conformidad a la ley;

Ducentésimo cuadragésimo séptimo: Que, en relación con la determinación de la multa solicitada por la Fiscalía en su requerimiento (folio 4, pp. 22-24), señala que consideró el efecto disuasorio de la sanción, la capacidad económica

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los infractores, que éstos conocían o debían conocer la prohibición del artículo 3° inciso segundo letra d), y la gravedad de la conducta, puesto que Hernán Büchi accedió a información comercial de las empresas requeridas, la cual tiene la aptitud de reducir la intensidad competitiva del mercado.

A este respecto, Banco de Chile y Consorcio rechazan los montos indicados por la FNE, esgrimiendo lo siguiente:

- (a) Banco de Chile señala que la multa es desproporcionada, puesto que el *interlocking* sería un ilícito de menor entidad. Asimismo, esgrime que dicha penalización no tiene sustento, ya que no se condice con la metodología de la “Guía Interna para Solicitudes de Multa” de 2019, de la requirente (en adelante, “**Guía de Multas**”, disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf, última visita el 6 de junio de 2025). Además, indica que en su caso concurren varias circunstancias atenuantes, por ejemplo, que actuó de buena fe y en atención a la confianza legítima en base a informes en derecho solicitados y a la postura que tenía la FNE, que no obtuvo beneficio económico y mantuvo una irreprochable conducta anterior con un programa de cumplimiento en libre competencia, que colaboró durante la investigación de la FNE y que Hernán Büchi es un director independiente sin participación en el control del banco (folio 73, pp. 48-50); y
- (b) Consorcio estima que la multa es infundada y desproporcionada, pues no se verifican las agravantes invocadas por la Fiscalía ni se cumple con los presupuestos del artículo 26 del D.L. N° 211, al ser irrelevante la capacidad económica, al no existir beneficio económico producto de la infracción, ni tener la calidad de reincidente y por haber colaborado con la requirente durante su investigación. Además, aduce que la sanción no se condice con las multas interpuestas por este Tribunal en otros procedimientos (folio 88, pp. 40-50);

Ducentésimo cuadragésimo octavo: Que, al amparo de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, este Tribunal está facultado para:

“Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. (...) Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y pronunciamientos recientes en esta sede, **(a)** se calculará el umbral superior de la multa que puede ser impuesta, en caso de que aquello resultare factible por medio de los supuestos del citado artículo, para posteriormente, **(b)** y se evaluará cada una de las circunstancias en torno a la infracción, contenidas en dicho precepto (v.g., Excma. Corte Suprema, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, c. 30°; 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, c. 44°; 27 de enero de 2020, Rol N° 278-2019, c. 22°; 12 de octubre de 2016, Rol N° 5.128-2016; y 29 de diciembre de 2015, Rol N° 32.149-2014, c. 19°; y sentencias N° 186/2023, N° 190/2024 y N° 196/2024 de este Tribunal);

Ducentésimo cuadragésimo noveno: Que, en primer lugar, la Fiscalía no expresa mayores fundamentaciones para solicitar el monto de las multas que incluye en el libelo, sin referirse al cálculo de los umbrales o límites superiores que podrían conjugarse en este caso. Solamente en sus observaciones a la prueba señala que el comportamiento analizado en estos autos es de aquellos cuya naturaleza no tiene relación particularmente con las ventas del infractor o con el beneficio económico que pudiere haber reportado, por lo cual el Tribunal se encuentra facultado para aplicar el criterio subsidiario de multas de hasta 60.000 UTA (folio 420, p. 259). Respecto de este último criterio apela a su Guía de Multas, dando cuenta de la metodología que empleó para la determinación de la multa solicitada (folio 420, pp. 260-266);

Ducentésimo quincuagésimo: Que, en una primera etapa, la FNE consideró un “monto base” compuesto por **(i)** el 25% del umbral de ventas de 100.000 UF establecido en la letra d) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211, aplicado indistintamente a Banco de Chile y Consorcio, es decir, 1.195 UTA, lo que denomina como “piso mínimo”, y **(ii)** un ajuste conforme a su participación relativa sobre las ventas de las tres empresas requeridas, incluyendo a Falabella, en los mercados afectados por la infracción (servicios bancarios, intermediación de valores y emisión intermediación de seguros), la cual estima en 54% para Banco de Chile y 26% para Consorcio. Lo anterior se resume en la Tabla N° 1 siguiente.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 1
Monto base propuesto por la FNE para la
determinación de las multas de Banco de Chile y
Consortio

Componente	Banco de Chile	Consortio
Piso mínimo	1.195 UTA	1.195 UTA
Ajuste conforme a ventas	646 UTA	311 UTA
Monto Base	1.850 UTA	1.510 UTA

Fuente: Observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 260-264. Se advierte que la Fiscalía consideró el valor de la UTA y UF correspondiente a octubre de 2021, conforme lo indicado a folio 420, p. 261, nota al pie N° 760.

