



Recurso de reclamación.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cristián Gandarillas Serani, abogado, en representación de **Itaú Corpbanca**, en los autos acumulados a la causa caratulada "**Banco BICE con Banco Estado**", rol C-323-2017, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo, y conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 27 del Decreto Ley N°211 ("DL 211"), interpongo recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva de fecha 21 de agosto de 2020, rectificadora por resolución de 25 de agosto pasado y notificada a esta parte el 26 de agosto del presente año, mediante la cual el H. Tribunal rechazó las demandas deducidas en autos en contra de Banco del Estado de Chile ("Banco Estado").

Solicito conceder la presente reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que dicho Excmo. Tribunal, conociendo del recurso, lo acoja y en definitiva declare que se acogen las demandas en contra de Banco Estado en los términos en ellas solicitados, con costas, por las consideraciones de hecho, de derecho y económicas que pasaré a exponer.

La sentencia dictada por el H. Tribunal incurre en una serie de graves errores que causa graves perjuicios al banco Itaú Corpbanca y a los demandantes, a la libre competencia en general y al negocio bancario en particular.

Estos graves errores serán expuestos a lo largo de esta presentación, pero desde ya valga enunciar los siguientes:

En primer lugar, la sentencia recurrida incurre en graves vicios formales, como lo es la vulneración del principio de congruencia, pues pese a tener por parte en el proceso al Itaú Corpbanca como tercero coadyuvante y reconocerle expresamente un interés actual y de haber participado del mismo, rindiendo prueba documental, haber adjuntado un informe económico del prestigioso profesor y académico don Jorge Tarziján, de haber formulado observaciones a la prueba y de haber participado en los alegatos en la causa, en las 79 páginas de la sentencia, el H.

Tribunal menciona solo un par de veces al Banco Itaú Corpbanca y lo hace solo para señalar que se hizo parte y se tuvo por tal, pero en ninguna parte se refiere a la prueba que rindió, si se le aplicó o no la prescripción y las demás razones para rechazar sus pretensiones. Es más, en la parte resolutive de la sentencia ni siquiera se hace mención a mi representado, nada se dice acerca de su pretensión, ni para aprobarla ni para rechazarla; sencillamente la omite por completo. Este solo hecho determina que la sentencia deba ser revocada y enmendada conforme a Derecho.

En segundo lugar, la sentencia hace una incorrecta aplicación de la prescripción extintiva, por al menos seis motivos:

- (i) Porque lo imputado por los demandantes y el Banco Itaú Corpbanca no es "*la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias*" sino que la negativa a ajustar sus tarifas a las actuales condiciones económicas y de costos, y dicha conducta solo comenzó a ejecutarse una vez concluido el proceso de auto regulación a principios de 2016.
- (ii) Porque el cobro de la tarifa abusiva por Banco Estado se mantiene hasta hoy, es decir, se trata de una infracción que se ejecuta en forma permanente y no ha cesado pese a que no encuentra ningún sustento económico en la práctica, lo cual atenta contra la propia jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema.
- (iii) Porque incluso si se hubiere completado el plazo de prescripción -cuestión que rechazamos- ello produciría efecto en cuanto a la imposición de sanciones, mas no respecto del cese de la conducta ilícita. En otras palabras, la eventual prescripción podría implicar la ausencia de multa para Banco Estado, pero no podría legitimar para siempre una conducta ilegal. La prescripción no es un modo de adquirir el derecho a violar la ley.
- (iv) Porque si entendiéramos que el razonamiento del H. Tribunal es correcto, se estaría sentando una jurisprudencia muy peligrosa para el desarrollo de la libre competencia en nuestro país, puesto que la mayoría de las acciones nacerían prescritas. Así bastaría que exista un contrato que establezcan ciertas condiciones para que ellas no puedan modificarse, por mucho que se hayan tornado ilegales con el transcurso del tiempo.
- (v) Porque la prescripción como la aplica el H. Tribunal en la sentencia comprende una contradicción insalvable dentro de la misma sentencia,

pues por una parte afirma su competencia para conocer de relaciones contractuales entre privados que puedan resultar atentatorias contra la libre competencia, y luego niega el uso de dicha facultad afirmando que la facultad de cobrar esos precios no puede ser controvertida porque se encuentra consagrada en un contrato suscrito válidamente entre las partes.

- (vi) Porque la sentencia vulnera flagrantemente las normas de la sana crítica por la violación del principio de no contrariedad en que incurre el H. Tribunal al momento de fundar el inicio del plazo de la prescripción desde la celebración del contrato de partícipe en circunstancias que la conducta que ampararía dicho contrato sigue ejecutándose en la actualidad y porque no existe una explicación lógica dentro de la sentencia que permita al H. Tribunal distinguir entre la celebración de los contratos de partícipe y los efectos de la conducta que estos supuestamente ampararían.

En tercer lugar, la sentencia del H. Tribunal yerra al momento de determinar el mercado relevante, señalando que éste sería el de las cuentas bancarias y no el de las transferencias electrónicas bancarias, con lo cual no solo desvirtúa los antecedentes agregados al proceso y la evidencia económica acompañada al mismo, sino que pasa a llevar su propia jurisprudencia y la de la Excm. Corte Suprema. Es un manifiesto error concluir que, por el hecho de que las transferencias electrónicas de fondos sean un *servicio inherente* a las cuentas bancarias y que los bancos compiten en la provisión de esas cuentas para lograr captaciones del público, el mercado relevante sería el de las cuentas bancarias y no el de las transferencias electrónicas de fondos. La conducta imputada a Banco Estado se refiere a este último mercado; es en él donde Banco Estado cobra una tarifa abusiva y no en la provisión de cuentas a sus clientes.

Este grave error del H. Tribunal en determinar el mercado relevante comprende también una infracción formal al principio de congruencia, en cuanto no valora la prueba rendida en el proceso, la pondera erradamente y además se aleja de una definición de mercado relevante que puede sustentarse en la evidencia agregada al proceso y en las alegaciones y defensas de las partes.

De igual manera, vulnera la sana crítica en especial las máximas de la experiencia y la lógica en cuanto éstas permiten concluir que el mercado de las cuentas bancarias, incluyendo las cuentas corrientes y las vistas, no es el mismo que el de

las transferencias bancarias. En uno se capta dinero o presta dinero, en el otro se hacen transferencias entre bancos con el objeto de contribuir a la cadena de pagos. Los costos, la infraestructura, las inversiones para poder realizar una y otra actividad son completamente distintos.

En cuarto lugar, la sentencia recurrida efectúa un análisis incorrecto para descartar la existencia de una posición dominante de Banco Estado, por una serie de razones que ahondaremos más adelante, pero que en resumidas cuentas son las siguientes:

- (i) Porque estima que pese a la elevada participación de mercado, definida en un contexto de un mercado relevante que es claramente más amplio al verdadero, la sentencia le reconoce a Banco Estado una participación de mercado del 57,3% medido en volumen de cuentas bancarias (4,6 veces al banco que le sigue, que tiene el 12,3% del volumen de cuentas) y aun así concluye que no sería dominante, por una serie de factores a los que me referiré posteriormente.
- (ii) Porque pese a lo elevado de la participación de Banco Estado, en los hechos su participación es aún mayor, si consideramos el mercado de las cuentas vista llegando a un 70,1% del total de las cuentas vista (12,9 millones de cuentas, de las cuales 10,3 millones corresponden a la Cuenta RUT).
- (iii) Porque un actor con esos niveles de participación de mercado no es libre para cobrar una tarifa que no sea de mercado, que es francamente abusiva, excesiva y determinada sin sujetarse a parámetros objetivos y razonables fundados en costos.
- (iv) Porque la sentencia descarta en forma incorrecta la existencia de barreras de entrada, apartándose de la realidad y de las normas de la lógica y las máximas de la experiencia. Las barreras de entrada son muchas y evidentes y ni siquiera el Banco Estado negó su existencia, por lo que mal podría hacerlo el H. Tribunal.
- (v) Porque la sentencia no considera las ventajas competitivas que fortalecen la posición dominante de Banco Estado derivadas de la Cuenta Rut y de sus características especiales que la distinguen de las demás cuentas vista y que hacen inviable que los demás bancos las repliquen, y la explotación abusiva del Banco Estado de esta situación.

- (vi) No se considera que los efectos de red fortalecen la posición dominante de Banco Estado, y desconoce que en las transferencias electrónicas no existen economías de escala relevantes; los costos de las transferencias electrónicas son exactamente los mismos entre un banco y otro, sea grande, mediano o pequeño; y no existe ninguna razón económica para que Banco Estado cobre a un banco tres veces lo que cobra a otro por exactamente el mismo servicio (y hasta 10 veces más que las tarifas que todos los demás bancos cobran por el mismo servicio).

El efecto concreto de esta suma de graves errores termina validando una tarifa abusiva y discriminatoria que aplica Banco Estado a Itaú Corpbanca y que es varias veces más cara que la que Banco Estado cobra a otros bancos; y varias veces más cara que el costo efectivo que implica una transferencia electrónica, cuyo costo marginal es casi cero.

El efecto final es que un banco más pequeño no podrá disputar la posición de Banco Estado, porque el H. Tribunal en definitiva está aceptando que los bancos pequeños deban pagar mucho más que los bancos grandes por un servicio que es exactamente el mismo, lo cual atenta a todas luces contra la libre competencia y la posibilidad de hacer más eficiente y justo este mercado.

I.

ANTECEDENTES GENERALES

I.1. Las demandas y las conductas imputadas a Banco Estado

Este juicio se inició con una demanda de Banco BICE en contra de Banco Estado, en la cual se imputó al demandado un abuso de posición dominante consistente en el cobro de precios discriminatorios por la recepción de transferencias electrónicas de fondos que tienen como origen las cuentas de los clientes del demandante y como destino las cuentas de los clientes de Banco Estado, particularmente las de aquellos que son titulares de la denominada "Cuenta RUT".

Las transferencias electrónicas son de tres clases: transferencias electrónicas de créditos en línea ("TEF"), transferencias electrónicas de créditos masivos diferidos

(“Batch de Créditos”) y transferencias electrónicas de débitos diferidos (“Batch de Débitos”).

Según la demanda de Banco BICE, Banco Estado tiene una posición dominante en el mercado de los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias, en el cual ostenta un 61% de participación de mercado en términos de ingresos y un 41% en cuanto al volumen de las transacciones. En la demanda se explica que Banco Estado opera el 100% del segmento conformado por las Cuentas RUT, las cuales tienen particularidades que las distinguen de otras cuentas -como las cuentas vista ofrecidas por los bancos privados- y se ofrecen bajo costo por Banco Estado. Las características particulares de la Cuenta RUT, unidas a la conducta desplegada por Banco Estado, transforman a éste en receptor neto de transferencias electrónicas.

Lo anterior es reforzado por el hecho de que se trata de una industria de redes y que cada banco tiene poder monopólico respecto de las transferencias que reciben sus clientes, lo que confiere a Banco Estado una posición dominante en el mercado de los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias. Dicha posición dominante ha permitido al demandado incurrir en la conducta abusiva de discriminación de precios.

Banco BICE señaló que Banco Estado le cobra una tarifa tres veces mayor a la que cobra a otros bancos (los bancos más grandes) por exactamente el mismo servicio, sin que existan justificaciones económicas que expliquen la diferencia. El abuso queda demostrado porque el costo de recibir una transferencia es el mismo - independiente de si proviene de un banco grande o pequeño- y no existen economías de escala que expliquen la diferencia. La discriminación de precios conlleva una desventaja competitiva para Banco BICE e implica una barrera para que los competidores de Banco Estado entren al mercado o puedan crecer dentro de él.

En razón de ello, el demandante solicitó: (i) declarar que Banco Estado ha infringido las normas del artículo 3° del DL 211; (ii) ordenar el cese de la conducta anticompetitiva; (iii) ordenar que el demandado sujete el cobro por la recepción de transferencias electrónicas bancarias a criterios objetivos, generales, uniformes y no discriminatorios; (iv) imponer una multa de 11.000 Unidades Tributarias Anuales a Banco Estado, o aquella distinta que determinase el H. Tribunal; y (v) condenar en costas al demandado.

Posteriormente, Banco Security y Banco Internacional también interpusieron demanda en contra de Banco Estado, imputando el mismo ilícito -discriminación de precios- en base a consideraciones similares a la demanda de Banco BICE (causas rol C-324-2017 y C-325-2017).

Con fecha 21 de agosto de 2017, Scotiabank Chile ("Scotiabank") también dedujo demanda en contra de Banco Estado (causa rol C-327-2017), en la cual imputó el ilícito de discriminación de precios en términos similares a los ya señalados, agregando que la conducta del demandado además es abusiva porque constituye un cobro de precios excesivos. Según Scotiabank, Banco Estado cobra una tarifa excesiva en comparación con los costos efectivos del servicio prestado, con lo cual eleva los costos de sus rivales y les extrae rentas monopólicas para financiar sus instalaciones que no tienen ninguna relación con el servicio prestado.

