

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N° 25 - AGOSTO 2022

REQUERIMIENTOS DE LA FNE EN CONTRA DE: HERNÁN BÜCHI BUC Y OTROS Y JUAN JOSÉ HURTADO VICUÑA Y OTROS



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Requerimientos de la Fiscalía Nacional Económica en contra de: (i) Hernán Büchi Buc y otros (Rol C-436-2021); y (ii) Juan José Hurtado Vicuña y otros (Rol C-437-2021)

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 27 de diciembre de 2021, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) presentó dos requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre (“TDLC”) por supuestas infracciones a la prohibición de *interlocking* horizontal, establecida en el artículo 3 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley n.º 211 (“DL 211”): (i) un primer requerimiento en contra de Hernán Büchi Buc, Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella (el “Requerimiento Büchi y Otros”); y (ii) un segundo requerimiento en contra de Juan José Hurtado Vicuña, Consorcio Financiero y Larráin Vial (el “Requerimiento Hurtado y Otros”², y junto con el Requerimiento Büchi y Otros, los “Requerimientos”).

Los Requerimientos comparten origen en la investigación n.º 2582-19 FNE, iniciada de oficio por la División de Fiscalización de la FNE en septiembre de 2019 para analizar los vínculos estructurales en la industria financiera y bancaria (la “Investigación”), y constituyen las primeras acciones de *enforcement* en relación con la anteriormente referida prohibición.

Si bien a la fecha de la preparación de esta nota los Requerimientos no han sido resueltos por el TDLC, éstos resultan de gran utilidad pues proporcionan mayor claridad sobre la interpretación que ha dado la FNE al alcance de esta norma incorporada al DL 211 en 2016 (mediante la Ley n.º 20.945)³.

2. LOS REQUERIMIENTOS

2.1. El Requerimiento Büchi y Otros.

¹ Proceso tramitado bajo el Rol C-436-2021 TDLC.

² Proceso tramitado bajo el Rol C-437-2021 TDLC.

³ De conformidad con la letra d) del artículo 3 del DL 211, se considera como un hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia: “[l]a *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*”. Esta infracción se entenderá como perpetrada si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviera la participación simultánea en tales cargos. Finalmente, se hace presente la norma en comento entró en vigencia diferida en febrero de 2017.

En el primer caso (Rol C-436-2021), la FNE imputó al Sr. Büchi, Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella haber infringido el artículo 3 letra d) del DL 211, desde febrero de 2017 hasta la actualidad, al haber el primero participado de forma simultánea en cargos de director y/o ejecutivo relevante en las empresas requeridas, las que, a juicio de la FNE, por sí o a través de filiales compiten en la oferta de diversos productos y servicios. Adicionalmente, según el Requerimiento Büchi y Otros, los respectivos grupos empresariales a los que pertenece cada una de las empresas requeridas superaron el umbral de ventas establecido en el referido literal, habiendo tenido ingresos sobre las cien mil unidades de fomento (UF) en el año calendario anterior al inicio de la infracción, así como también en los años calendarios posteriores hasta la actualidad.

En particular, de conformidad con el Requerimiento Büchi y Otros:

- Las empresas requeridas compiten en la oferta de los siguientes productos y servicios⁴: **(i)** Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella en la oferta de productos y servicios bancarios⁵; **(ii)** Banco de Chile y Consorcio Financiero en la oferta de, entre otros, servicios de intermediación de valores⁶; **(iii)** Consorcio Financiero y Falabella en la emisión de seguros de vida y desgravamen⁷; y **(iv)** Banco de Chile y Falabella en la intermediación de seguros⁸.