Luego, en una segunda etapa, la FNE ajustó este monto base en consideración a ciertas circunstancias: **(a)** que Hernán Büchi tuvo la posibilidad de acceder a información competitivamente sensible, y se constató que en los directorios de Banco de Chile y Consortio se discutían aspectos sensibles respecto de los mercados en que se produjo el *interlocking*; **(b)** que ambas empresas participaron en al menos tres de los cuatro mercados afectados por la infracción; **(c)** que Banco de Chile y Consortio debieron tener conocimiento del carácter ilícito de su comportamiento; **(d)** que ninguna adoptó siquiera resguardos mínimos para precaver el ilícito en el cual intervinieron; y **(e)** que la infracción se sostuvo por un extenso periodo de tiempo, continuando incluso una vez interpuesto el requerimiento. De esta manera, estimó que la multa solicitada ha de alcanzar las 4.460 UTA para Banco de Chile y 4.120 UTA para Consortio;

Ducentésimo quincuagésimo primero: Que, estos sentenciadores difieren de la requirente, en tanto el carácter *per se* de la infracción no altera los supuestos establecidos en la letra c) del artículo 26 para la determinación de las multas en esta sede, respecto de la aplicación de los dos criterios consustanciales al régimen de multas, el que considera el beneficio obtenido o el volumen de ventas afectadas por la infracción. En efecto, dicha norma si bien no establece que para su aplicación la conducta deba exigir efectos anticompetitivos, su examen ha de conservar la proporcionalidad y atender al efecto disuasorio inherente a las multas impuestas en esta sede (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 190/2024, c. 112°). Asimismo, para la determinación del monto base de la sanción solicitada, la propia FNE consideró el umbral de ventas de 100.000 UF que contempla la letra d) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 para que opere la exención de la prohibición, y además utilizó las ventas de las empresas requeridas en el mercado afectado por la infracción;

Ducentésimo quincuagésimo segundo: Que la Fiscalía no aportó prueba respecto a un beneficio económico reportado por Banco de Chile o Consortio con motivo de la infracción —aspecto resaltado por esta última en sus

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

observaciones a la prueba, a folio 425, p. 185—. Atendido el carácter del ilícito, no es posible determinar claramente la existencia de algún beneficio económico y, menos aún, la cuantía de éste.

Sin perjuicio de ello, la requirente sí acompañó al expediente información acerca de las ventas de Banco de Chile y Consorcio en la línea de productos o servicios asociados a la infracción, a saber, por los conceptos de servicios bancarios, intermediación de valores y otros servicios prestados por corredores de bolsa, emisión de seguros de vida y desgravamen, e intermediación de seguros en Chile. No obstante, cabe señalar que dicha información se encuentra hasta 2020, pese a que la infracción continuó ejecutándose hasta la interposición del requerimiento, en diciembre de 2021. Así, de acuerdo con los antecedentes de la Investigación FNE, la mencionada información consta en respuesta a los oficios ordinarios N° 345 y N° 555, dirigidos a Banco de Chile, y N° 346, N° 568 y N° 1084, dirigidos a Consorcio, todos de la FNE (véase, folio 420, p. 263, nota al pie N° 766; oficios disponibles a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE).

A partir de ciertos supuestos (*vid.*, folio 420, pp. 263-264, § 677), la Fiscalía determinó que las ventas antes referidas, conforme a la información disponible desde marzo de 2017 a diciembre de 2020, ascendieron aproximadamente a: **(a)** 9.382 mil millones de pesos chilenos para Banco de Chile y **(b)** 4.482 mil millones de pesos chilenos para Consorcio.

A continuación, la Tabla N° 2 resume la información de ventas recopilada en la Investigación FNE:

TABLA N° 2
Ventas de Banco de Chile y Consorcio en cada uno de los mercados en que se produjo el *interlocking* de Hernán Büchi, entre marzo de 2017 y diciembre de 2020

Mercados	Banco de Chile		Consorcio	
	Miles de millones de pesos chilenos	Miles de UTA	Miles de millones de pesos chilenos	Miles de UTA
Servicios bancarios	8.989,0	15.296,2	826,1	1.400,1
Intermediación de valores	264,9	449,8	126,8	214,5
Emisión de seguros de vida y desgravamen			3.529,1	6.003,1
Intermediación de seguros	128,5	218,2		
Total	9.382,5	15.964,1	4.481,9	7.617,8

Fuente: Observaciones a la prueba FNE, folio 420, pp. 263-264 y documentos identificados a folio 420, p. 263, nota al pie N° 766.