El 19 de octubre de 2017, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile S.A. ("BBVA")¹ también demandó a Banco Estado por el cobro que éste efectúa por la recepción de transferencias electrónicas bancarias (causa rol C-331-2017). En concepto de BBVA, la conducta de Banco Estado constituye un abuso de posición dominante consistente en el cobro de precios excesivos y discriminación de precios. Además configura un empaquetamiento anticompetitivo de la Cuenta RUT con las transferencias electrónicas, mediante el cual el demandado incurre en un apalancamiento para extraer rentas de sus competidores y así financiar la Cuenta RUT, la cual es ofrecida bajo costo.

En síntesis, las conductas imputadas por los demandantes a Banco Estado son las siguientes:

- a) Discriminación de precios: Banco Estado discrimina en el cobro que efectúa a sus competidores por la recepción de las transferencias electrónicas, dado que cobra una tarifa sustancialmente distinta por un servicio que es idéntico, sin que existan razones objetivas -razones de costo o economías de escala- que justifiquen que por un mismo servicio se cobre hasta el triple a un banco en comparación con otro²;

¹ Según es de público conocimiento, durante este juicio se produjo la fusión por absorción entre Scotiabank y BBVA, lo cual fue informado al H. Tribunal el 9 de abril de 2019, de modo que el primero sucedió al segundo en todos sus derechos y obligaciones, operando una sucesión procesal.

² Esta conducta es imputada, en términos similares, por todos los demandantes.

- b) Precios excesivos: algunos demandantes³ alegan que el cobro que efectúa Banco Estado por recibir las transferencias electrónicas es excesivo en consideración a la tarifa cobrada por todos los demás bancos por idéntico servicio y a los costos efectivos del servicio prestado, sin que existan razones objetivas (vgr. eficiencia o innovación) que justifiquen el cobro de una tarifa que carece de cualquier razonabilidad económica; y
- c) Empaquetamiento anticompetitivo: también se imputa a Banco Estado⁴ el hecho de ofrecer conjuntamente la Cuenta RUT y las transferencias electrónicas de fondos mediante una estrategia que transforma al demandado en un receptor neto de transferencias electrónicas, ya que no cobra por la Cuenta RUT pero sí cobra a sus clientes que efectúan transferencias electrónicas. Así, Banco Estado ofrece un producto bajo sus costos -la Cuenta RUT, que opera con pérdidas- con lo cual apalanca su posición en el mercado de las transferencias electrónicas y evita la entrada y el crecimiento de sus competidores, los cuales se ven en la necesidad de pagar las tarifas que cobra el demandado.

Con fecha 4 de octubre de 2018 Itaú Corpbanca se hizo parte como tercero coadyuvante de los demandantes. De esta manera, mi representada hizo suyas las pretensiones de todos los demandantes⁵ y, para todos los efectos, asumió como propias las imputaciones de los tres tipos de conductas ilícitas en contra de Banco Estado: discriminación de precios, precios excesivos y empaquetamiento anticompetitivo de la Cuenta RUT con las transferencias electrónicas de fondos. El H Tribunal tuvo por parte a Itaú Corpbanca mediante resolución de fecha 24 de octubre de 2018, pese a la oposición de Banco Estado. Esta resolución se encuentra firme.

I.2. Defensas de Banco Estado

Al contestar las demandas⁶, Banco Estado cuestionó tanto el proceso de auto regulación tarifaria iniciado por los demás bancos en 2015 -a través del cual el cobro por las transferencias se redujo considerablemente para lograr una tarifa eficiente y

³ Específicamente se trata de Scotiabank y BBVA, actualmente fusionados.

⁴ Esta conducta solo es imputada por BBVA, actualmente fusionado con Scotiabank.

⁵ En este sentido, se ha dicho que los derechos del tercero coadyuvante "una vez reconocida su calidad de tal, consisten, fundamentalmente, en los mismos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común" (Mario Casarino Viterbo, "Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1967, pág. 53).

Cita sobre terceros coadyuvantes.

⁶ Escritos de fechas 31 de octubre de 2017 (contestación de las demandas de Banco BICE, Banco Security, Banco Internacional y Scotiabank) y 5 de diciembre de 2017 (contestación de la demanda de BBVA).

ajustada al costo del servicio- como la decisión de los actores de deducir las demandas de autos⁷.

Banco Estado sostuvo que las tarifas por las transferencias electrónicas bancarias fueron acordadas contractualmente hace más de 20 años. Al respecto, señaló que las tarifas interbancarias habrían sido pactadas en un anexo del respectivo "Contrato de Partícipe" de cada banco con el antiguo Centro Electrónico de Transferencias⁸, el cual contemplaba: (i) una tarifa base diferenciada, dependiendo del tamaño del banco (UF 0,01 para los bancos grandes, UF 0,02 para los bancos medianos y UF 0,03 para los bancos pequeños); y (ii) una tarifa adicional que se cobraría al banco originador de la transacción, en caso de que no tuviere sucursal en la plaza o comuna de destino de dicha transacción⁹. Según Banco Estado, la demanda implicaría desconocer lo pactado e imponer en forma coordinada una tarifa a Banco Estado.

Banco Estado también se defendió alegando que cumpliría un rol "bancarizador" que beneficiaría a los demandantes, ya que les ahorraría el costo de "completar" las transferencias electrónicas a través de su liquidación en efectivo. Por lo tanto, el desbalance transaccional que lo transforma en receptor neto de transferencias electrónicas no obedece a una conducta ilegítima, sino que sería una mera consecuencia de su rol bancarizador.

En cuanto al mercado relevante, Banco Estado sostuvo que el mercado del producto consistiría en "las transferencias electrónicas de fondos, las que comprenden distintas operaciones que originen cargos de dinero en cuentas bancarias, esto es, el envío, recepción, la liquidación en efectivo, etc"¹⁰. Según Banco Estado, el mercado relevante del producto incluiría no sólo a las transferencias de fondos, sino también las operaciones posteriores a éstas, incluyendo los trámites para que el receptor pueda liquidar en efectivo el dinero transferido a su cuenta. En cuanto al mercado geográfico, Banco Estado concordó en que es todo el territorio nacional.

En base a lo anterior, Banco Estado opuso las siguientes defensas:

⁷ Respecto de lo primero alegó que dicho proceso desconoció la realidad comercial de Banco Estado, el cual habría sido presionado para adherir a una estructura tarifaria que habría sido definida por los propios bancos privados. Respecto de lo segundo acusó una supuesta "actuación coordinada".

⁸ El Centro Electrónico de Transferencias ("CET") es el antecesor del actual Centro de Compensación Automatizado ("CCA").

⁹ Según el mismo fallo recurrido, esta "tarifa comercial adicional nunca se aplicó" (Cons. 22°).

¹⁰ Página 42 de la contestación de demanda deducida por BBVA.

- a) Incompetencia absoluta del H. Tribunal, fundada en que el presente litigio obedecería a una simple disputa contractual de carácter privado;
- b) En subsidio, prescripción extintiva, porque las conductas imputadas se remontarían a la suscripción de los respectivos contratos de partícipe en 1996, momento en que se habrían fijado las tarifas interbancarias cuestionadas, o bien al año 2006 cuando surgió la Cuenta RUT. Así, no existiría ningún hecho imputado que hubiere ocurrido el 1 de enero de 2016 y que no hubiere estado ocurriendo desde 1996 (celebración de los contratos de partícipe) o desde 2006 (surgimiento de la Cuenta RUT), con lo cual habrían transcurrido más de 3 años entre el inicio de ejecución de la conducta y la interposición de las demandas de autos;
- c) En subsidio, falta de concurrencia de los requisitos para calificar la conducta de Banco Estado como abuso de posición dominante. En este sentido, el demandado negó tener una posición dominante y rechazó las imputaciones de precios discriminatorios, precios excesivos y empaquetamiento anticompetitivo.

II.

LA SENTENCIA

II.1. Discriminación de precios imputada por los bancos Bice, Security, BBVA y Scotiabank

Respecto de las imputaciones de discriminación de precios de los bancos BICE, Security, BBVA y Scotiabank, este H. Tribunal acogió la excepción de prescripción extintiva de Banco Estado y por esa razón rechazó sus demandas, sin pronunciarse sobre el fondo de las conductas imputadas.

Al respecto, la sentencia impugnada señaló que “las tarifas interbancarias que cobra Banco Estado están pactadas en los contratos de partícipe bilaterales que cada banco firmó con el CCA”¹¹.

En cuanto a las fechas en que las tarifas empezaron a aplicarse, la sentencia expresa que: (i) “la tarifa interbancaria pactada en los contratos de partícipe para

¹¹ Considerando 56°.

las transferencias *batch* de crédito se aplicó desde su suscripción¹², esto es, el 15 de julio de 1996 para el banco Scotiabank, el 7 de agosto de 1996 para el banco BICE, el 2 de enero de 2001 para el banco Security y el 30 de abril de 2001 para el banco BBVA; (ii) que estas tarifas “continuaron rigiendo para las TEF”¹³, es decir, el origen de éstas correspondería a la suscripción de los contratos de partícipe; y (iii) que las tarifas para las transferencias *batch* de débito “fueron establecidas por el Comité de Normas del CCA el año 1999”¹⁴, aunque luego señala que fueron acordadas el “6 de junio de 2000”¹⁵.

Según el H. Tribunal, las tarifas se mantuvieron inalteradas desde entonces y Banco Estado “se limitó a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración” de los contratos de partícipe en las fechas señaladas¹⁶. Debido a que “el cobro de las tarifas interbancarias no puede aislarse del establecimiento de la cláusula o estipulación contractual que permite hacerlo y que establece los valores de las tarifas respectivas”¹⁷, el H. Tribunal estimó que las conductas imputadas a Banco Estado se entienden “ejecutadas” en el instante de la celebración de los contratos de partícipe y no al momento de efectuar el cobro de las tarifas¹⁸.

En razón de lo anterior, el H. Tribunal concluye que “debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo, que no es otro que el de la celebración del respectivo contrato de partícipe y sus respectivas adiciones, y es desde ese momento que debe entenderse ejecutada la conducta”¹⁹.

Dado que entre la suscripción de los contratos de partícipe y la notificación de las demandas en que se imputa discriminación de precios transcurrió un plazo superior a “dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre

¹² Considerando 57°.

¹³ Considerando 67°.

¹⁴ Considerando 59°.

¹⁵ Considerando 67°.

¹⁶ Considerando 62°.

¹⁷ Considerando 63°.

¹⁸ “Que, en efecto, no corresponde, como pretenden las demandantes, confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se despliegan en un momento determinado del tiempo se entienden ejecutadas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan” (Considerando 64°).

¹⁹ Considerando 65°.

competencia”²⁰, el H. Tribunal estimó que las acciones en contra de Banco Estado estaban prescritas.

La sentencia impugnada también sostuvo que desde la creación de la Cuenta Rut en 2007 se ha producido una “asimetría y desbalance transaccional en beneficio de Banco Estado”²¹, el cual ha aumentado su cuota de mercado, posibilitando así el despliegue de las conductas imputadas. Así, “es plausible argumentar que las condiciones para interponer la demanda de autos se habrían cumplido desde el momento en que Banco Estado crea la Cuenta Rut y, por lo tanto, desde ese momento debe comenzar a computarse el plazo de prescripción, a saber, 2007”²². Sin embargo, en ese caso “el plazo de prescripción igualmente habría transcurrido”²³.

Por lo tanto, todas las imputaciones de discriminación de precios fueron rechazadas por prescripción, aun cuando la conducta de Banco Estado se sigue ejecutando hoy.

II.2. Discriminación de precios imputada por Banco Internacional y empaquetamiento imputado por BBVA

Dado que las tarifas cobradas por Banco Estado al Banco Internacional sólo fueron conocidas por éste en enero de 2016 (fecha en que se empezó a emitir las facturas por la recepción de transferencias electrónicas), el H. Tribunal entendió que la infracción atribuida a Banco Estado “constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo”²⁴. Por lo tanto, aun cuando Banco Internacional suscribió el respectivo contrato de partícipe con el CCA el 1 de abril de 2009, “el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la demandada hubiera cesado en la aplicación de las tarifas cuestionadas”. Así, el H. Tribunal estimó que la acción para reclamar por esta infracción no estaba prescrita.

En cuanto a la acusación de BBVA de empaquetamiento de las transferencias electrónicas con la Cuenta Rut, atendido que dicha conducta comenzó a ejecutarse en 2007 (con posterioridad a la suscripción del contrato de partícipe respectivo), el

²⁰ Artículo 20 inciso tercero del DL 211, vigente hasta el 13 de julio de 2009. Con esa fecha se publicó la Ley N°20.361, que aumentó a tres años el plazo de prescripción de las acciones para perseguir este tipo de conductas.

²¹ Considerando 69°.

²² Considerando 71°.

²³ Considerando 72°.

²⁴ Considerando 81°.

H. Tribunal también entendió que “constituye una actividad continuada” que no ha cesado y, por ende, “el plazo de prescripción de la acción no ha transcurrido”²⁵.