- Por otro lado, los hechos fundantes de la acusación son los siguientes:

- En relación con Banco de Chile, que el Sr. Büchi se desempeñó como ejecutivo relevante, ejerciendo como asesor del directorio, desde marzo de 2008 hasta agosto de 2019. Adicionalmente, que a partir de esta última fecha, fue designado por la junta de accionistas como director, permaneciendo ininterrumpidamente en el cargo hasta la actualidad;

- En relación con Consorcio Financiero, que el Sr. Büchi fue designado como director por la junta de accionistas en junio de 2016, ejerciendo ininterrumpidamente en el cargo hasta la actualidad; y

⁴ Véase Requerimiento Büchi y otros, página 2.

⁵ En el negocio bancario, mientras Banco de Chile participa por sí, Consorcio Financiero y Falabella a través de filiales de sus respectivos grupos empresariales.

⁶ En el negocio de intermediación de valores y otros ofrecidos por corredores de bolsa, tanto Banco de Chile como Consorcio Financiero están activas a través de filiales de sus respectivos grupos empresariales.

⁷ En el negocio de emisión de seguros de vida y desgravamen, tanto Consorcio Financiero como Falabella están activas a través de filiales de sus respectivos grupos empresariales.

⁸ En el negocio de intermediación de seguros, tanto Banco de Chile como Falabella están activas a través de filiales de sus respectivos grupos empresariales.

- En relación con Falabella, que el Sr. Büchi fue designado como director por la junta de accionistas en abril de 2014, ejerciendo ininterrumpidamente en el cargo hasta la actualidad.

De esta forma, el Sr. Büchi habría participado simultáneamente en cargos de director y/o ejecutivo relevante en Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella desde febrero de 2017 (fecha de entrada en vigencia diferida de la prohibición de *interlocking* horizontal), hasta la actualidad. En opinión de la FNE, se verificarían todos los elementos que configuran la infracción a la prohibición de *interlocking* horizontal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 letra d) del DL 211⁹.

Luego, en atención al efecto disuasivo pretendido, la capacidad económica de los infractores y la propia naturaleza y gravedad del *interlocking* denunciado¹⁰, la FNE solicitó al TDLC la imposición de las siguientes multas a beneficio fiscal: 550 unidades tributarias anuales (UTA) para Sr. Büchi (esto es, aproximadamente USD 415.000¹¹); 4.460 UTA para Banco de Chile (esto es, aproximadamente USD 3.3 millones); 4.120 UTA para Consorcio Financiero (esto es, aproximadamente USD 3.1 millones), y 4.050 UTA para Falabella (esto es, aproximadamente USD 3 millones).

Adicionalmente, a fin de garantizar el cumplimiento de la prohibición legal y evitar riesgos o efectos anticompetitivos propios de la conducta, la FNE también requirió al TDLC el cese inmediato de la participación simultánea del Sr. Büchi en los directorios de las empresas requeridas y la imposición de todas las medidas que resulten necesarias para evitar cualquier uso impropio de la información comercial sensible a la que tuvo acceso con ocasión del ejercicio de sus cargos de director y/o ejecutivo relevante.

2.2. **El Requerimiento Hurtado y Otros.**

Por su parte, en el segundo caso (Rol C-437-2021), la FNE acusó al Sr. Hurtado, Consorcio Financiero y Larraín Vial de haber infringido el artículo 3 letra d) del DL 211, al haber el primero participado simultáneamente en cargos de director en ambas empresas desde febrero de 2017 hasta abril de 2019, fecha en que renunció al directorio de Larraín Vial. A juicio de la FNE, las empresas requeridas compiten a través de filiales en la prestación de,

⁹ Según la FNE: “[...] para que se configure esta infracción, se requiere la concurrencia de tres requisitos copulativos: (i) la participación simultánea de una misma persona en cargos ejecutivos relevantes o de director de dos o más empresas; (ii) el carácter de competidoras de las empresas donde se desempeña aquel ejecutivo relevante o director; y, (iii) el cumplimiento del umbral de ventas del grupo empresarial al que pertenecen cada una de las empresas competidoras, esto es, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que superen las cien mil UF en el último año calendario”. Requerimiento contra Büchi y Otros, párrafo 56.

¹⁰ Véase Requerimiento Büchi y Otros, párrafos 76 y siguientes.