Ducentésimo quincuagésimo tercero: Que, pese a que las empresas requeridas no controvirtieron estos antecedentes, se debe tener en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consideración que el inciso final del artículo 22 del D.L. N° 211 dispone que: “*El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica*”. Por tanto, corresponde verificar dichos cálculos a partir de la prueba que obra en autos, examinando no sólo la información que los sustenta, sino también aquella que la descarta, a fin de evaluar el mérito de cada antecedente probatorio para arribar a una decisión.

A este respecto, en el caso de Banco de Chile, se puede concluir que no ha sido posible determinar los supuestos que usó la FNE para alcanzar al total de ingresos por servicios bancarios de 8.989 mil millones de pesos chilenos entre marzo de 2017 y diciembre de 2021, constatándose, en cambio, que estos ascienden a 8.817 mil millones (véase, particularmente, el documento “*Copia de Ingresos Totales Anuales 2020.xlsx*”, a folio 2 del cuaderno de documentos públicos FNE);

Ducentésimo quincuagésimo cuarto: Que, respecto de los ingresos de Banco de Chile y Consorcio durante 2021, la requirente relata en sus observaciones a la prueba que al momento de interposición del requerimiento “*las ventas del año 2021 eran desconocidas*” (folio 420, p. 264, nota al pie N° 768). Asimismo, durante la etapa probatoria, no se acompañaron antecedentes relativos a los ingresos obtenidos por estas empresas durante ese año;

Ducentésimo quincuagésimo quinto: Que, por tanto, la cota superior de la multa que puede ser impuesta por este Tribunal, equivalente al 30% de las ventas de las empresas infractoras, en la línea de productos o servicios asociados a la infracción, puede ser determinada conforme el artículo 26 del D.L. N° 211 y durante el período por el cual se extendió la conducta, sin considerar el año 2021, lo que equivale a aproximadamente 4.704.831 UTA para Banco de Chile y 2.285.326 UTA para Consorcio;

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;

Ducentésimo quincuagésimo séptimo: Que, respecto al beneficio económico, la requirente no ahonda en el análisis de este factor, ni tampoco aportó prueba sobre este aspecto. Por su parte, Banco de Chile y Consorcio señalan que no obtuvieron beneficio económico con motivo de la infracción.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este caso, como se indicó en la consideración ducentésimo cuadragésimo, la cuantificación de un beneficio económico resulta dificultosa, especialmente considerando la ausencia de prueba sobre el mismo y que la norma infringida busca precaver un riesgo, sin que sea necesario acreditar que éste se haya concretado. Con todo, en términos conceptuales, quedó establecido que Hernán Büchi accedió a información comercialmente sensible de las empresas, la cual, durante su desempeño como director o asesor, pudo afectar sus decisiones respecto del proceso competitivo de las empresas requeridas. En cualquier caso, ante la falta de antecedentes concretos, no se considerará el beneficio económico como agravante de la infracción para efectos del cálculo de la multa, sin perjuicio de que los ingresos obtenidos por Banco de Chile y Consorcio durante el período que se cometió la infracción serán considerados para la fijación de la cuantía de la sanción;

Ducentésimo quincuagésimo octavo: Que, en relación con la gravedad de la conducta, como se vio, la infracción establecida en la letra d) corresponde a un ilícito de peligro que pretende evitar que desaparezca la incertidumbre competitiva entre agentes de mercado, pero lo hace mediante una infracción *per se*, que evita la necesidad de acreditar efectos en la competencia. En este sentido, no es equivalente a otras conductas sancionadas por el D.L. N° 211. Asimismo, tampoco puede entenderse como equivalente al ilícito de colusión sancionado en la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, por cuanto existe consenso a nivel normativo y económico que esa es la figura que produce un mayor daño al bien jurídico protegido por la legislación. El ilícito regulado en la letra d), aunque tiene una finalidad análoga a la prohibición de los acuerdos, actúa en forma preventiva, en un estadio más temprano, con miras a evitar el intercambio de información comercialmente sensible entre agentes del mercado. En consecuencia, la multa a ser impuesta debe corresponder a una de menor entidad, conforme los criterios que establece el citado artículo 26;

Ducentésimo quincuagésimo noveno: Que, respecto al efecto disuasivo que ha de tener la sanción, este debe ser considerado para desincentivar la comisión futura de ilícitos anticompetitivos, ya que la pérdida asociada a la multa ponderada por la probabilidad que enfrentan los agentes a ser sancionados por su actuar debiera ser mayor al beneficio económico que obtuvieron o esperan obtener de la infracción (véase, por ejemplo, Sentencia N° 179/2022, c. 329°).