En consecuencia, el H. Tribunal sólo se pronunció sobre el fondo de las imputaciones de discriminación de precios del Banco Internacional y empaquetamiento anticompetitivo de BBVA. Con respecto a estas conductas la sentencia reclamada desechó las demandas, fundamentalmente, porque estimó que Banco Estado no tiene una posición dominante en el mercado relevante. Dado que la existencia de una posición dominante es necesaria para incurrir en la conducta de abuso de posición dominante, en ausencia de dicha posición no era posible que Banco Estado hubiera podido cometer la infracción imputada.

En lugar de determinar que el mercado relevante del producto corresponde al de los *servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias*, como lo definieron los demandantes²⁶, o como el mercado de las *transferencias electrónicas de fondos, las que comprenden distintas operaciones que originen cargos de dinero en cuentas bancarias, esto es, el envío, recepción, la liquidación en efectivo, etc.*, según la definición de Banco Estado²⁷, el H. Tribunal estimó que el mercado relevante del producto “corresponde a las cuentas bancarias, esto es, cuentas corrientes y cuentas vista, y las transferencias electrónicas constituyen uno de los servicios que se adscriben a dichas cuentas”²⁸.

Es decir, el H. Tribunal se apartó de la definición de mercado relevante de las partes y entendió que no está constituido por las transferencias electrónicas de fondos ni por los medios de pago, sino que se refiere a las mismas cuentas bancarias. Ello obedecería a que el negocio bancario consiste fundamentalmente en la oferta de servicios financieros relacionados con captaciones y colocaciones²⁹, y que para lograr captaciones de dinero los bancos compiten en la provisión de cuentas corrientes y cuentas vista a clientes finales³⁰. Dado que las transferencias electrónicas serían un “servicio inherente”³¹ a las cuentas bancarias (cuentas corrientes y cuentas vista), el mercado relevante no se podría circunscribir al de las

²⁵ Considerando 87°.

²⁶ En general los demandantes definieron el mercado relevante como los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias. BBVA agregó el mercado de la Cuenta RUT, que opera como un mercado conexo.

²⁷ Contestación de Banco Estado (fojas 434). Posteriormente Banco Estado modificó su definición de mercado relevante y sostuvo que éste correspondería a “los medios de pago interbancarios, dentro del cual se encuentran, por ejemplo, los cheques y los vales vista” (observaciones a la prueba de Banco Estado, fojas 4931).

²⁸ Considerando 113°.

²⁹ Considerando 102°.

³⁰ Considerando 103°.

³¹ Considerando 106°. En el mismo considerando se señala que “las transferencias electrónicas son servicios que se encuentran inherentemente ligados a las cuentas bancarias en cuanto les permiten a los clientes tenedores de cuentas enviar y recibir dinero entre diferentes cuentas, ya sea propias o de terceros”.

transferencia electrónicas, “toda vez que dicho servicio está intrínsecamente unido a la existencia de las cuentas corrientes y cuentas a la vista que tiene cada banco”³².

En otras palabras, como las transferencias electrónicas de fondos serían inherentes a las cuentas bancarias, el mercado relevante del producto estaría configurado por éstas y no por los servicios de recepción de transferencias electrónicas.

Conforme a dicha definición de mercado relevante -que comprendería cuentas corrientes, cuentas vistas y la Cuenta Rut de Banco Estado- el demandado sería el líder del mercado, con una participación de mercado del 57,3% medido en volumen de cuentas³³.

A pesar de la alta participación de mercado de Banco Estado (57,3% incluso según esta amplia definición de mercado relevante), la sentencia reclamada sostiene que “ello solo constituye un indicio de su posible dominancia”³⁴, por lo que sería necesario analizar otros elementos tales como barreras de entrada, ventajas competitivas de Banco Estado y efectos de red en el mercado.

En cuanto a las barreras de entrada, la sentencia reclamada expresa que no existirían antecedentes para concluir que los requisitos de capital mínimo establecidos por la Ley General de Bancos para constituir un banco -UF 800.000- y los costos de apertura de sucursales e infraestructura sean de una entidad tal que “impidan o restrinjan la entrada de nuevos competidores al mercado nacional (...) desincentivando, por tanto, la entrada de nuevos bancos al mercado”³⁵.

También señala que no se apreciaría que Banco Estado “cuenta con ventajas competitivas por sobre el resto de los bancos”³⁶. Por el contrario, aun cuando reconoce que la Cuenta Rut podría no ser rentable, considerada en sí misma, la sentencia sostiene que “no existen barreras que impidan a los demás bancos de la plaza expandir su participación de mercado con productos de similares características” a la Cuenta Rut³⁷.

³² Considerando 113°.

³³ Considerando 122°. La sentencia establece que esa variable es la adecuada para medir la participación de mercado y no los saldos de dinero en las cuentas (Considerando 123°).

³⁴ Considerando 125°.

³⁵ Considerando 143.

³⁶ Considerando 144°.

³⁷ Considerando 147°.

En base a lo anterior, el H. Tribunal concluye que "Banco Estado no goza de una posición dominante, por cuanto existe probabilidad de entrada suficiente y oportuna al mercado de las cuentas bancarias y posibilidad de expansión por parte de las empresas incumbentes"³⁸.

Por último, en cuando a los efectos de red, la sentencia expresa que no constituyen una "barrera a la entrada que desincentive a los nuevos operadores, ni tampoco como una barrera para la expansión de los bancos incumbentes de menor tamaño"³⁹. Por el contrario, dado que el tamaño de la red de un banco pequeño - como los demandantes- es menor al tamaño de la red de un banco grande -como Banco Estado- los efectos de red justificarían el cobro de una tarifa mayor por parte del demandado: "Lo que ofrece un banco pequeño a Banco Estado como consecuencia de la interconexión es menor que lo que le ofrece un banco grande, por lo que resulta económicamente esperable que el resultado de las negociaciones por la tarifa de la interconexión sea más favorable para Banco Estado con el primero de ellos que con el segundo"⁴⁰.

Es decir, pese a que no existen economías de escala relevantes y los costos de las transferencias electrónicas son exactamente los mismos entre un banco y otro, el H. Tribunal termina validando que a los bancos demandantes se les cobre el triple que a un banco grande por el mismo servicio. Y a pesar de eso concluye que no habría barreras de entrada para desafiar a los bancos más grandes o para disputar la posición de Banco Estado.

Como veremos más adelante, la conclusión del H. Tribunal obedece a un análisis erróneo del mercado relevante, de sus características y de la posición de Banco Estado en él.

El resultado de ese incorrecto análisis es pernicioso y no hace sino mantener o aumentar la brecha entre los bancos pequeños (como Itaú Corpbanca) y los más grandes, dentro de los cuales destaca Banco Estado, el cual puede seguir cobrando por las transferencias electrónicas una tarifa que es manifiestamente abusiva.

³⁸ Considerando 151°.

³⁹ Considerando 163°.

⁴⁰ Considerando 167°.

III.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN

Según se señala a continuación, la sentencia reclamada incurre en una serie de errores o vicios que ameritan acoger el presente recurso de reclamación.

III.1. La sentencia incurre en un grave error formal porque no se pronuncia respecto de la intervención del banco Itau Corpbanca, ni analiza ni pondera la prueba rendida por este en el proceso.

Tal como señalamos al comienzo de esta reclamación, el banco Itaú Corpbanca compareció al proceso como tercero coadyuvante de los demandantes, y por tanto, hizo suyas todas las alegaciones deducidas por ellos. Así lo entendió el propio H. Tribunal al señalar en la resolución de fecha 24 de octubre de 2018, que admitió su comparecencia, lo siguiente: *“Se resuelve derechamente lo pendiente de la presentación de fojas 3367: a lo principal, ha lugar a lo solicitado, téngase como tercero coadyuvante de los demandantes al banco Itaú-Corpbanca, por cuanto el interés invocado por dicho banco dice relación con la libre competencia y con el ilícito imputado, y se condice con los argumentos e interés expuestos por las demandantes”*.

De esta forma, el banco Itau Corpbanca hizo suyas todas las peticiones formuladas por las demandantes, y por tanto, denunció las conductas ilícitas de (i) discriminación de precios; (ii) precios excesivos; y (ii) empaquetamiento anticompetitivo, y tal como lo disponen los artículos 23 y 16 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra habilitado para formular las alegaciones que estime pertinente y rendir la prueba que estime conducente a la defensa de su interés legítimo. De hecho, el Banco Itaú Corpbanca, desde su comparecencia al proceso tuvo un rol activo en el mismo, rindiendo prueba documental, acompañando un informe económico del respetado académico don Jorge Tarzizán, formulando observaciones a la prueba y compareciendo y participando de los alegatos de la causa, en los que solicitó que se acogieran las demandas en contra del Banco Estado, se pusiera cese a las conductas ilícitas del mismo, se sujetare el cobro por la recepción de transferencias electrónicas bancarias a criterios objetivos, generales, uniformes y no discriminatorios y se procediera a sancionar al Banco Estado con una multa a beneficio fiscal por su responsabilidad infraccional.

Sin perjuicio de lo anterior, en las 79 páginas de la sentencia, el H. Tribunal menciona solo un par de veces al Banco Itaú Corpbanca y lo hace solo para señalar que se hizo parte y se tuvo por tal, pero en ninguna parte se refiere a la prueba que rindió, si se le aplicó o no la prescripción y las demás razones para poder rechazar su pretensión. Es más, en la parte resolutive de la sentencia ni siquiera hace mención acerca de su pretensión, ni para aprobarla ni para rechazarla; sencillamente la omite por completo.

El tercero coadyuvante tiene un interés actual en el juicio, y le afecta lo resuelto en la sentencia por expresa disposición del artículo 24 del Código de Procedimiento Civil haciéndole oponible los efectos de la sentencia al igual que a las partes directas del proceso.

Bajo este aspecto, la sentencia reclamada incurre en un serio error que determina su nulidad por atentar contra el principio de congruencia en cuanto obliga al tribunal a pronunciarse respecto de todas las pretensiones hechas valer en el juicio y las pruebas rendidas en él respecto de todos los intervinientes, sea como partes directas o como terceros coadyuvantes. En este caso la sentencia omite por completo la situación del Banco Itaú Corpbanca, incurriendo en una omisión insalvable que determina la nulidad de la sentencia.

En efecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que: *“El principio de congruencia se basa en diversos fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. Primeramente, busca vincular a las partes y al juez y al debate y, por tanto, conspira en su contra la falta del necesario encadenamiento de los actos que lo conforman, a los que pretende dotar de eficacia. Por tanto, se trata de un principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, al mismo tiempo que cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso. Sustancialmente, se refiere a la correspondencia que ha de existir entre la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que las partes hayan expuesto oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales agregados al proceso. “Si bien la doctrina enfatiza los nexos que han de concurrir entre las pretensiones sostenidas por el actor y la sentencia, tal vinculación resulta de la misma importancia tratándose de la oposición, la prueba y los recursos, encontrando su mayor limitación en los hechos, pues aunque el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, ello no aminora la exigencia según la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones,*

alegaciones y defensas que las partes han sostenido en el pleito, pues si bien no está vedado al juez añadir razonamientos diferentes e incluso contradictorios a los sustentados en una demanda, estas nuevas razones deben respetar el fundamento de la pretensión, entendida como aquel conjunto de hechos del cual se desprende la tutela pedida. Así, el razonamiento justificativo que haga el juez, por muy libre que pueda ser, debe desprenderse de la cuestión misma que se debate.(Hunter Ampuero, *lv n. Iura Novit Curia en la Jurisprudencia Civil Chilena. Revista de derecho (Valdivia), 23(2), P g. 197-221*)⁴¹.

Esta misma infracción se puede construir desde la óptica de la infracción del artículo 26 del Decreto Ley 211 en cuanto obliga al H. Tribunal a fundar la sentencia “*debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia*”, respecto de las pretensiones hechas valer por las partes y sus distintas alegaciones, excepciones y pruebas rendidas en el proceso. Una sentencia que omita consideración y pronunciamiento respecto de un legítimo interviniente en el proceso y sus pretensiones, es nula por falta de resolución del asunto controvertido respecto de ella y por falta de fundamentación al omitir las consideraciones de hecho, de derecho y económicas que llevaron a rechazar sus pretensiones.

A mayor abundamiento las normas sobre los requisitos propios de toda sentencia judicial contenidas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil se le hacen aplicable al H. Tribunal y a las sentencias que dicte en cuanto el artículo 28 del Decreto ley 211 le hace expresamente aplicable en forma supletoria las normas del Libro I del Código de Procedimiento Civil.

III.2. La sentencia hace una incorrecta aplicación de la prescripción extintiva

Respecto de las imputaciones de discriminación de precios de los bancos BICE, Security, BBVA y Scotiabank, el H. Tribunal declaró que Banco Estado “se limitó a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración”⁴² de los contratos de partícipe y que “debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo, que no es otro que el de la celebración del respectivo contrato de partícipe y sus respectivas adiciones, y es desde ese momento que debe entenderse ejecutada la conducta”⁴³. Pese a que

⁴¹ Excma. Corte Suprema. Causa N° 15.062-2018, (Civil) Casación Forma y Fondo.

