

Versión de trabajo: confidencial

Bases de acuerdo conciliatorio

Autos Rol C 436-2021 seguidos ante el H. TDLC

A 17 de octubre de 2022, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”), y Falabella S.A. (en adelante, “Falabella”) presentan al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “H. Tribunal” o “H. TDLC”) las siguientes bases de conciliación:

I. Antecedentes: Requerimiento de la FNE

Con fecha 27 de diciembre de 2021, a folio 4, la FNE presentó un Requerimiento en contra de don Hernán Büchi Buc, Banco de Chile, Consorcio Financiero S.A. (en adelante, “Consorcio”) y Falabella, sosteniendo que éstas habrían infringido el artículo 3°, incisos primero y segundo letra d) del DL 211, desde febrero de 2017, a lo menos, a la fecha del Requerimiento, al participar el primero simultáneamente en cargos de director y ejecutivo relevante en las empresas requeridas, las que en opinión de la FNE son competidoras entre sí en la oferta de diversos productos y servicios. En efecto, según lo descrito por la FNE: (i) Banco de Chile, Consorcio y Falabella participan en la oferta de productos y servicios bancarios; (ii) Banco de Chile y Consorcio en la prestación de servicios de intermediación de valores y otros servicios prestados por corredoras de bolsa; (iii) Consorcio y Falabella en la emisión de seguros de vida y desgravamen; y, finalmente, (iv) Banco de Chile y Falabella en la intermediación de seguros. Asimismo, el Requerimiento señala que los respectivos grupos empresariales a los que pertenecen cada una de las empresas tuvieron ingresos sobre las 100.000 unidades de fomento (en adelante, “UF”) en el último año calendario anterior al inicio de la infracción, así como en los años calendarios siguientes.

De acuerdo con el Requerimiento de la FNE, el legislador estableció una prohibición absoluta de *interlocking* horizontal, con el objeto evitar los graves riesgos para la libre competencia que dicha situación genera. De este modo, según la FNE, para que se configure el referido ilícito basta que se verifiquen los requisitos copulativos contemplados en la ley, sin que se requiera acreditar ningún elemento o circunstancia adicional, como lo sería la afectación a la competencia o la existencia de poder de mercado.

Asimismo, la FNE destacó que, la expresión “*ejecutivos relevantes*” no atiende a un cargo o posición específica dentro de la empresa, sino que más bien lo esencial del concepto

Versión de trabajo: confidencial

radica en la posibilidad de acceso a información estratégica o comercial relevante de las empresas desde un punto de vista competitivo. Por su parte, la expresión “*director*” ha de entenderse como miembro del directorio de una sociedad.

Adicionalmente, el Requerimiento agregó que, si una sociedad está en posición de ejercer influencia en el comportamiento competitivo de las filiales u otras empresas relacionadas, o define derechamente tal comportamiento, está formando parte del proceso de toma de decisiones competitivas, debiendo por lo tanto considerarse a ambas como parte de la misma empresa en esta sede. Además, el Requerimiento sostuvo que para los fines preventivos que persigue cautelar la prohibición del *interlocking*, dos empresas pueden considerarse competidoras cuando ofrecen productos o servicios que cumplen genéricamente con las mismas funciones y tienen características similares.

Finalmente, el Requerimiento enfatizó que los sujetos responsables de la infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra d) del DL 211 son: **(i)** la persona natural que participó simultáneamente en cargos ejecutivos relevantes y/o de director en dos o más empresas competidoras; y, **(ii)** las empresas competidoras en las que se verificó esta participación simultánea. En relación con estas últimas, el Requerimiento señaló que intervienen en el establecimiento de la participación simultánea, así como en la mantención de tal situación; se encuentran en posición de cumplir con la norma; y recibirían los beneficios directos de cualquier restricción a la competencia derivada del *interlocking*.

II. Antecedentes: Defensa de Falabella

Con fecha 22 de abril de 2022, a folio 77, Falabella contestó el Requerimiento en su contra, contestación mediante la cual solicitó su rechazo; lo anterior, basado, entre otras, en las siguientes consideraciones: **(i)** 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 don Hernán Büchi es director, no desarrolla actividades bancarias, ni de intermediación o comercialización de seguros (de hecho, ni siquiera su filial directa, Falabella Inversiones Financieras S.A., las realiza); 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 DL 211, el que

Versión de trabajo: confidencial

exige que el director afectado lo sea de “empresas competidoras entre sí”; **(ii)** la prohibición del *interlocking* horizontal directo bajo el artículo 3 inciso 2º letra d) del DL 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; **(iii)** Falabella (al no participar en sí en el directorio de empresa alguna ni tener incidencia en la conformación de su propio 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; **(iv)** 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; y, **(v)** debiera 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 inculpado y le exime de sanción. Finalmente, Falabella invoca una excepción de prescripción respecto de todos los hechos y conductas anteriores al 28 de abril de 2020.