Sobre este punto, Banco de Chile esgrime que la solicitud de la FNE carece de sustento, en tanto su Guía de Multas señala que *“a través de la imposición de dicha sanción, al menos se elimine todo beneficio económico que pueda generarse con motivo de una infracción y desincentive futuros incumplimientos de la normativa de protección de la libre competencia”* (p. 8, § 19). Sin embargo, indica que la Fiscalía no entrega un mínimo razonamiento que sustente su

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procedencia, ya que no hubo beneficio económico alguno (contestación Banco de Chile, folio 73, p. 49).

A este respecto, cabe señalar que de acuerdo con el razonamiento expuesto en la subsección C.2., atendido que, al interpretarse la ley, se ha concluido que la infracción tiene un carácter *per se*, ello tiene como consecuencia que, de configurarse los presupuestos de hecho de la letra d), como sucede en este caso, tal como lo establece el artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211, se estará ante “*hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienen a producir dichos efectos*”. De modo que no es imprescindible que se hayan materializado efectos en los mercados respectivos para ser sancionadas y, por ende, corresponde desestimar esta defensa.

Adicionalmente, el efecto disuasorio debe considerar también la capacidad económica de Banco de Chile y Consorcio dentro de los mercados afectados por el *interlocking*. De los antecedentes exhibidos *supra* (Tabla N° 2 y considerando ducentésimo quincuagésimo tercero), consta que estas percibieron importantes ingresos durante la ejecución de la conducta.

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;

Ducentésimo sexagésimo: Que, sobre la calidad de reincidente de Banco de Chile y Consorcio, no se ha acreditado que estas empresas hayan sido condenadas por infracciones a la competencia, mediante sentencia ejecutoriada y firme, por lo que tampoco se considerará dicha circunstancia como un agravante;

Ducentésimo sexagésimo primero: Que, en cuanto a las circunstancias atenuantes alegadas, en particular, la referida a la colaboración con la Fiscalía antes o durante la Investigación FNE que dio origen al requerimiento, se debe tener presente que solo se puede considerar aquella colaboración que vaya más allá del deber legal de un investigado de cumplir con las cargas públicas que le impone la ley (v.g., sentencias N° 175/2020 y N° 165/2018, y Excma. Corte Suprema, Rol N° 15.005-2019, 14 de agosto de 2020). Como no se ha acreditado que ello haya ocurrido, tampoco corresponde considerar esta circunstancia en el cálculo de la sanción;

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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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;

Ducentésimo sexagésimo tercero: Que, sobre la base de las consideraciones anteriores, este Tribunal ha llegado a las siguientes conclusiones respecto de las multas a aplicar:

- (a) Si se usa para su determinación el ponderador aplicado en el pronunciamiento emitido en los autos Rol C N° 437-2021 —relativo a la misma infracción y en que es parte Consorcio—, equivalente al 1% de las ventas de las empresas requeridas en las líneas de productos o servicios asociados a la infracción, la suma ascendería en el presente caso a aproximadamente 156.828 UTA para Banco de Chile y 76.178 UTA para Consorcio;
- (b) El resultado anterior es desproporcionado, considerando la naturaleza de la infracción y su nivel de gravedad, conforme a lo analizado en los motivos ducentésimo quincuagésimo octavo y siguientes. Además, superaría con creces la multa solicitada por la FNE, a saber, 4.460 UTA para Banco de Chile y 4.120 UTA para Consorcio; y,
- (c) La multa solicitada respecto de Banco de Chile por la FNE corresponde a aproximadamente un 0,03% de sus ventas, y aplicando este mismo porcentaje respecto de Consorcio, ésta equivaldría a 2.166 UTA;

Ducentésimo sexagésimo cuarto: Que, se debe dar aplicación al efecto atenuante de la sanción reconocido *supra* en relación con la información publicada por el ente persecutor sobre el ilícito de la letra d), que puede calificarse de ambigua;

Ducentésimo sexagésimo quinto: Que, en atención a la magnitud de los ingresos de Consorcio y menor volumen total de los negocios en los mercados involucrados, aplicando así el principio de proporcionalidad de la sanción, se accederá parcialmente a la petición de la FNE, reduciendo las multas solicitadas, fijando una multa ascendente a 4.000 UTA para Banco de Chile y 2.000 UTA para Consorcio;

Ducentésimo sexagésimo sexto: Que, en último término, respecto de la solicitud singularizada en la letra (d) del considerando ducentésimo cuadragésimo cuarto, de disponer de medidas para evitar cualquier uso de la información sensible obtenida por Hernán Büchi en el ejercicio de su cargo de director en las empresas requeridas, o en cualquier empresa competidora de estas, resulta improcedente por las siguientes razones.