⁴² Considerando 62°.

⁴³ Considerando 65°.

los cobros se mantienen hasta hoy, el H. Tribunal acogió la excepción de prescripción de Banco Estado, sin pronunciarse sobre el fondo de las conductas ilícitas imputadas en las demandas.

Lo anterior es incorrecto, por distintas razones.

En primer lugar, porque lo imputado por los demandantes y el Banco Itaú Corpbanca no es "la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias", el cual se remonta a 1996 en los casos más antiguos, cuando aún no existían las transferencias electrónicas.

Sin embargo, basta leer las demandas para apreciar que lo imputado a Banco Estado no es la celebración de los contratos de partícipe sino que la negativa a ajustar sus tarifas a las actuales condiciones económicas y de costos⁴⁴.

Dicha conducta -negativa a ajustar sus tarifas conforme a una tarifa eficiente en base al costo efectivo- recién comenzó a ejecutarse una vez concluido el proceso de auto regulación a principios de 2016.

El hecho de que no se ha reclamado contra la celebración de los contratos de partícipe queda reafirmado porque las condiciones actuales son muy distintas a las de 1996; eso sí se menciona en las demandas. Cuando se celebraron los contratos de partícipe Banco Estado no era dominante y hoy sí lo es; en esa época Banco Estado no era receptor neto de transferencias y hoy sí lo es; en 1996 ni siquiera existía la Cuenta Rut y no habían nacido las TEF; y en definitiva, los costos del servicio y las condiciones del mercado no eran los de hoy. Actualmente no existe ninguna razón que permita sostener un cobro diferenciado de las TEF entre los bancos, ni menos en los términos en que se hace por el Banco Estado. El costo de escuchar una operación es el mismo sin importar el tamaño del banco receptor de la orden.

⁴⁴ Vgr. pág. 16 de la demanda de Banco BICE ("Contrariando la conducta que tuvo respecto del procedimiento de fijación tarifaria asociado a los cajeros automáticos, Banco Estado se negó a adherirse a las nuevas tarifas, insistiendo en cobrar precios desactualizados y que superan con creces los costos de proveer el servicio"); págs. 16 y 17 de la demanda de BBVA ("Banco Estado, llamado a suscribir los referidos acuerdos, se negó a ello (...) el demandado no aceptó la propuesta de autorregulación a la que sí se sujetaron los restantes bancos y sigue cobrando a esta fecha a mi representada una tarifa por transferencias electrónicas interbancarias de 0,0205 UF, pese a que ha quedado claro que la misma carece de toda razonabilidad en los costos, y que discrimina arbitrariamente entre bancos grandes, medianos y pequeños (...) Con los referidos comportamientos ha explotado y abusado de su posición de dominio, y afectando tanto la eficiencia como el bienestar de los consumidores").

Así lo declaró expresamente un testigo: *"en el 96' existía mayor manualidad. Por lo tanto, había más intervención de personas, teníamos equipo para poder disponibilizar esos fondos, por lo tanto, además del costo tecnológico, habría que agregarle el costo del equipo. En la medida en que ha ido pasando el tiempo, los procesos se han ido automatizando, por lo tanto, tienen menor dependencia de personas y en función de eso también ha ido variando el costo. Lo que valía antes hacer una transacción, de lo que vale ahora (...) desde el punto de vista de transacción interbancaria, de lo que genera el recibir o el enviar, ha bajado"*⁴⁵.

En el mismo sentido, el testigo don Francisco Letelier Balocchi declaró que *"donde puede haber una reducción relevante es en el costo del hardware, hoy en día es cosa de comparar el teléfono que uno tenía hace 10 años atrás, un teléfono mucho más básico, con menos poder de cómputo, con los servidores que es donde viven estos sistemas pasa algo muy parecido. Cubrir esa demanda con un servicio de hace 15 años atrás, era mucho más caro que cubrir ese servicio, demanda me refiero de llamado de transferencias, ese costo es algo que ha decrecido fuertemente, y no es muy distinto a los computadores que nos tocan a todos comprar, son las mismas proporciones (...) y también si nos vamos ya a los costos medios de operar estos sistemas, los costos medios han decrecido fuertemente, los costos de enlace han bajado, uno también va implementando más controles que requieren menos personas que estén verificando esto, en términos conceptuales, el software se mantiene y todos los otros costos han decrecido fuertemente, ya sea porque el servicio es más barato o comprar ese producto es más barato y también por el crecimiento, crecimiento en ese sentido diluye también el costo medio o costo marginal de una transacción"*⁴⁶.

Don Marcelo Clemente declaró a su vez: *"En el tiempo, el costo por transacción ha ido bajando, ya que con la misma infraestructura se procesa un número mayor de transacciones"*⁴⁷.

Queda claro, entonces, que las condiciones del mercado hace más de 20 años no eran las mismas de hoy⁴⁸. Por eso, es incorrecto sostener que lo imputado a Banco Estado sería la celebración de los contratos de partícipe y, en base a ello, acoger la excepción de prescripción.

⁴⁵ Declaración de la testigo doña Paola Reyes Hoyuelos, agregada a fojas 2447 (pág. 37).

⁴⁶ Acta de fojas 2561, pág. 28.

⁴⁷ Acta de fojas 1950, págs. 13-14.

⁴⁸ En el mismo sentido, en el informe de don Guillermo Paraje y Manuel Willington agregado a fojas 4.320 se concluye que "el hecho de que el volumen de las transferencias haya aumentado tan fuertemente y que los costos de la tecnología sean decrecientes en el tiempo, hacen que el costo medio de las transferencias se haya reducido fuertemente" (pág. 22).

Al resolver que lo cuestionado sería la celebración del contrato respectivo, el H. Tribunal se aparta gravemente del mérito del proceso y el fallo viola el principio de congruencia, que ya hemos descrito exhaustivamente con anterioridad porque esa no fue la conducta imputada a Banco Estado. En los hechos el H. Tribunal varía la discusión ventilada en autos y se pronuncia sobre algo distinto a lo planteado y discutido, no resolviendo el asunto controvertido, sino que uno distinto.

En segundo lugar, porque el cobro de la tarifa abusiva por Banco Estado se mantiene hasta hoy, es decir, se trata de una infracción que se ejecuta en forma permanente y no ha cesado pese a que no encuentra ningún sustento económico en la práctica.

Conforme a la jurisprudencia del propio H. Tribunal, aun cuando la conducta reprochada sea consecuencia de un acuerdo previo, *"el cómputo del plazo comienza a correr solo una vez que se concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada"*⁴⁹, lo que hace necesario *"determinar cuándo habría ocurrido el último acto material de la conducta reprochada"*⁵⁰. En otro caso el H. Tribunal resolvió que *"mientras permanezca la voluntad común de sostener el acuerdo debe entenderse que éste está siendo ejecutado -esto es, debe necesariamente entenderse que tal acuerdo aun existiría- y que, por lo tanto, no habría empezado a correr a favor de quien eventualmente lo hubiere cometido el plazo de prescripción extintiva que fuere aplicable"*⁵¹. En ese mismo sentido se ha resuelto que la conducta *"se entenderá ejecutada, para efectos de la prescripción a que alude el artículo 20 del D.L. N° 211, una vez que haya cesado dicho uso o difusión"*⁵², ya que una cosa es la conducta misma y otra son los efectos de la misma.

De este modo, la sentencia reclamada desatiende el hecho de que la conducta de Banco Estado es permanente y se ejecuta día a día. Además, contradice la jurisprudencia del propio H. Tribunal, ya que en otros casos se ha fallado que la prescripción para reclamar en contra de una conducta ejecutada en forma permanente, bajo el amparo de un acuerdo ilícito previo, empieza a correr una vez que cesa de ejecutarse.

⁴⁹ Sentencia N°141/2014, Considerando 71°

⁵⁰ Ibid., Considerando 72°.

⁵¹ Sentencia N°133/2014, Considerando 42°.

⁵² Sentencia 126/2012, Considerando 9°.

Este mismo criterio es el que se aplica en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador, en que se ha fallado, por ejemplo, que *“la facultad otorgada a la Superintendencia de Pensiones para aplicar multas a un infractor caduca al cabo de cuatro años contados desde que hubiere ‘terminado’ de cometerse el hecho penado, expresión que pone de relieve la circunstancia que la conducta sancionada tiene el carácter de una infracción permanente o, al menos, de ejecución compleja, de lo que se colige que sólo al momento en que su existencia fue advertida y, por ende, sólo cuando la misma fue subsanada (en este caso por instrucciones de la reclamada) se puede entender que aquella ha ‘terminado’, de modo que recién entonces comienza a correr el plazo alegado”*⁵³.

Lo anterior también se ha aplicado en otros ámbitos, por ejemplo, en relación con el plazo para recurrir de protección en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que se ejecutan en forma permanente. En este sentido, el criterio de la Excma. Corte Suprema es que el plazo para deducir el recurso se encuentra vigente cuando la conducta se ha *“verificado hasta el momento mismo de interposición del recurso de protección”*⁵⁴.

Es decir, cuando se trata de una conducta permanente, el plazo de prescripción empieza a correr con el cese de la conducta. Así lo ha fallado consistentemente el H. Tribunal y en este caso se apartó de sus propias decisiones previas y las del máximo tribunal de la República.

En tercer lugar, la sentencia incurre en una falta, porque incluso si se hubiere completado el plazo de prescripción -cuestión que rechazamos- ello produciría efecto en cuanto a la imposición de sanciones, mas no respecto del cese de la conducta ilícita. En otras palabras, la eventual prescripción podría implicar la ausencia de multa para Banco Estado, pero no podría legitimar para siempre una conducta ilegal. La prescripción no es un modo de adquirir el derecho a violar la ley.

El artículo 3° del DL 211 establece claramente la diferencia entre las medidas sancionatorias y las preventivas, correctivas y prohibitivas. En efecto, dicha norma prescribe que el que ejecute una conducta contraria a la libre competencia *“será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley”*, pero esa potestad sancionatoria es *“sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas”* que puedan disponerse respecto de dichos hechos. A su vez, el

⁵³ Excma. Corte Suprema, sentencia de 14 de noviembre de 2013, causa Rol N°7000-2012, Considerando Octavo.

⁵⁴ Excma. Corte Suprema, sentencia de 6 de agosto de 2018, causa Rol N°1402-2018.

artículo 26 inciso segundo del DL 211 distingue entre la potestad sancionatoria del H. Tribunal, como la de imponer multas⁵⁵, de la potestad de dictar medidas preventivas⁵⁶, correctivas⁵⁷ o prohibitivas⁵⁸.

El H. Tribunal tiene clara dicha distinción. Así lo resolvió en un caso en que acogió la excepción de prescripción, pero a la vez señaló que ello "no afecta sus atribuciones para adoptar medidas correctivas o prohibitivas -distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26º- con el objeto de evitar que los efectos perniciosos de las infracciones de que conozca se produzcan, incrementen o perpetúen en el tiempo, y ello porque, según lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211, tales sanciones se aplican 'sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso'"⁵⁹. Es más, atendido el interés público que existe en la defensa de la libre competencia, dichas potestades pueden ejercerse aun cuando el actor no pida la aplicación de medidas correctivas⁶⁰.

Lo que se pide al hacer cesar la conducta de Banco Estado y ordenarle sujetar sus a criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios es el ejercicio de facultades correctivas (hacer cesar la conducta) y preventivas (sujetarla a criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios); no de una potestad punitiva o sancionatoria. El fallo confunde dichas potestades al acoger sin distinción la excepción de prescripción. Y al hacerlo, viola el texto expreso del DL 211 y se contradice con la propia jurisprudencia del H. Tribunal.

Por lo tanto, al acoger la excepción de prescripción, lo que se termina haciendo es legitimar una conducta ilícita de Banco Estado, ya que, en concepto del H. Tribunal, sería imposible hacer cesar los cobros abusivos sin el consentimiento de esa misma

⁵⁵ Dicha norma establece: "En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: (...)

c) 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 (...).

⁵⁶ Tal sería el caso de la "modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos" a que se refiere la letra b) del mencionado artículo 26 inciso segundo.

⁵⁷ Es el caso de la letra a) de la norma citada, que permite: "Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley".

⁵⁸ Es el caso de la letra d) de dicha norma, que permite disponer la "prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada".

⁵⁹ Sentencia N°60/2007, Considerando 16°.

⁶⁰ "(...) la circunstancia de que el actor no hubiere solicitado la aplicación de medidas correctivas o prohibitivas no impide a este Tribunal adoptar aquellas que estime necesarias para el cumplimiento de su deber de resguardar la libre competencia en los mercados, al tenor de lo expresado por el artículo 2º del Decreto Ley N°211" (ibid., Considerando 17°).

entidad. Ello no puede ser aceptado por la Excma. Corte Suprema y amerita acoger la presente reclamación.