¹¹ En base a valor UTA y tipo de cambio vigente a la fecha de la preparación de esta nota.

entre otros, servicios de intermediación de valores. Adicionalmente, en este caso también se habría superado el umbral de ventas establecido en la norma relevante.

En particular, de conformidad con el Requerimiento Hurtado y Otros:

- Consorcio Financiero y Larraín Vial compiten en la prestación de servicios de intermediación de valores (de renta fija y variable) y en la prestación de otros servicios ofrecidos por corredores de bolsa, tales como operaciones con pacto de retro-compra, operaciones simultáneas, operaciones de venta corta y custodia de valores, entre otros. Adicionalmente, según la Investigación, ambas empresas se reconocen mutuamente como competidoras¹².
- Por otro lado, los hechos fundantes de la acusación son los siguientes:
 - En relación con Consorcio Financiero, que el Sr. Hurtado fue designado como director por la junta de accionistas en junio de 2016, permaneciendo en el cargo ininterrumpidamente hasta la actualidad; y
 - En relación con Larraín Vial, que el Sr. Hurtado fue designado como director en noviembre de 2015, ejerciendo en aquel cargo de forma continua hasta abril de 2019, fecha en la que renunció a dichas funciones.

De esta forma, el Sr. Hurtado habría participado simultáneamente en cargos de director en Consorcio Financiero y Falabella desde la fecha de entrada en vigencia diferida de la prohibición de *interlocking* horizontal hasta abril de 2019. En opinión de la FNE, en este caso también se verificarían todos los elementos que configuran la infracción a la prohibición establecida en el artículo 3 letra d) del DL 211.

Luego, en atención al efecto disuasivo pretendido, a la extensión de la infracción, a la capacidad económica de los infractores y a la propia naturaleza y gravedad del *interlocking* denunciado¹³, la FNE solicitó al TDLC la imposición de las siguientes multas a beneficio fiscal: 250 UTA para el Sr. Hurtado (esto es, aproximadamente USD 188.000); 1.980 UTA para Consorcio Financiero (esto es, aproximadamente USD 1.5 millones), y 2850 UTA para Larraín Vial (esto es, aproximadamente USD 2.1 millones).

3. INTERPRETACIÓN DE LA FNE SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

Hasta el año 2016, el DL 211 no regulaba ni prohibía expresamente los *interlockings* horizontales. Como se mencionó, solo después de la promulgación de la Ley n.º 20.945 se

¹² Véase Requerimiento Hurtado y Otros, párrafos 6 y siguientes.

¹³ Véase Requerimiento Hurtado y Otros, párrafos 46 y siguientes.

incorporó una prohibición expresa de los *interlockings* horizontales (norma que, en específico, entró en vigencia diferida en febrero de 2017).

La razón de esta iniciativa legislativa fue incluir en el DL 211 una respuesta estricta a los problemas de competencia que surgen de este tipo de vínculos estructurales, prohibiendo las situaciones de mayor riesgo: aquellos *interlockings* que involucran a competidores y cuyas partes implicadas superan cierto tamaño o umbrales de facturación. Sin embargo, el texto final de la letra d) del artículo 3 del DL 211 ha demostrado no ser del todo claro en cuanto su alcance, quedando distintos elementos abiertos a interpretaciones.

Debido a lo anterior, los Requerimientos resultan de gran utilidad, pues proporcionan mayor claridad sobre la interpretación seguida por la FNE en relación con el alcance de la norma. En particular, la visión de la FNE podría resumirse en lo siguiente:

3.1. **El artículo 3 letra d) del DL 211 establece una prohibición per se.**

En los Requerimientos, la FNE interpretó que el artículo 3 letra d) del DL 211 establece una prohibición del tipo *per se*, por lo que no sería necesario demostrar ningún efecto anticompetitivo para configurar el ilícito, ni la ausencia de daño a o efectos en la competencia puede servir de base para que un infractor se exima de responsabilidad¹⁴. En palabras de la FNE:

“de acuerdo con el texto y sentido de la ley, para que se configure el interlocking horizontal, en los términos establecidos por el artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211, basta se verifiquen los requisitos copulativos contemplados por el legislador, de modo tal que no se requiere la acreditación de ningún elemento o circunstancia adicional, como afectación a la competencia o poder de mercado”¹⁵.