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

En primer lugar, en cuanto a aquellas medidas que pudieran afectar a Hernán Büchi, la conducta perseguida ha cesado y él ya no es parte del proceso, al haber alcanzado una conciliación con la FNE.

En segundo término, la amplitud e imprecisión de lo pretendido por la FNE, suprime la necesidad de objeto y finalidad de las medidas, lo que impide adoptar un pronunciamiento específico sobre ellas.

Por último, el acatamiento del D.L. N° 211 importa un imperativo para toda persona natural o agente económico, por lo que son estos los llamados a definir y adoptar las medidas necesarias para dar fiel cumplimiento a la normativa de defensa de la libre competencia;

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR las excepciones de prescripción extintiva y de falta de legitimación pasiva opuestas por Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A.;

RECHAZAR la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, opuesta por Banco de Chile;

ACOGER el requerimiento de folio 4 interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A., sin costas;

DECLARAR que Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A. han infringido la letra d) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211 por la participación simultánea de Hernán Büchi Buc como ejecutivo relevante y director de Banco de Chile, Consorcio Financiero S.A. y Falabella S.A., en el período especificado en la sentencia;

CONDENAR a Banco de Chile al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 4.000 unidades tributarias anuales; y,

CONDENAR a Consorcio Financiero S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 2.000 unidades tributarias anuales.

Acordado con el voto en contra del Ministro Ricardo Paredes Molina, quien estuvo por rechazar el requerimiento de la Fiscalía teniendo en consideración que ella no aportó pruebas del efecto que habría tenido la conducta de *interlocking*, puesto que debió requerir sobre la base del artículo 3° inciso

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

primero del D.L. N° 211 conforme a los argumentos que se desarrollan a continuación:

1) La incorporación de la letra d) en el inciso segundo del artículo 3 del D.L. N° 211 por la Ley N° 20.945 del año 2016 y por la cual la FNE imputa la infracción de que el Sr. Hernán Büchi participara simultáneamente en cargos de director de Banco de Chile y Consorcio, constituye una excepción en el derecho de la libre competencia, porque establece un tipo de *interlocking* ilegal *per se*, es decir, un tipo que no requiere que se demuestren efectos adversos sobre la competencia para que sea ilegal.

La discusión sobre la aplicación de la regla *per se* es larga y se origina desde muy temprano en los EE.UU. en la década de 1920 (véase, por ejemplo, William H. Rooney, Timothy G. Fleming, & Michelle A. Polizzano *Tracing the Evolving Scope of the Rule of Reason and the Per Se Rule Columbia Business Law Review*, 2021. Vol. 1, y Max Fischer y Ronald Fischer, “Reglas *per se* y la evolución del sistema de protección de competencia”, Investigaciones CeCo (septiembre, 2020, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>, última visita el 6 de junio de 2025).

En Chile, la historia de la Ley N° 20.945 muestra que tal discusión ha replicado, en general, aquella del resto del mundo y que tiene que ver con los costos de la inflexibilidad asociada a la regla *per se*, en relación con aquellos costos que se impone a los tribunales y que se asocian a la regla de la razón (véase, Cavanagh, Edward D. “The Rule of Reason Re-Examined.” *The Business Lawyer* 67, no. 2, 2012: 435–69). En el caso de autos, la visión contraria a la imposición de criterios de ilegalidad *per se* se ejemplifica en la argumentación del entonces presidente del TDLC Sr. Tomás Menchaca, que concluyó que tal tratamiento era un error a la luz del derecho de la libre competencia, y una mala técnica legislativa. En tal línea, el abogado Sr. Juan Cristóbal Gumucio sostuvo que el tenor de prohibición *per se* para sancionar el *interlocking* horizontal era innecesario puesto que el TDLC siempre se ha encontrado facultado para sancionar las conductas constitutivas de *interlocking*, de acuerdo con el tipo genérico del artículo 3 inciso primero del D.L. N° 211. Por su parte, la visión opuesta, favorable en este caso a la aplicación de ilegalidad *per se*, se ejemplifica en la expuesta por el entonces asesor del Ministerio de Economía, Sr. Jorge Grunberg, quien reconociendo que es posible que bajo ciertas condiciones el *interlocking* que se prohibiría no dañara la competencia, se trataba de una política preventiva que la hacía recomendable.