En cuarto lugar, si entendiéramos que el razonamiento del H. Tribunal es correcto, se estaría sentando una jurisprudencia muy peligrosa para el desarrollo de la libre competencia en nuestro país, puesto que la mayoría de las acciones nacerían prescritas. Así bastaría que exista un contrato que establezcan ciertas condiciones para que ellas no puedan modificarse, por mucho que se hayan tornado ilegales con el transcurso del tiempo. El H. Tribunal sencillamente no puede fundar el rechazo de esta demanda que establece cobros arbitrarios entre distintos actores por un mismo servicio en el *pacta sunt servanda* del derecho de los contratos. Un contrato no puede sostener ni amparar una conducta que deviene en ilegal o ilegítima.

En quinto lugar, la prescripción como la aplica el H. Tribunal en la sentencia comprende una contradicción insalvable dentro de la misma sentencia, pues por una parte afirma su competencia para conocer de relaciones contractuales entre privados que puedan resultar atentatorias contra la libre competencia, y luego niega el uso de dicha facultad afirmando que la posibilidad de cobrar esos precios, que no encuentra ninguna justificación en razones económicas o comerciales no puede ser controvertida porque se encuentra consagrada en un contrato suscrito válidamente entre las partes. El H. Tribunal confunde la forma con el fondo.

En efecto, en el **Considerando Cuadragésimo Cuarto** de la sentencia reclamada, el H. Tribunal rechaza la excepción de incompetencia por estimar: **“Que, al respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 18 N°1 del D.L. N° 211 otorga competencia a este Tribunal para conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que puedan constituir infracciones a dicho decreto ley, sin distinguir la fuente de la que provengan los eventuales atentados a la libre competencia.** En ese sentido, se ha resuelto que “este Tribunal tiene atribuciones para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia [...] el Decreto Ley N°211 contiene normas de orden público que afectan a todos los agentes del mercado, en todos los actos y contratos que ejecuten o celebren, de manera que la sola circunstancia de existir un contrato entre las partes, no supone que sus relaciones estén regidas exclusivamente por éste, sin consideración a lo preceptuado por la legislación de defensa de la libre competencia [...]” (Sentencia N° 53/2007, c° 17 y 18; en el mismo sentido, Sentencia N° 163/2018, c°3). **En consecuencia, la existencia de un contrato celebrado entre las partes del**

juicio llevado en esta sede no limita la competencia de este Tribunal para conocer los hechos objeto de las demandas, si estos pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en los mercados o tender a ello, en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211, el que señala expresamente que la afectación de la libre competencia se puede haber producido por un acto o convención”.

Sin perjuicio de lo anterior, luego de ello rechaza las pretensiones de las partes por estimar que lo pactado en los contratos es obligatorio para las partes, y que no es lícito ni propio desde el punto de la libre competencia discutir lo pactado entre las partes en forma libre y espontánea el año 1996. Aunque parezca increíble, aplica el principio *pacta sunt servanda* pese a que las condiciones del mercado han variado radicalmente, haciendo que los costos que se consideraron en un primer momento razonables (pese a que reconoce a que no se dilucidó cómo se pactaron en el proceso), ya no encuentran razonabilidad alguna en la actualidad. El cobro diferenciado ya no encuentra ninguna razón de ser en la actualidad, y es eso lo que se discute.

Así queda en evidencia del análisis de los siguientes considerandos:

- (i) **Considerando Sexagésimo:** “Que, establecido lo anterior, esto es, que la estructura tarifaria y sus valores se encuentran establecidas ab initio en los contratos de partícipe suscritos por Bice, Security, BBVA y Scotiabank y que dichos contratos y las condiciones relativas a las tarifas de las batch de débito acordadas por el Comité de Normas continúan vigentes, **se puede concluir que Banco Estado, al cobrar las tarifas a las demandantes, se limitó a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración de los Contratos**, incluyendo sus adiciones posteriores, como serían las tarifas de las batch de débito”.

- (ii) **Considerando Sexagésimo tercero:** “Que, para efectos de la prescripción de las acciones deducidas, el cobro de las tarifas interbancarias no puede aislarse del establecimiento de la cláusula o estipulación contractual que permite hacerlo y que establece los valores de las tarifas respectivas. En este sentido, la jurisprudencia en esta sede ha sostenido que: “En otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto,

cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones" (Sentencia N°118/2012, c. 16; Sentencia N° 126/2012, c. 15). (,,)

- (iii) **Considerando Sexagésimo cuarto:** "Que, en efecto, no corresponde, como pretenden las demandantes, confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se despliegan en un momento determinado del tiempo se entienden ejecutadas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan, tal como ha sido resuelto, por ejemplo, en la Sentencia N° 126/2012 (c. 15)";

Esta situación atenta nuevamente contra la congruencia de la sentencia por contener decisiones contradictorias, que dan cuenta de un razonamiento equivocado que permite arribar a una resolución carente de lógica, razón y sentido, y que atenta abiertamente contra la libre competencia.

En sexto lugar, la sentencia vulnera flagrantemente las normas de la sana crítica. La Excma. Corte Suprema ha definido a la sana crítica como: "*una forma de apreciar la prueba siguiendo los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, las cuales presentes en el razonamiento jurídico que hace el sentenciador conducen necesariamente a una determinada conclusión; de allí que resulte entonces necesario establecer si los juzgadores violentaron la lógica o las máximas de la experiencia en su análisis*"⁶¹.

En este caso en particular la infracción a la sana crítica se da por la violación del principio de no contrariedad en que incurre el H. Tribunal al momento de fundar el inicio del plazo de la prescripción desde la celebración del contrato de partícipe en circunstancias que la conducta que ampararía dicho contrato sigue ejecutándose en la actualidad, por períodos de tiempo mensuales, y sin que la conducta haya cesado. No existe además, una explicación lógica dentro de la sentencia que permita distinguir la razón que permitiría al H. Tribunal distinguir entre la celebración de los contratos de partícipe y los efectos de la conducta que estos supuestamente ampararían. ¿Cuál es la especial situación que lleva en este caso a abandonar la doctrina asentada por el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema de que la

⁶¹Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 869/2008, Considerando 10°.

prescripción se inicia desde que cesa el acto ilegal? De la lectura y análisis de la sentencia no se desprende razón lógica alguna.

Es más, si logra extraerse una razón, esta es derechamente errónea. Al tratar de justificar lo injustificable, el H. Tribunal en el Considerando Sexagésimo quinto, señala: *"Que lo anterior no contradice la jurisprudencia de este Tribunal en otras decisiones, en el sentido que existen infracciones de carácter permanente, que son aquellas cuya acción se prolonga en el tiempo y respecto de las cuales, mientras no cesen, no ha empezado a correr el plazo de prescripción. En el caso de autos, en cambio, debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo, que no es otro que el de la celebración del respectivo contrato de partícipe y sus respectivas adiciones, y es desde ese momento que debe entenderse ejecutada la conducta"*.

Basta una simple lectura de las demandas para poder darse cuenta que la conducta denunciada NO es la celebración de los contratos sino que el que cobro de tarifas arbitrarias, que no encuentra su razón de ser en los costos y la negativa de Banco Estado a ajustarlas, tal como lo han hecho todos y cada uno de los demás bancos de la plaza.

De esta misma forma, la sentencia vulnera las máximas de la experiencia, en la medida que tuerce un raciocinio lógico para poder aplicar una prescripción pese a que la conducta sigue vigente y se aplica hasta el día de hoy.

III.3. La sentencia hace una errónea definición del mercado relevante

Para determinar si una conducta es o no contraria a la libre competencia, es necesario analizar los efectos que produce en el mercado⁶². Para ello se debe definir el mercado relevante.

El H. Tribunal hace una definición incorrecta del mercado relevante del producto, ya que sostiene que el negocio bancario consiste en la oferta de servicios financieros relacionados con captaciones y colocaciones⁶³ y que, para lograr captaciones de dinero, los bancos compiten en la provisión de cuentas corrientes y cuentas vista a

⁶² Las infracciones *per se*, esto es, aquellas que son ilícitas sin importar sus efectos en el mercado, son una excepción en el derecho a la libre competencia.

⁶³ Considerando 102°.

clientes finales⁶⁴. Como las transferencias electrónicas de fondos serían un *servicio inherente* a las cuentas bancarias, la sentencia concluye que el mercado relevante estaría constituido por tales cuentas y no por el servicio de transferencias electrónicas de fondos.

La sentencia impugnada define incorrectamente el mercado relevante del producto y se aparta de la definición de todas las partes, incluso la de Banco Estado. El error queda en evidencia al considerar qué se entiende por mercado relevante, respecto de lo cual se ha señalado: *“El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*⁶⁵.

De esta definición se desprende que el mercado relevante está conformado por aquellos bienes o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles, atendidas sus características, precio o finalidad.

La definición del mercado relevante del fallo recurrido es incorrecta, sea que el mercado se analice desde la perspectiva de los clientes, sea que se analice desde la perspectiva de los bancos que originan y reciben las transferencias. De hecho, la definición del H. Tribunal en este caso se contrapone a la que el mismo tribunal ha dado en casos similares, según se expresa a continuación.

Desde la perspectiva de los clientes, una cosa es que éstos abran cuentas corrientes o cuentas vista para depositar su dinero -en este sentido, los bancos compiten por las captaciones- y otra distinta son las transferencias que las personas hacen para efectuar pagos.

El hecho de que los bancos compitan en la provisión de cuentas bancarias *“para lograr captaciones de dinero”*⁶⁶ no hace que el mercado relevante en este caso sea el de las cuentas bancarias. Las transferencias electrónicas de fondos cumplen una finalidad distinta -efectuar un pago a un destinatario determinado- y el servicio de recepción de una transferencia tiene un costo distinto al de la administración de una

⁶⁴ Considerando 103°.

⁶⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafo II.7. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=ES)

⁶⁶ Considerando 113°.

cuenta bancaria. Por eso el servicio de recepción de transferencias de fondos se paga aparte.

De hecho, existen muchas empresas que ofrecen el servicio de transferencias de fondos, tales como "Western Union", "Servipag" y "ChileExpress", las cuales no proveen el servicio de cuenta corriente o cuenta vista, tal como declaró el testigo don Jorge Díaz Vial a fojas 2.375 y 2.376⁶⁷. En el mismo sentido, el testigo don Francisco Letelier Ballochi declaró: *"Hay proveedores, por ejemplo como Western Union, que solo brindan ese servicio, transferencias nacionales como transferencias internacionales. Ese es un mercado. Otro mercado como lo entendemos nosotros es el mercado de las cuentas (...) Son mercados distintos porque como decía con anterioridad, son servicios que antes existían de forma disjunta, hay proveedores que brindan uno u otro servicio, por ejemplo mirando ejemplos internacionales uno mira una cuenta, que es lo equivalente a lo que podría ser una cuenta vista, hay cuentas vistas de prepago (...) también hay ejemplos locales, como han sido, cierto, una nueva empresa de BCI que es una cuenta match que permite hacer algo bastante similar a una cuenta vista pero con otros requisitos de apertura, un proceso bastante más eficiente y que permite transferir dinero electrónicamente"* (fojas 2.572).

Por ende, es un error identificar el mercado relevante de las cuentas bancarias con el de las transferencias de fondos. Ambos apuntan a necesidades distintas y tienen costos distintos. Por lo mismo, el servicio de transferencia de fondos -sea o no provisto por un banco- se remunera en forma separada⁶⁸.

La sentencia del H. Tribunal yerra al concluir que, por el hecho de que las transferencias electrónicas de fondos sean un *servicio inherente* a las cuentas bancarias y que los bancos compiten en la provisión de esas cuentas para lograr captaciones del público, el mercado relevante sería el de las cuentas bancarias y no el de las transferencias electrónicas de fondos. La conducta imputada a Banco Estado se refiere a este último mercado; es en él donde Banco Estado cobra una tarifa abusiva y no en la provisión de cuentas a sus clientes.

⁶⁷ Incluso existe el producto denominado "RedGiro", según el cual "usted puede ir a un cajero automático y hacerle una transferencia a otra persona y entregarle las claves para poder acceder en otro cajero automático" (declaración del testigo don Jorge Díaz Vial, fojas 2.376).

⁶⁸ De hecho, el mercado de las cuentas corrientes y las cuentas vista tampoco es el mismo. Se trata de productos que no son "sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos". Por ejemplo, en las cuentas corrientes, los bancos no pueden cobrar comisiones por los servicios de transferencias a otros bancos (sección 5 del Capítulo 2-2 de la RAN). En cambio, en las cuentas vista sí se permite efectuar cobros adicionales por la realización de transferencias electrónicas (secciones II.2.1 c) y 2.6 del capítulo 2-6 de la RAN). Además, las cuentas corrientes usualmente tienen asociada una línea de crédito y permiten girar cheques, lo que no ocurre con las cuentas vista. Se trata, por ende, de productos que pertenecen a mercados distintos.