III. Reconocimiento de hechos

Falabella reconoce los siguientes hechos, descritos en el Requerimiento de la FNE y que son materia de la causa Rol C 436-2021 ante el H. TDLC:

1. Que don Hernán Büchi Buc participó simultáneamente en cargos de director y asesor del directorio en Banco de Chile y de director en Consorcio y Falabella desde el 26 de febrero de 2017 hasta, al menos, la fecha de interposición del Requerimiento. En la actualidad, don Hernán Büchi Buc participa simultáneamente en cargos de director en Banco de Chile y Falabella.

Versión de trabajo: confidencial

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.
4. Que el grupo empresarial del que Falabella forma parte registró ingresos que superaron las 100.000 UF durante cada año calendario entre 2016 y 2021.

Falabella manifiesta haber actuado de buena fe, bajo una comprensión distinta del alcance de la norma que la expresada por el ente persecutor, lo que no es óbice para que alcance un acuerdo conciliatorio en los términos indicados en este documento, efectuando los reconocimientos de hecho y comprometiéndose al pago y medidas que aquí se expresan.

IV. Pago a beneficio fiscal

En atención a lo establecido en las presentes bases de conciliación, y sin reconocer responsabilidad alguna, con el solo propósito de dar término anticipado al presente juicio, dentro de los 30 días hábiles siguientes a que quede firme la resolución del H. Tribunal que apruebe la presente conciliación, Falabella se compromete a pagar a beneficio fiscal la suma de 1.700 (mil setecientas) Unidades Tributarias Anuales.

Versión de trabajo: confidencial

V. Compromisos adicionales de Falabella

Falabella se obliga a reforzar sus programas de cumplimiento en materia de libre competencia ya existentes, incluyendo explícitamente, dentro de sus objetivos, la adopción de medidas destinadas a prevenir casos de *interlocking*, y que satisfaga los requisitos establecidos en la “*Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*”, elaborada por la FNE, de junio de 2012, durante al menos 5 años.

Adicionalmente, la empresa se obliga a publicar, durante el periodo de un año, y de fácil visualización, el texto de esta conciliación en su sitio web: <https://investors.falabella.com>.

Falabella da cuenta de que el señor Hernán Alberto Büchi Buc renunciará a su cargo de director en Falabella, dentro de los 30 días hábiles siguientes a que quede firme la resolución del H. Tribunal que apruebe la presente conciliación.

Finalmente, Falabella declara y representa: que no contratará a don Hernán Büchi Buc en carácter de asesor o en otra posición que fuere asimilable a la de un ejecutivo relevante conforme a los criterios de la FNE en el Requerimiento de autos.

VI. Cautela de la libre competencia

El presente acuerdo conciliatorio tiene por objeto cautelar la libre competencia y refleja los criterios utilizados por la FNE para perseguir el ilícito de *interlocking* horizontal descrito en el artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211. Estos criterios, en apreciación de la FNE, tienen por finalidad cumplir con el objetivo de la referida prohibición, esto es, evitar: riesgos de flujo de información entre competidores, lo que podría facilitar un actuar coordinado entre los agentes aún sin un acuerdo explícito; la configuración de prácticas concertadas o acuerdos colusorios, además de la posibilidad de que los desvíos sean identificados y corregidos de mejor modo; y, la disminución de la incertidumbre propia de la competencia, debilitando su intensidad.

Versión de trabajo: confidencial

VII. No reincidencia

La FNE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del DL 211, no considera que este acuerdo conciliatorio ni el pago al cual se obliga Falabella pueda constituir una causal de reincidencia, en virtud de lo cual no invocará este acuerdo conciliatorio ni el referido pago en la determinación de la multa que pudiera llegar a solicitarse en eventuales futuros Requerimientos en contra de ella.

VIII. Confidencialidad previa a aprobación del H. TDLC

En caso de no ser aprobadas las presentes Bases, la FNE y Falabella se obligan a mantenerlas en carácter confidencial y a no revelar su contenido, salvo que por norma legal o disposición de la autoridad competente deban hacerlo. Asimismo, se obligan a no invocar ni en este ni en ningún otro proceso el hecho de haber existido esta propuesta de acuerdo conciliatorio o sus cláusulas, pues es su intención que nadie obtenga ni provecho ni perjuicio alguno por causa de haberse convenido este instrumento. La confidencialidad rige para este documento y su contenido durante el período previo a la aprobación de estas Bases.

IX. Costas

Cada parte pagará sus costas.