2) Si bien en el mundo coexisten distintas visiones sobre la conveniencia de establecer reglas de ilegalidad *per se*, hay consenso que el beneficio que se le puede asociar está en la mayor certeza jurídica y la reducción del costo de litigación. Asimismo, hay consenso que estas reglas tienen el costo de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventualmente impedir conductas que pudieran ser pro competitivas, más allá de la probabilidad con que lo sean.

Por lo anterior, al momento de evaluar la conveniencia de introducir reglas de ilegalidad *per se*, el debate contrapesa ventajas y desventajas. Así, resulta relativamente menos costoso imponer una regla *per se* cuando se prevé que una conducta, previo al análisis específico del caso, tiene menor probabilidad que llegue a revestir carácter anticompetitivo y viceversa. Ello explica que, como extensión natural al debate principal de si debe introducirse o no una regla de ilegalidad *per se*, exista otro para acotar el ámbito de su aplicación a conductas que tengan muy baja probabilidad de ser pro competitivas. Así, por ejemplo, para la promulgación de la Ley N° 20.945, otro caso en el que Chile aplica este criterio, la discusión acotó los acuerdos definidos como ilegales *per se* sólo al caso de los denominados “carteles duros”.

En relación con la discusión pertinente a autos, la historia de la ley también recoge el debate que llevó a acotar el ámbito de aplicación, como cuando se excluyó al *interlocking* vertical como tipo para su prohibición *per se*, y la preocupación por precisiones en los conceptos, como las expuestas por el abogado Sr. Mario Bravo. Sin embargo, como se desprende de la controversia de autos, no se precisó lo suficiente si la ilegalidad *per se* excluiría lo que se ha denominado *interlocking* indirecto, lo que como se deduce del cuerpo de la sentencia, es fundamental para resolverla.

3) Para claridad, un ejemplo que por simplicidad guarda estrecha similitud al caso de autos, diferencia los tipos de *interlocking* directo e indirecto. En él, existen dos matrices que pertenecen a dos grupos empresariales diferentes, M1 y M2. De M1 dependen dos empresas filiales F11, F12, y de M2, dependen F21 y F22. Si las empresas F11 y F22 compiten, y una misma persona es director de estas empresas competidoras, ello será un caso de *interlocking* directo. Mientras, en el caso de que una misma persona sea directora de las matrices M1 y M2, matrices que no compiten directamente, pero que tienen incidencia en las empresas que sí lo hacen, se tratará de un caso de *interlocking* indirecto.

La aprensión por el *interlocking* indirecto desde la perspectiva de la libre competencia es que como las filiales F11 y F22 dependen de M1 y M2, que una misma persona sea director de ambas matrices pudiera servir para limitar la competencia entre las empresas F11 y F22, lo que sería especialmente claro cuando la incidencia del directorio de cada matriz es muy alta en la política de sus filiales.

Los antecedentes aportados en autos muestran la pertinencia del ejemplo, pues Hernán Büchi fue director simultáneamente de ambas matrices, las que participan en la oferta de productos y servicios bancarios, la primera de forma directa y Consorcio por medio de su filial, y, además, Banco de Chile y Consorcio

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participan en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa, a través de las filiales Banchile Corredores de Bolsa S.A. y Consorcio Corredores de Bolsa S.A.

4) En consideración a que una distinción entre tipos de *interlocking* para la aplicación de la regla *per se* pudiera ser innecesaria si ellos presentan los mismos riesgos para la competencia, o si es posible eludir la fiscalización sobre un tipo de *interlocking* si es que es fácil eludirla por la vía de formar una relación matriz-filial, es necesario inquirir en la historia de la ley, en el debate y los antecedentes que tuvo el legislador al momento de determinar el tipo o condiciones para que el *interlocking* fuera ilegal *per se* y en particular, si de esa discusión y antecedentes se puede concluir que, como señalan las requeridas, se dejó fuera de esa regla el tipo de *interlocking* denominado indirecto.

Como se explica en los párrafos que siguen, este Ministro ha concluido que existen al menos tres elementos que demuestran que el legislador optó conscientemente por excluir al *interlocking* indirecto como parte del tratamiento de ilegalidad *per se*. En primer lugar, 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. Además, como se explica *infra*, los antecedentes disponibles para el legislador y para la FNE al momento del debate, demuestran que no pudo soslayarse que, sin la terminología diferenciadora empleada, ello podría ser un punto crítico de incerteza. En segundo lugar, existen razones de fondo que permiten diferenciar entre tipos de *interlocking* para el tratamiento de una prohibición *per se*. En tercer lugar, existen antecedentes posteriores a la promulgación de la ley que dan cuenta que la FNE consideró que sólo el *interlocking* horizontal directo era el sujeto de la regla de prohibición *per se*.