Lo más grave es que la definición de mercado relevante del fallo impugnado se contradice con la definición del mismo H. Tribunal en casos similares. En efecto, en un caso en que se imputaron conductas abusivas en el mercado de los servicios de terminación de llamadas de telefonía fija a telefonía móvil *on-net*, el H. Tribunal distinguió claramente entre el mercado de los servicios de telefonía móvil y el de los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*: “Que, con relación al mercado relevante, es posible distinguir dos mercados que se encuentran relacionados: el mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*”⁶⁹.

De hecho, en ese caso el H. Tribunal estableció que *“para el consumidor son sustitutos todas aquellas soluciones tecnológicas o medios que les permitan acceder al servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* a un menor costo que pagando el cargo de acceso, lo que confirma que ambos servicios pertenecen al mismo mercado relevante ‘aguas abajo’”*⁷⁰. La conclusión del H. Tribunal fue clara en ese caso: *“Que, en consecuencia, para los efectos de esta causa, este Tribunal considera que el mercado relevante del producto es el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, conexo al mercado de servicios de telefonía móvil”*⁷¹.

Como puede observarse, el hecho de que ambos mercados estén relacionados -tal como ocurre con las cuentas bancarias y las transferencias electrónicas de fondos- no los transforma en un mismo mercado.

En este caso ocurre exactamente lo mismo, sin embargo, el H. Tribunal resolvió de manera distinta. Ello pone de manifiesto el error de la sentencia impugnada y no puede ser aceptado.

Por otra parte, desde la perspectiva de los bancos que originan y reciben las transferencias, la sentencia incurre en un error debido a que en las transferencias electrónicas de fondos los bancos no actúan como competidores. Por ende, es incorrecto lo señalado por el H. Tribunal en el sentido de que los bancos *“compiten entre sí en la provisión de cuentas corrientes y cuentas vista”*⁷². Eso significa que, cuando Itaú Corpbanca origina una transferencia electrónica que tiene como destino

⁶⁹ Sentencia N°88/2009, Considerando 28°. Esta sentencia -y la definición de mercado relevante- fue ratificada por medio de la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 7 de julio de 2010, dictada en causa rol N°8077-2009.

⁷⁰ Sentencia N°88/2009, Considerando 39°.

⁷¹ Sentencia N°88/2009, Considerando 43°.

⁷² Considerando 103°.

6281

la cuenta de un cliente de Banco Estado, el cobro de éste por recibir dicha transferencia lo hace en calidad de proveedor de un servicio y no en calidad de competidor.

Es más, el H. Tribunal no considera que Banco Estado es el único que puede prestar ese servicio a Itaú Corpbanca y éste no puede contratarlo con nadie más que el demandado. Ello obedece a que se trata de una industria de redes que requiere que los bancos estén interconectados, lo cual también fue reconocido por el H. Tribunal en un caso similar, respecto de la interconexión recíproca entre los distintos operadores de telecomunicaciones: *"Por otra parte, los servicios de este segundo grupo, si bien igualmente sólo pueden ser entregados por la empresa concesionaria a la cual se le solicita el servicio -y en ese sentido presentan las mismas características descritas en cuanto a condiciones de competencia- en su mayoría están asociados también a reciprocidad entre cada par de operadores, cada uno monopolístico respecto del otro. La particularidad de esta situación es que el resultado de equilibrio puede ser que cada uno cobre al otro el precio monopolístico para un determinado servicio, aumentándose mutuamente los costos y, en definitiva, llevando a que los precios a usuarios finales sean superiores"*⁷³.

El H. Tribunal prescinde por completo de las características de industria de red que existen en la especie, cuestión sobre la que volveremos más adelante. Para estos efectos, lo relevante es que cuando los bancos prestan el servicio de recepción de transferencias electrónicas, no lo hacen en calidad de competidores por las captaciones del público. Allí radica el error del fallo impugnado al definir el mercado relevante del producto.

Por lo tanto, la sentencia define incorrectamente el mercado relevante como el de *"las cuentas bancarias, esto es, cuentas corrientes y cuentas vista"*⁷⁴, siendo que corresponde al de los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias.

Tal como señala el informe económico de don Jorge Tarzijan, las transferencias electrónicas constituyen un mercado relevante en sí mismo: *"(...) las transferencias electrónicas interbancarias parecen tener un bajo grado de sustitución con otros servicios (los que tal como una transferencia, debiesen involucrar un cargo en una cuenta del banco originador y un abono en una cuenta del banco receptor). Su*

⁷³ Informe N°2/2009, 30 de enero de 2009, causa Rol NC 246-09, párrafo 128.

⁷⁴ Considerando 113°.

creciente uso, motivado por los cambios en la conducta del consumidor y la mayor importancia de la tecnología y digitalización en la oferta de servicios bancarios, así lo muestra. Por lo mismo, un banco que no ofrece dicho servicio estará en desventaja competitiva respecto de los demás bancos, lo que puede llevar a que un banco receptor neto de transferencias tenga incentivos a subir los precios cobrados por la recepción de éstas”⁷⁵.

Dicha incorrecta definición de mercado relevante tiene incidencia en lo dispositivo del fallo, ya que tiende a subestimar la posición dominante de Banco Estado en el mercado. En base a ello el H. Tribunal concluyó -incorrectamente- que Banco Estado carecería de una posición dominante en el mercado⁷⁶.

De haberse definido correctamente el mercado relevante del producto como el de los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias, la conclusión necesaria es que Banco Estado es el actor dominante en el mercado, además de que con el tiempo se transformó en un receptor neto de transferencias electrónicas. A modo de ejemplo, en cuanto a las transferencias electrónicas de fondos, a febrero de 2018 Banco Estado concentraba entre el 59% y el 61% de las transferencias recibidas, según consta en las páginas 26 a 28 del informe económico preparado por FK Consultores, agregado a fojas 2.828 y siguientes. A su vez, en términos de ingresos recibidos por las transferencias electrónicas, la participación de mercado de Banco estado se eleva entre el 69,5% y el 72,6% en igual período, según consta en las páginas 31 y 32 del mismo informe.

La Excma. Corte Suprema ha sido clara al fallar que una incorrecta definición del mercado relevante puede subestimar la participación de mercado del actor dominante, lo cual determina acoger el recurso de reclamación en contra de la sentencia del H. Tribunal⁷⁷.

Si a ello se agrega el hecho de que Banco Estado es el único con quien mi representada puede contratar el servicio de transferencia electrónica de fondos a

⁷⁵ Página 14 del informe económico denominado “Cobros por transferencias electrónicas interbancarias”, acompañado a fojas 4.352.

⁷⁶ Así lo hizo al acoger un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°161/2018 del H. Tribunal, por haber definido incorrectamente el mercado geográfico. La Excma. Corte declaró que “al determinar la participación con un mercado geográfico nacional, se subestima la posición en el mercado de VTR, al incluir las zonas en que la empresa no opera para establecer el promedio” (sentencia de 15 de mayo de 2019, causa Rol N°8313-2018, Cons. 18°).

⁷⁷ Por otra parte, en el documento denominado “Cuentas de depósito a la vista segregadas geográficamente”, preparado por la entonces Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y acompañado en el N°3 del escrito de fojas 757 y siguientes, consta que en julio de 2017 Banco Estado tenía un 70,1% del total de las cuentas vista (12,9 millones de cuentas, de las cuales 10,3 millones corresponden a la Cuenta RUT). Las características de las cuentas vista difieren de las cuentas corrientes (unas tienen asociada línea de crédito, cheques y otras condiciones que las otras no). Es decir, Banco Estado tiene una evidente posición dominante.

6282

los titulares de la Cuenta Rut y que estamos ante lo que se denomina *industria de redes*, la conclusión habría sido completamente opuesta a la del H. Tribunal.

Este grave error del H. Tribunal en determinar el mercado relevante comprende también una infracción formal al principio de congruencia, en cuanto no valora la prueba rendida en el proceso, la pondera mal y además se aleja de una definición de mercado relevante que puede sustentarse en la evidencia agregada al proceso y en las alegaciones y defensas de las partes. No estamos diciendo que el H. Tribunal no se encuentre facultado para adoptar una concepción diferente de mercado relevante, sino que sí lo hace debe fundar su conclusión; cuestión que claramente aquí no hizo.

También la definición de mercado relevante vulnera la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, en cuanto es la fuerza de los hechos, lo que en términos procesales se denomina las máximas de la experiencia y la lógica lo que lleva a concluir que el mercado de las cuentas bancarias, incluyendo las cuentas corrientes y las vistas, no es el mismo que el de las transferencias bancarias. En uno se capta o presta dinero, en el otro se hacen transferencias entre bancos con el objeto de contribuir a la cadena de pagos. Los costos son distintos, la infraestructura requerida es distinta, la mano de obra requerida es distinta, las inversiones para poder realizar una y otra son distintas, etc. Son muchas más las diferencias que las similitudes.

III.4. La sentencia hace un erróneo análisis para descartar la posición dominante de Banco Estado

Además de definir en forma incorrecta el mercado relevante del producto, la sentencia recurrida efectúa un análisis incorrecto para descartar la existencia de una posición dominante de Banco Estado.

La regla general es que toda empresa que provee bienes o servicios es libre para decidir las condiciones bajo las cuales contrata. Sin embargo, esa regla se invierte cuando un actor es dominante en el mercado.

Una empresa que goza de posición dominante o poder de mercado ve limitada su capacidad para pactar libremente las condiciones bajo las cuales contrata con terceros. Tal como reconoce la sentencia recurrida, *“la doctrina y jurisprudencia comparada señalan que los agentes económicos dominantes tienen un deber de comportamiento respecto del proceso competitivo o como lo ha denominado la*

*jurisprudencia comparada, una 'responsabilidad especial'*⁷⁸ de que su conducta no entorpezca la libre competencia.

Es decir, si bien por regla general una empresa es libre para pactar las condiciones de venta de sus bienes o servicios, dicha libertad es limitada por el derecho de la libre competencia si es que tiene una posición dominante o goza de poder de mercado, puesto que tales condiciones pueden afectar la competencia efectiva en el mercado. Por lo tanto, una empresa dominante no puede cobrar una tarifa abusiva o discriminatoria.

De ahí que, al descartar la posición dominante de Banco Estado, la sentencia del H. Tribunal en definitiva está validando una tarifa abusiva.

Respecto de la posición dominante, en la Unión Europea se entiende que ésta consiste en *"la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores"*⁷⁹.

La jurisprudencia nacional ha establecido que empresas con una alta participación de mercado (sobre el 70%) gozan de una posición dominante⁸⁰ y que *"cuotas de mercado superiores al 50% dan al menos indicativas de una posición de dominio en el mercado"*⁸¹; también ha señalado que, bajo ciertas circunstancias, una empresa incluso con un 28.8% de participación en el rubro de los supermercados goza de *"poder de mercado (...) respecto de sus proveedores"*⁸².

Pese a definir en forma incorrecta el mercado relevante, la sentencia le reconoce a Banco Estado una participación de mercado del 57,3% medido en volumen de

⁷⁸ Considerando 89°.

⁷⁹ Comunicación de la Comisión, "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes", pág. 5, párrafo 10. Véase también Caso 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission* [1978] ECR 207, párrafo 65; y Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, párrafo 38.

⁸⁰ Sentencia N°90/2009 ("Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A."); Sentencia N°88/2009 ("Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A."); Sentencia N°55/2007 ("Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A."); Sentencia N°47/2006 ("Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A."); y Resolución N°15/2006 ("Consulta de la FNE sobre contrato de franquicia de Socofar S.A.").

⁸¹ Sentencia N°164/2018, Cons. 36°. En el mismo sentido, el H. Tribunal ha fallado que "en el mercado europeo cuotas entre 50% y 70% dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia" (Sentencia N°151/2016, Cons. 66°).

⁸² Sentencia N°65/2008 ("Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A."), considerando 102°.

cuentas bancarias (4,6 veces al banco que le sigue, que tiene el 12,3% del volumen de cuentas) y aun así concluye que no sería dominante, por una serie de factores a los que me referiré a continuación.

Hacemos presente que esa participación de mercado está subestimada, incluso en el evento de que el mercado relevante fuese el de las cuentas bancarias y no el de los servicios de recepción de transferencias electrónicas, ya que en ese caso no podría considerarse que las cuentas corrientes y las cuentas vistas sean parte de un mismo mercado relevante (no se trata de productos "sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos")⁸³. Si se considerara que el mercado relevante fuere el de las cuentas vista, en julio de 2017 Banco Estado tenía el 70,1% del total de las cuentas vista (12,9 millones de cuentas, de las cuales 10,3 millones corresponden a la Cuenta RUT)⁸⁴.

Es decir, bajo cualquier perspectiva, el fallo define el mercado relevante en forma incorrecta y ello conduce a subestimar la participación de Banco Estado en el mismo.