3.2. **La prohibición alcanzaría el interlocking horizontal indirecto.**

Aunque podría argumentarse que, a partir de una interpretación literal del literal en comento, la prohibición se limitaría a los *interlockings* horizontales directos¹⁶, los

¹⁴ Según destaca la propia FNE, la prescindencia de algún elemento adicional para configurar la infracción se desprendería de la propia Historia de la Ley n.º 20.945, en la que se señala que: “*el hecho de que una persona se desempeñe simultáneamente como ejecutivo o director de dos o más empresas competidoras representa un riesgo serio de colusión, por lo que la legislación debe prohibirlo a fin de evitarlo*”; y que “*en derecho comparado se considera que se trata de una situación [interlocking] 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*”. Requerimiento Büchi y Otros citando la Historia de la Ley n.º 20.945 (páginas 185 y 534), pie de página 51.

¹⁵ Véase Requerimiento Büchi y Otros, párrafos 69 y siguientes.

¹⁶ De hecho, ese fue precisamente uno de los principales argumentos en común sostenido por las defensas de los requeridos. Por ejemplo: (i) la defensa de Larraín Vial señaló en su contestación al Requerimiento Hurtado y Otros (página 2) que “[...] *el artículo 3° letra d) del DL 211 sanciona el interlocking horizontal directo, el que no se verifica cuando la competencia se produce entre las filiales de las sociedades entre las cuales existen*

Requerimientos se fundan en hechos que involucran la participación simultánea en cargos de director y/o ejecutivo relevante en empresas que no compiten directamente entre sí, sino que a través de filiales.

En otras palabras, los Requerimientos se basan en *interlockings* horizontales indirectos y en una noción amplia del concepto de “empresa”. Respecto a esto último, la FNE indica que:

“para el derecho de la competencia, [el concepto de “empresa”] no se identifica con el de sociedad o persona jurídica, sino que atiende a consideraciones funcionales sobre cómo se produce la competencia real en los mercados, siendo posible, por lo tanto, que una empresa se encuentre conformada por un conjunto de diversas entidades, ya sean personas naturales o jurídicas, ejerciendo una única fuerza competitiva en el mercado. En dicho sentido, lo relevante es la constatación de una unidad económica, definición esencialmente funcional y que no dice relación con la forma jurídica”¹⁷.

De hecho, para la FNE el concepto de “empresas competidoras” del artículo 3 letra d) del DL 211 incluye a todas las entidades controladas bajo un centro común de decisiones. En este sentido, si una empresa está en la posición de influenciar el comportamiento competitivo de otra, de adoptar o vetar decisiones o estrategias de negocios respecto de sus bienes y/o servicios ofrecidos en el mercado, o de acceder a información comercial sensible respecto de éstos o de sus operaciones, sería posible calificar a dichas empresas (controladora y controladas) como parte de una sola unidad económica, conformando, por tanto, una única empresa desde el punto de vista funcional.

En aras de la claridad, todas las filiales involucradas en los hechos denunciados en los Requerimientos, eran controladas de manera exclusiva por las empresas requeridas.