5) En relación con la terminología, el legislador optó por establecer como condición para la ilegalidad *per se* ser “empresas competidoras entre sí”, diferenciando el concepto de empresa a “grupo empresarial”, por lo que debe entenderse que procuró una diferenciación explícita entre ser director de una matriz (asociada a grupo empresarial) y una empresa filial de esa matriz, para determinar a qué nivel se produce la competencia. La introducción de ambos términos, que no cabe entender como sinónimos, sólo tiene sentido si el legislador quiso establecer una diferenciación entre *interlocking* directo e indirecto.

En tal dirección, la historia fidedigna de la ley (p. 321) recoge los planteamientos del Informe “Participaciones minoritarias y directores comunes en empresas competidoras” (Informe FNE 2013), lo que se demuestra videncia en que, una vez aprobada la ley, el 6 de diciembre de 2017, el Gobierno de Chile comunicó a la OCDE que la fuente directa de la normativa era ese estudio, que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hace un extensivo análisis y descripción sobre tipos de *interlocking*. En efecto, en este informe se señala:

“Cuando una misma persona íntegra el directorio de dos o más empresas nos encontramos frente al ejemplo más conspicuo de lo que en derecho comparado se ha denominado interlocking. Debemos aclarar que, no obstante esta forma de estructuración de los vínculos personales entre empresas competidoras es la que ha recibido mayor atención, por ser la más visible de sus manifestaciones y la que mayores riesgos representa, el caso no constituye más que una de las múltiples hipótesis de interlocking, a saber, el denominado interlocking horizontal “directo”.

Sin perjuicio que la diferenciación entre *interlocking* directo e indirecto pudiera ser fundamentalmente formal, como lo sería si fuera relativamente barato construir un aparataje matriz-filial que oscurezca las vinculaciones entre firmas competidoras entre sí, ello también era conocido por el legislador, por lo que no cabe sino concluir que debió considerarlo. Así, el informe base de la normativa reconoce que el *interlocking* directo e indirecto podrían, bajo ciertas circunstancias, tener idénticos efectos desde la perspectiva de la libre competencia:

“cuando el interlocking se produce en las matrices de dos competidores, en la medida en que las empresas matrices tienen influencia sobre las acciones de las filiales o acceso a información detallada sobre sus actividades, la situación es prácticamente idéntica a la que se produce a raíz de un interlocking horizontal” (idem, pp. 15-16).

6) En consideración a que era reconocidamente posible que, “bajo ciertas circunstancias”, la diferencia entre *interlocking* directo e indirecto pudiera ser sólo formal, la pregunta natural que surge es si existieron razones que llevaron al legislador a concluir que la diferenciación hecha al introducir los términos “competidores entre sí” y “grupo empresarial” separadamente, dejaban en claro que con ello se excluía al *interlocking* indirecto de la regla *per se*, o si por el contrario, para el legislador le era evidente que pese a esa redacción, el articulado era suficientemente claro en el sentido que la regla *per se* aplicaría para todo tipo de *interlocking* horizontal.

A juicio de este Ministro, la segunda posibilidad debe descartarse no sólo por el lenguaje diferenciador, sino además porque 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*. Así, por ejemplo, la publicación de Richard Murphy

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Keys to unlock the interlocks: dealing with *interlocking* directorates”, *The Michigan Journal of Law Reform*, 11, 361, 1978, cuestiona que las Cortes norteamericanas hubieran limitado la interpretación de la prohibición *per se* solo a los *interlockings* entre compañías competidoras directas. El autor, que apoya su visión en reportes más antiguos de la FTC (citado como *Report of the FTC on interlocking directorates*, H.R. Doc. N 652, 81st Cong., 2d Sess. 14, 14, 1951) y del Antitrust Subcommittee (citado como *Report on interlocks in corporate management* 55, 227), propone resolver lo que considera error de las Cortes, ampliando la interpretación de la ilicitud *per se* a otro tipo de *interlocking*, entre los que destaca el caso de compañías que compiten a través de sus subsidiarias, y que denomina *interlocking* indirecto, y a los que atribuye potenciales efectos anticompetitivos similares a los inherentes en los *interlocking* directos (Murphy, p. 369).

“La sección 8 de la Clayton Act **se ha interpretado** como prohibiendo sólo los *interlockings* entre compañías que compiten directamente. Hay otros tipos de *interlockings* que producen efectos sustancialmente anticompetitivos, que sin embargo, se han escapado de cualquier regulación bajo las leyes antimonopolio...” (p. 361, traducción libre).