III.4.1. Se descarta en forma incorrecta la existencia de barreras de entrada

La sentencia reclamada descarta la existencia de barreras de entrada en el mercado de las cuentas bancarias. En concepto del H. Tribunal, "*existe probabilidad de entrada suficiente y oportuna al mercado de las cuentas bancarias y posibilidad de expansión por parte de las empresas incumbentes*"⁸⁵.

Dicho análisis es incorrecto y se aparta de la realidad y de las normas de la lógica y las máximas de la experiencia. De hecho, ni siquiera Banco Estado negó la existencia de barreras de entrada, ya que éste se limitó a decir que los incumbentes le podrían disputar su participación de mercado. Así consta en el Considerando 138° de la sentencia.

Es decir, el H. Tribunal se aparta incluso de la postura de Banco Estado para negar la existencia de barreras de entrada.

⁸³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafo II.7.

⁸⁴ "Cuentas de depósito a la vista segregadas geográficamente", preparado por la entonces Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y acompañado en el N°3 del escrito de fojas 757 y siguientes.

⁸⁵ Considerando 151°.

Incluso si el mercado relevante fuese el de las cuentas bancarias -y no el de los servicios de recepción de transferencias electrónicas de fondos, como sostiene esta parte- la evidencia demuestra que existen barreras de entrada significativas, que hacen difícil la entrada de nuevos competidores.

Se ha entendido que las barreras de entrada son *"aquellas características del mercado que otorgan ventaja a las empresas incumbentes respecto de sus competidores potenciales, retardando o haciendo más costoso el ingreso de estos últimos, y permitiendo a las primeras el ejercicio de poder de mercado durante un período de tiempo determinado"*⁸⁶.

En el caso de la industria bancaria, la Ley General de Bancos exige un capital mínimo de UF 800.000 para la creación de un banco⁸⁷, tal como reconoce la sentencia recurrida, a lo cual se suman exigencias regulatorias respecto de la estructura societaria⁸⁸, garantías, patrimonio y comportamiento de los accionistas fundadores⁸⁹⁻⁹⁰, cumplimiento normativo, etc.

A estas barreras legales se agregan los costos hundidos referidos a una serie de inversiones necesarias para contar con una red de sucursales, sistemas informáticos, desarrollo de marca y otros que son difícilmente recuperables en caso de que la empresa entrante abandone el mercado⁹¹.

Además, existen barreras estratégicas, entre las cuales está la propia conducta de Banco Estado de ofrecer su Cuenta Rut bajo su costo (la cuenta es deficitaria), pero apalancándola a través del cobro de tarifas excesivas por la recepción de

⁸⁶ "Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales", Fiscalía Nacional Económica, octubre 2012, pág. 15. Esta guía fue dejada sin efecto por razones procedimentales, pero su contenido sustantivo sigue siendo aplicado por la Fiscalía Nacional Económica.

⁸⁷ Artículo 50: "El monto del capital pagado y reservas de un banco no podrá ser inferior al equivalente de 800.000 unidades de fomento".

⁸⁸ Artículo 27, incisos primero y segundo: "Las empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la presente ley.

Para la creación de un nuevo banco, los accionistas fundadores deberán presentar un prospecto a la Comisión. Este documento deberá ser acompañado de un plan de desarrollo de negocios para los primeros tres años de funcionamiento".

⁸⁹ Vgr. artículo 27, incisos cuarto y quinto: "Los accionistas fundadores de una empresa bancaria deberán constituir una garantía igual al diez por ciento del capital de la sociedad proyectada, mediante un depósito a la orden del Presidente de la Comisión en alguna empresa bancaria fiscalizada por la Comisión.

Dichos accionistas fundadores estarán obligados a depositar en alguna de las empresas bancarias fiscalizadas por la Comisión y a nombre de la institución en formación los fondos que reciban en pago de suscripción de acciones. Estos fondos sólo podrán girarse una vez que haya sido autorizada la existencia de la sociedad y que entre en funciones su Directorio. Los accionistas fundadores serán personal y solidariamente responsables de la devolución de dichos fondos y su responsabilidad podrá hacerse efectiva sobre la garantía a que se refiere el inciso anterior".

⁹⁰ Véase también el artículo 28.

⁹¹ "Informe de archivo en investigación de fusión de Banco Corpbanca con otro actor del mercado nacional" de fecha 25 de junio de 2014, Fiscalía Nacional Económica, expediente Rol F 23-2013.

6284

transferencias electrónicas, las cuales se extraen de sus competidores⁹². Bajo ese esquema, es improbable que un nuevo entrante pueda desafiar la posición de Banco Estado, ya que requeriría de una gran base de clientes para contrarrestar la calidad de receptor neto de transferencias que tiene el demandado.

Complementando este punto, el testigo don Jorge Fantuzzi declaró que *"la barrera a la entrada más importante, que por lo menos nosotros encontramos, se refiere a la cantidad de cuentas vista, que son las cuentas RUT de Banco Estado (...) si alguien quisiera desafiar la cantidad de transacciones que recibe Banco Estado, tendría que tener un número importante de cuentas vista, cuentas corrientes, y eso no es económicamente factible, de hecho el mismo Banco Estado lo dice en una nota en La Tercera, entonces lo que encontramos nosotros es que simplemente no se puede desafiar la cantidad de transacciones que recibe Banco Estado y que por lo tanto tiene una posición de dominio"*⁹³.

Ello demuestra que es muy improbable la entrada de un nuevo actor que pueda desafiar la posición de un banco como Banco Estado; incluso la de otros bancos.

Tanto es así, que los controladores del BBVA en 2017 decidieron vender ese banco a Scotiabank, enfrentados a la imposibilidad de crecer en el mercado. Es un hecho público y notorio que la venta de BBVA a Scotiabank se debió a las dificultades del primero de crecer orgánicamente y disputar la posición de los bancos más grandes. A modo de ejemplo, se señaló respecto de BBVA que *"en Chile se ha encontrado que los cinco grandes copan más del 75% del mercado, y en los 30 años en el país no ha podido romper este esquema. Su cuota de mercado es del 7%"*⁹⁴.

En otra publicación se mencionó *"Que la cuota de mercado que mantenía BBVA en Chile (de poco más de un 7%, muy por debajo de otros países de la región) preocupaba a los responsables del banco no era ningún secreto. El propio consejero delegado del grupo, Carlos Torres, reconocía en febrero de este año en una entrevista al periódico chileno Pulso que no estaban 'satisfechos' con la penetración*

⁹² Así lo reconoce Banco Estado en su Memoria del año 2014: "las tarifas asociadas al uso de CuentaRUT se fijaron en 2006, cuando nació el producto, y no se han modificado desde esa fecha, lo que implica una reducción de 27% en términos reales. Los cobros asociados a su uso cubren solo una parte de los costos de los servicios prestados. Sin estos cobros, BancoEstado tendría que asumir el costo total del uso de CuentaRUT, lo que no es abordable dada la masividad del producto. Más importante, sin los incentivos al comportamiento que entregan las tarifas -que hacen que los usuarios se vuelquen hacia canales de atención más eficientes, el producto no sería viable".

⁹³ Acta de declaración testimonial de fojas 3.091, pág. 10.

⁹⁴ "¿Por qué BBVA se va de la 'Alemania latinoamericana'?", disponible en: https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/bbva-vende-chile-latinoamerica_522887_102.html

del banco en el mercado del país sudamericano, y confiaba al canal digital las posibilidades futuras de ganar terreno”⁹⁵.

La ausencia de nuevos entrantes y la salida de un actor relevante del mercado han sido consideradas por el propio H. Tribunal como evidencia de barreras de entrada⁹⁶. Sin embargo, en este caso la sentencia concluye que no habría barreras de entrada, lo cual es contrario a la evidencia empírica y a las propias decisiones previas del H. Tribunal. Además, si no hubiera barreras de entrada, difícilmente podría explicarse que Banco Estado pueda mantener en el tiempo el cobro de las tarifas que sigue cobrando por recibir las transferencias electrónicas de fondos, y que resultan abiertamente excesivas y no fundadas en costos y aspectos comerciales y económicos.

En este sentido, la conclusión del informe de FK Consultores es clara en cuanto a que *“resulta difícil que, dada la estructura actual del mercado, un competidor -ya sea entrante o incumbente- dispute los ingresos que actualmente está obteniendo Banco Estado por la recepción de transferencias electrónicas”*⁹⁷.

La sentencia dice que no habría barreras de entrada y coloca como ejemplo al Banco Falabella, el cual habría tenido *“un crecimiento cercano al 850% en la venta de cuentas vista durante los últimos 10 años”*⁹⁸. Sin perjuicio de que el caso de Falabella no es comparable al de los demás bancos -su negocio financiero nació asociado al crédito para las ventas de *retail*- la sentencia omite mencionar que **Banco Estado no le cobra a Banco Falabella por la recepción transferencias electrónicas**⁹⁹. Es decir, el ejemplo de Banco Falabella demuestra lo contrario de lo que señala la sentencia recurrida, ya que el banco que ha podido crecer es

⁹⁵ “¿Nueva estrategia? La posible salida de BBVA de Chile sorprende al sector”, disponible en: <https://www.expansion.com/empresas/banca/2017/09/03/59ac1cd5468aeb0c0d8b459e.html>

⁹⁶ Así ocurrió en la resolución que rechazó la fusión entre D&S y Falabella, que señaló que “en años recientes no ha ingresado, ni a la vez logrado permanecer y consolidarse, ninguna cadena de supermercados con posibilidad de desafiar la posición de Cencosud y D&S. Y ello, a pesar del evidente dinamismo de crecimiento que en tal periodo ha experimentado esta industria en Chile. El último ingreso de una cadena relevante fue el caso de la francesa Carrefour, que abandonó el país a inicios del 2004, luego de seis años sin lograr alcanzar una participación significativa de mercado, siendo finalmente adquirida por D&S” (Resolución N°24/2008, párrafo 106).

⁹⁷ Página 40 del informe acompañado a fojas 2.828.

⁹⁸ Considerando 146°.

⁹⁹ En los documentos exhibidos por Banco Falabella y cuya versión pública fue agregada conforme al certificado de fojas 3.984, consta que Banco Falabella no ha celebrado contrato con Banco Estado y en el documento N°12.1 de dicha exhibición (agregado a fojas 3.883) consta que Banco Estado no le paga ninguna tarifa por las transferencias electrónicas de fondos. Si se trata de una tarifa “simétrica” (como argumenta Banco Estado), entonces quiere decir que Banco Falabella tampoco paga tarifa alguna a Banco Estado, lo que es consistente con lo señalado en el informe económico de don Claudio Sapelli, acompañado en el N°17 del escrito de fojas 757 y siguientes, en el cual consta que los “bancos nuevos” no han celebrado acuerdos bilaterales, razón por la cual realizan transferencias electrónicas de fondos “sin pagarle a los bancos receptores” (pág. 14).

6285

precisamente aquel al que Banco Estado no le cobra por la recepción de transferencias electrónicas.

Lo anterior no hace sino ratificar la existencia de una barrera de entrada derivada de una conducta estratégica de Banco Estado, además de la discriminación en que incurre el demandado.

De esta forma, la sentencia reclamada hace un análisis parcial e incorrecto de las barreras de entrada, las cuales son evidentes en el segmento bancario.

En cuanto a la recepción de transferencias electrónicas, también existen barreras de entrada que no fueron consideradas por el H. Tribunal. Por una parte, las características de este mercado hacen imposible que un banco se niegue a efectuar transferencias electrónicas y obliga a que todos los bancos estén interconectados, confiriendo un poder monopólico a cada banco respecto de las transferencias en su propia red.

Así se concluye en el informe de don Jorge Tarzijan: *"De esta manera, en un contexto donde cada banco requiere ofrecer el servicio de transferencia electrónica interbancaria a sus clientes, un banco receptor podría tener incentivos a cobrar un precio algo mayor por ellas, y el banco originador tendría que pagar dicho precio. Así, cada banco receptor de transferencias tiene algún poder de mercado respecto de los posibles bancos originadores"*¹⁰⁰. A la misma conclusión llegan los economistas don Guillermo Paraje y Manuel Willington¹⁰¹.

Por otra parte, la conducta estratégica de Banco Estado, que ofrece su Cuenta Rut bajo costo¹⁰² pero la financia con los cobros por las transferencias desde otros bancos, lo termina transformando en un receptor neto. De hecho, en su Memoria Anual de 2016, Banco Estado reconocía que en los últimos 10 años la cantidad de

¹⁰⁰ Página 13 del informe económico denominado "Cobros por transferencias electrónicas interbancarias", acompañado a fojas 4.352.

¹⁰¹ Informe de don Guillermo Paraje y Manuel Willington agregado a fojas 4.320: "Cada uno de estos bancos es monopolista en la provisión de este servicio, pues el banco originador no puede contratar la terminación de la TEF con nadie más que con el banco escogido por la persona que recibirá la TEF".