3.3. **Las empresas también serían responsables de estas infracciones.**

En los Requerimientos, la FNE solicita al TDLC que aplique sanciones tanto a las personas naturales como a las empresas involucradas (es decir, a las empresas en las que los Sres. Büchi y Hurtado se desempeñan/desempeñaron como director y/o ejecutivo relevante).

participaciones simultáneas [...] a sabiendas de lo anterior, la Fiscalía ha intentado construir artificialmente y de forma instrumental al Requerimiento, la tesis de la “unidad económica”, asegurando que las respectivas matrices y filiales implicadas serían “lo mismo” para estos efectos; y (ii) de manera similar, Consorcio Financiero indicó en su contestación al Requerimiento Büchi y Otros (página 2) que: “La FNE, contra todo lo imaginable, sostiene en el Requerimiento que el DL 211 establece una prohibición per se al interlocking horizontal indirecto, que simplemente no existe. [...] el Requerimiento es contrario a la disposición específica en que se funda; al DL 211 en su conjunto; a lo que señalaba y sigue señalando la FNE en su propia página web; a lo que ha sostenido por escrito el Sr. Fiscal Nacional Económico; a lo que ha sostenido por escrito, en más de una ocasión, e incluso en un informe en derecho solicitado por la misma FNE, el Jefe de la División de Fiscalización de Cumplimiento; y a lo que ha resuelto el H. Tribunal sobre la materia”.

¹⁷ Véase Requerimiento Hurtado y Otros, párrafo 31.

En este sentido, según la FNE, los sujetos responsables de las infracciones son: **(i)** la persona natural que participó simultáneamente en cargo de director y/o ejecutivo relevante en dos o más empresas competidoras; y **(ii)** las empresas competidoras en las que se verificó esta participación simultánea. En palabras de la FNE:

“tanto la persona natural como las empresas involucradas participan de la infracción descrita en el literal d) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211. 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 [...] por su parte, las empresas intervienen en el establecimiento de la participación simultánea, así como en la mantención de tal situación”¹⁸.

¹⁸ Véase Requerimiento Büchi y Otros, párrafo 73.

4. FICHA JURISPRUDENCIAL

Órgano Competente	<ul style="list-style-type: none">• Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
Tipo de Acción	<ul style="list-style-type: none">• Requerimientos de la Fiscalía Nacional Económica.
Conducta	<ul style="list-style-type: none">• Formación y mantención de interlocking horizontal prohibido (de tipo indirecto), en infracción al artículo 3 letra d) del DL211.
Partes	<ul style="list-style-type: none">• Fiscalía Nacional Económica en contra de: (a) por un lado, Hernán Büchi, Banco de Chile, Consorcio Financiero y Falabella; y (b) por el otro, Juan José Hurtado, Consorcio Financiero y Larraín Vial.
Nº de caso	<ul style="list-style-type: none">• Rol C-436-2019 TDLC y C-437-2019 TDLC. .
Fecha de la decisión	<ul style="list-style-type: none">• No aplicable.
Resultado	<ul style="list-style-type: none">• Requerimientos pendientes de resolución por parte del TDLC.
Hechos	<ul style="list-style-type: none">• En relación con ambos requerimientos, las personas y empresas requeridas supuestamente infringieron la prohibición expresa al interlocking horizontal, contenida en el artículo 3 letra d) del DL 211, al haber los Sres. Büchi y Hurtado participado de manera simultánea en cargos de director y/o ejecutivo relevante en las empresas requeridas, siendo estas últimas competidoras entre sí en diversos mercados relevantes.
Mercado relevante	<ul style="list-style-type: none">• Los mercados en que inciden las supuestas infracciones son: (i) el bancario; (ii) el de la intermediación de valores y otros servicios prestados por corredores de bolsa; (iii) el de la emisión de seguros de vida y desgravamen; y (iv) el de la intermediación de seguros.
Teoría del daño aplicada por la autoridad	<ul style="list-style-type: none">• La acusación de la FNE apunta a que las personas y empresas requeridas habrían infringido el artículo 3 letra d) del DL 211, por haberse mantenido la participación simultánea de los Sres. Büchi y Hurtado en cargos de director y/o ejecutivo relevante en las empresas requeridas, de manera ininterrumpida desde febrero de 2017 (fecha de entrada en vigencia diferida de la prohibición de interlocking indirecto) hasta 2019, en el caso del Sr. Hurtado, y hasta la actualidad, en el caso del Sr. Büchi.