Por ello, no es posible pretender que el problema de interpretación de la norma establecida en los EE.UU. y que era materia de debate haya sido desconocido en Chile, a pesar de que el legislador chileno siguió casi literalmente la letra del artículo de la ley norteamericana. Más aún, 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 ilegalidad *per se* a los *interlocking* indirectos. Así, mientras en los EE.UU. se limita la participación de una misma persona en **dos corporaciones** (“No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations ...” 15 U.S. Code § 19 - *Interlocking directorates and officers* U.S. Code; US Law; LII Legal Information Institute (cornell.edu)), el legislador en Chile no dejó espacio para una interpretación ambigua, al precisar que la prohibición es respecto de:

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director **en dos o más empresas competidoras entre sí...**, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario...”.

Esto es, 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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

7) Consistente con los antecedentes señalados, 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 el tipo al que le aplica el literal d) del que no le aplica:

“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, cuando una misma persona ejerce dichos cargos en dos empresas competidoras, se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3 letra d) del DL 211, siempre cuando se cumplan 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 superan 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.”

8) En relación con las eventuales razones de fondo que pudo tener el legislador para la diferenciación entre tipos de *interlocking*, la historia de la ley no entrega antecedentes, pero cabe reconocer que la diferenciación desde una perspectiva desde la libre competencia tiene sentido. Si por ejemplo el porcentaje de la propiedad que tiene la matriz en la filial es bajo y los objetivos de la matriz están imperfectamente alineados con los de la filial, es menos probable que la participación simultánea en matrices de las que dependen empresas competidoras entre sí, revista un riesgo a la competencia. Aunque en el caso de autos los antecedentes indican que la participación de cada matriz en la propiedad de las filiales es suficientemente alta como para dudar que, por sólo ese hecho, los incentivos sean los mismos, el legislador pudo preferir no hacer una definición del umbral de participación para que el *interlocking* horizontal fuera declarado ilegal, y dejar que ello quedara determinado por la definición legal matriz filial.

Otro caso en el que cabe diferenciar entre objetivos y acciones de matriz y filial es que, a pesar de que exista alta participación de la matriz en la propiedad de la filial, el rol de la matriz (y la preocupación de sus directores), sea distinto y lejano a la especificidad del negocio de la filial (y a la preocupación de sus directores). Ello, por ejemplo, ocurriría si de la matriz depende un gran número

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de filiales y, en consecuencia, la preocupación de la matriz poco tenga que ver con el de la filial.

Así, los tipos de *interlocking* pudieran producir riesgos diferenciados, y como hay reconocidas ventajas a estructuras de *interlocking*, lo esperable es que el legislador haya optado por determinar como ilegal *per se* sólo al tipo sobre el que los riesgos de prohibirlo serían suficientemente bajos y que se asocian a errar prohibiendo una conducta que no tenga consecuencias anticompetitivas, que aplicarían al caso del *interlocking* directo.

9) Por último, no resulta correcto que sea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien 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* (v., Tom, W. K., & Pak, C. Toward a flexible rule of reason. *Antitrust Law Journal*, vol. 68 n.2, 2000, 391–428):

“Hay ciertos acuerdos o prácticas que, debido a su efecto pernicioso sobre la competencia y la falta de cualquier virtud redentora, se presumen concluyentemente como irrazonables y, por lo tanto, ilegales sin necesidad de una investigación elaborada sobre el daño preciso que han causado o la justificación comercial para su uso. Este principio de irrazonabilidad per se no solo hace que el tipo de restricciones proscritas por la Ley Sherman sea más claro en beneficio de todos los involucrados, sino que también evita la necesidad de una investigación económica increíblemente complicada y prolongada sobre toda la historia de la industria implicada, así como de industrias relacionadas, en un esfuerzo por determinar en general si una restricción particular ha sido irrazonable, una investigación que a menudo resulta completamente infructuosa cuando se lleva a cabo” (traducción propia, de *Board of Trade v. The United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

Redacción a cargo del Ministro Sr. Jaime Barahona Urzúa, y de la disidencia, su autor.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Sr. Ricardo Paredes Molina y el Sr. Jaime Barahona Urzúa.

Notifíquese personalmente, por cédula a las partes, o por correo electrónico a las partes que lo hayan designado para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese en el sitio *web* del Tribunal al día hábil siguiente desde que una de las partes haya sido notificada, o el día hábil subsiguiente si recayese sábado, salvo que todas las partes hayan sido notificadas antes del plazo referido anteriormente.

Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 436-21.

Firmada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Sr. Ricardo Paredes Molina y el Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autoriza la Secretaria Abogada (S) Valentina Poblete Jara.



5A598CC4-D164-488B-AB06-AE1CD38A15B9

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.