¹⁰² De hecho, en la Memoria de 2015 de Banco Estado, acompañada bajo el N°4 del escrito de fojas 757, se menciona que: "Los cobros asociados a operaciones, que se fijaron en 2006 no han tenido cambios a la fecha. Por el contrario, han disminuido cerca de 25%. Además, el 65% de ellas son gratuitas, lo que deja claro que solo un porcentaje menor de sus costos son traspasados a los clientes. CuentaRUT genera una pérdida anual de US\$37 millones, precisamente debido a que las tarifas están congeladas y porque ha sido el banco el que ha asumido los mayores costos asociados a su uso en cajeros automáticos. BancoEstado trabaja para hacer sostenible este servicio fundamental para la gente, que puede administrar de forma segura su dinero, hacer transferencias, usar la red de cajeros automáticos y pagar usando el servicio de Redcompra. Su gratuidad absoluta amenazaría su continuidad, ya que son las ganancias obtenidas de las colocaciones habituales de crédito las que deben cubrir el déficit anual de este producto" (pág. 37).

Cuentas Rut había aumentado en 800%. Esa conducta estratégica constituye también una barrera de entrada y así ha sido considerado por las autoridades de defensa de la libre competencia, concluyendo que el efecto es el incremento de los costos a los competidores¹⁰³.

El caso del Banco Falabella es demostrativo de que la conducta estratégica de Banco Estado opera como una barrera estratégica. Además, a otros bancos les ha impuesto una tarifa a pesar de que no han acordado una tarifa con Banco Estado en el respectivo anexo del contrato de partícipe, como ocurre con el Banco Internacional y el banco HSBC¹⁰⁴.

A lo anterior se suman las barreras propias de la industria bancaria a que nos hemos referido, de modo que la conclusión de que no habría barreras de entrada carece de sustento.

En conclusión, pese a la evidencia de las barreras de entrada que existen en la industria, la sentencia las descarta y, en base a ello, concluye que Banco Estado no tendría una posición dominante.

También la definición de mercado relevante vulnera la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, en cuanto la conclusión de que no existen barreras de entrada se aparta abiertamente de las máximas de la experiencia y la lógica, puesto que la conducta de Banco Estado no ha podido ser cambiada por los demás bancos pese a las innumerables insistencias al respecto, y la evidencia económica que respalda los cambios de tarifa. Cuando hay un solo actor dentro de todo el mercado que se aparta de los estándares de la industria y se niega a hacer cambios, constituye un indicio de su poder de dominancia y de existencia de barreras que impiden que los demás actores desafíen su posición.

¹⁰³ "Comportamiento estratégico: Dentro de estas variables estratégicas analizadas por la FNE se pueden mencionar la (sobre) inversión en capacidad instalada o en marketing, la proliferación de marcas, acaparamiento de patentes, la existencia de cláusulas de no competencia y/o de exclusividad, los clubes de descuento o estrategias de fidelización de marca; la reputación de "competidor duro" como consecuencia de la aplicación de políticas agresivas de precios o de prácticas comerciales que, en general, tienen por efecto el incremento de los costos de los rivales" ("Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales", Fiscalía Nacional Económica, octubre 2012, pág. 16).

¹⁰⁴ Ello queda acreditado con los diversos documentos exhibidos por tales bancos, los cuales fueron puestos en conocimiento de las partes mediante resoluciones de fojas 3.509 y 3.526. En tales documentos consta que dichos bancos no suscribieron el respectivo anexo, sin embargo, Banco Estado les impuso la tarifa de UF 0,03 por las transferencias electrónicas.

III.4.2. No se consideran las ventajas competitivas que fortalecen su posición dominante de Banco Estado

La sentencia reclamada sostiene que no se apreciaría que Banco Estado “*cuenta con ventajas competitivas por sobre el resto de los bancos*”¹⁰⁵. Por el contrario, aun cuando reconoce que la Cuenta Rut podría no ser rentable, considerada en sí misma, señala que “*no existen barreras que impidan a los demás bancos de la plaza expandir su participación de mercado con productos de similares características*” a la Cuenta Rut¹⁰⁶.

Sin embargo, la sentencia no considera que la Cuenta Rut de Banco Estado tiene características especiales que la distinguen de las demás cuentas. Ello, sumado a la conducta estratégica de Banco Estado y a las características de la industria, le otorgan una ventaja competitiva que le permite incurrir en la conducta abusiva que se ha denunciado.

Itaú Corpbanca está sujeto a la regulación contenida en el Capítulo III.B.1.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile, que exige “*procedimientos para la debida identificación y verificación de la identidad de los respectivos titulares, incorporando las mejores prácticas y recomendaciones internacionales aplicables respecto del debido conocimiento del cliente en estas materias*”.

Dentro de las “*mejores prácticas*” a que se refiere dicha norma, los bancos privados exigen requisitos de verificación de identidad, ingresos (renta mínima por un período determinado), antigüedad laboral, edad¹⁰⁷, entre otros.

Banco Estado, en cambio, sólo exige presentar la cédula de identidad y que el titular sea mayor de 12 años si es mujer y de 14 años si es hombre. Así consta en los documentos exhibidos por Banco Estado en la audiencia cuya acta rola a fojas 3.349. En cuanto a otros requisitos, el propio testigo de Banco Estado don Tomás Edwards Correa declaró a fojas 2.917 que para abrir una Cuenta RUT “*no se hace una verificación de domicilio*” del cliente y “*no se hace un estudio de los fondos o de los ingresos de esa persona*”.

¹⁰⁵ Considerando 144°.

¹⁰⁶ Considerando 147°.

¹⁰⁷ Por ejemplo, Banco de Chile en general exige una edad mínima de 21 años (documentos exhibidos por dicho banco y que fueron incluidos en un CD conforme a lo ordenado a fojas 3.706).

Más allá de si Banco Estado cumple o no las exigencias del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile¹⁰⁸, lo relevante es que los requisitos para abrir la Cuenta RUT son prácticamente inexistentes, lo que la diferencia de las cuentas vista que ofrecen los bancos privados. En este sentido, en el informe económico de don Rodrigo Harrison y don Marcelo Villena, acompañado por BBVA a fojas 4.528, se señala que *“tanto las exigencias legales como la flexibilidad en la aplicación de normas comunes a la banca para la apertura de cuentas vista, son distintos y muy difíciles de lograr en la escala de la Cuenta RUT”* (página 35).

Además de lo anterior, la Cuenta RUT tiene particularidades, como lo es el hecho que permite pagar el servicio de transporte público (respuesta a la posición N°78 del representante de Banco Estado en la absolución de posiciones cuya acta rola a fojas 2.744 y siguientes). Es decir, es un producto que cumple la misma función que la tarjeta BIP del Transantiago.

Todos los atributos anteriores permiten que Banco Estado mantenga el cobro de una tarifa abusiva, sin sufrir una disminución en la cantidad de transferencias electrónicas, que sería lo que ocurriría si es que enfrentara un escenario de competencia.

III.4.3. No se considera que los efectos de red fortalecen la posición dominante de Banco Estado y con ello se perpetúan las asimetrías artificiales entre éste los bancos más pequeños

La sentencia reclamada expresa que los efectos de red no constituyen una *“barrera a la entrada que desincentive a los nuevos operadores, ni tampoco como una barrera para la expansión de los bancos incumbentes de menor tamaño”*¹⁰⁹. Además menciona que lo que ofrece un banco pequeño a Banco Estado es menor que lo que le ofrece un banco grande, por lo que es *“esperable que el resultado de las negociaciones por la tarifa de la interconexión sea más favorable para Banco Estado con el primero de ellos que con el segundo”*¹¹⁰.

¹⁰⁸ El propio testigo de Banco Estado, don Tomás Edwards, declaró: “Efectivamente hemos visto algunas conductas que no (...) obedecen a los acuerdos o estándares o protocolos de la industria (...) cuando el destinatario es una Cuenta RUT (...) Conozco que el Banco de Chile ha tenido alguna de esas políticas de restricción de transferencias a la Cuenta RUT” (acta agregada a fojas 2898, págs. 20- 21).

¹⁰⁹ Considerando 163°.

¹¹⁰ Considerando 167°.

En otras palabras, dado que la interconexión es necesaria para realizar transferencias electrónicas y estamos ante una industria de redes, el cobro de Banco Estado estaría justificado.

Lo que no considera el fallo reclamado es que en las transferencias electrónicas no existen economías de escala relevantes; los costos de las transferencias electrónicas son exactamente los mismos entre un banco y otro, sea grande, mediano o pequeño; y no existe ninguna razón económica para que Banco Estado cobre a un banco tres veces lo que cobra a otro por exactamente el mismo servicio (y hasta 10 veces más que las tarifas que todos los demás bancos cobran por el mismo servicio)¹¹¹.

La sentencia finalmente valida dicha conducta abusiva, en circunstancias que un banco pequeño no tiene otra opción que pagar a Banco Estado la tarifa que cobra.

En efecto, la interconexión que existe entre los bancos para las transferencias electrónicas implica un poder recíproco entre éstos del que pueden abusar, lo cual en este caso se ve reafirmado porque nos encontramos ante una industria de redes, y porque Banco Estado tiene una posición dominante que lo transforma finalmente en un receptor neto. En esas circunstancias, Itaú Corpbanca no puede elegir contratar el servicio de transferencias electrónicas a titulares de la Cuenta Rut sino con Banco Estado. En el informe de don Claudio Sapelli se señala que *"los bancos no tienen opción al respecto, tienen que ofrecer este servicio, por lo cual el que la fijación de tarifa se haga con un método competitivo y objetivo es de crucial importancia. El poder de mercado que tienen los bancos y en particular los bancos grandes que concentran un porcentaje alto de las transferencias pudiera, de otra manera, extraer rentas de los bancos pequeños, ya que estos no tienen más opción que ofrecer el servicio, aun cuando sea a pérdida"*¹¹².

Por lo tanto, en lugar de justificar la tarifa abusiva de Banco Estado, las características de esta industria y los efectos de red determinan que Banco Estado no puede cobrar la tarifa que actualmente cobra. No existe justificación económica para ello y, si lo hace, es sólo porque goza de una posición dominante. Allí radica el abuso de posición dominante denunciado en autos, porque, tal como se señaló, una

¹¹¹ En este sentido, en el informe de don Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza acompañado a fojas 1.798 se concluye que "no se justifican tarifas interbancarias diferentes entre bancos. Las diferencias de costos entre estudios que pretendan calcular tarifas distintas para cada banco difícilmente serán defendibles".

¹¹² Informe denominado "Tarifa interbancaria para transferencias electrónicas en línea y para créditos y débitos batch", acompañado bajo el N°17 del escrito de fojas 757.

empresa dominante tiene una *responsabilidad especial* y no puede actuar con la libertad que tendría si no fuera dominante.

Los errores en que incurre la sentencia reclamada tienen un efecto pernicioso, ya que terminan validando una conducta abusiva por parte de Banco Estado. En efecto, Banco Estado:

- a) cobra a varios bancos una tarifa diferenciada (UF 0,01, UF 0,02 y UF0,03), pese a que se trata del mismo servicio y no hay costos diferentes por cada transacción;
- b) no cobra ninguna tarifa -o cobra una que se desconoce- a algunos bancos que no han acordado una tarifa con el demandado en el respectivo anexo del Contrato de Partícipe, como ocurre con el Banco Falabella; y
- c) ha impuesto esa misma tarifa a otros bancos, a pesar de que no han acordado una tarifa con el demandado en el respectivo anexo del Contrato de Partícipe, como ocurre con el Banco Internacional y el banco HSBC.

En cuanto a mi representado, el fallo reclamado termina validando una tarifa abusiva y discriminatoria, ya que es varias veces más cara que la que Banco Estado cobra a otros bancos; y varias veces más cara que el costo efectivo que implica una transferencia electrónica, cuyo costo marginal es casi cero. El efecto final es que un banco más pequeño no podrá disputar la posición de Banco Estado, porque el H. Tribunal en definitiva está aceptando que los bancos pequeños deban pagar mucho más que los bancos grandes por un servicio que es exactamente el mismo. Es decir, se mantiene la brecha entre bancos grandes y pequeños.

Por todas las consideraciones anteriores, esta parte solicita acoger la presente reclamación y, en definitiva, acoger las demandas deducidas y la pretensión de Itaú Corpbanca, ordenando a Banco Estado cesar en su conducta anticompetitiva, sujetar el cobro por la recepción de transferencias electrónicas bancarias a criterios objetivos, generales, uniformes y no discriminatorios, e imponer las multas solicitadas o aquellas distintas que la Excm. Corte Suprema determine conforme a derecho, tal como se solicita en las demandas de autos.

6288

POR TANTO,

Sírvase H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva de fecha 21 de agosto de 2020 y concederlo para ante la Excmo. Corte Suprema, a fin de que dicho Excmo. Tribunal, conociendo del recurso, lo acoja y en definitiva declare que se acogen las demandas en contra de Banco Estado y las pretensiones de Itaú Corpbanca en los términos en ellas solicitados, con costas.

Cristian
Américo
Gandarillas
Serani

Firmado
digitalmente por
Cristian Américo
Gandarillas Serani
Fecha: 2020.09.07
17:51:51 -03'00'