

Recurso de reclamación.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Pedro Rencoret Gutiérrez y Fernando Gazzella Contreras, abogados, en representación de BANCO SECURITY, en autos caratulados “**Banco BICE contra Banco Estado**”, Rol N° C-323-2017, a los que se acumularon los autos caratulados “Banco Security contra Banco Estado”, Rol N° C-324-2017, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

Interponemos fundado **recurso de reclamación** contra la **Sentencia N°174/2020** del H. Tribunal, de fecha 21 de agosto de 2020 (“Sentencia”), notificada a esta parte el 24 de agosto mediante la cual se rechazó la demanda interpuesta por Banco Security en contra de Banco Estado.

Al respecto, solicitamos a este H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, para que ésta revoque la Sentencia y, en su lugar, acoja la demanda de Banco Security, con costas.

Según se explica en esta presentación, en autos se demostró que Banco Estado tiene una posición dominante y que abusa de ella al **discriminar arbitrariamente contra Banco Security**. En concreto, por recibir transferencias bancarias **Banco Estado le cobra a nuestra representada y demás bancos “pequeños” una tarifa que es 200% mayor** a aquella que –por exactamente el mismo servicio– aplica a los principales bancos del país (Banco de Chile, Santander y BCI), sin que exista ningún tipo de justificación económica ni jurídica que explique semejante diferenciación.

Esta tarifa discriminatoria genera un millonario sobrecosto que quita competitividad a nuestra representada, afecta la eficiencia e innovación y, en

general, genera un daño anticompetitivo que perjudica a todos los actores del mercado.

Todo lo anterior quedó plenamente demostrado en el juicio. Sin embargo, la Sentencia omitió los antecedentes aportados al proceso, declaró equivocada e infundadamente la prescripción de la demanda y además incurrió en graves errores jurídicos y económicos que llevaron a descartar la conducta denunciada, contradiciendo además la jurisprudencia del propio H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema.

Pues bien, la corrección de estos errores demuestra que la demanda corresponde ser acogida, según se explica resumidamente a continuación:

1. La Sentencia rechazó las demandas porque las acciones supuestamente se encontrarían prescritas. De hecho, omitió todo pronunciamiento respecto de la demanda deducida por Banco Security en relación con las conductas anticompetitivas denunciadas.

Así, en lo que respecta a nuestra representada, el N°2 de la parte resolutive señala textual: “2) ACOGER la excepción de prescripción opuesta por Banco Estado respecto de las acciones de discriminación de precios interpuestas por Banco Bice, Security, BBVA y Scotiabank”. Esa es la única referencia a nuestra representada en la parte resolutive de la sentencia recurrida.

2. El caso es que la acción interpuesta por Banco Security claramente no se encuentra prescrita. De hecho, la Sentencia incurre en tres graves errores al analizar la prescripción:

- (i) Empieza a contar el plazo de prescripción el año 2001, en circunstancias que, como consta del mérito del proceso, a esa época la conducta ni siquiera había comenzado a ejecutarse.

- (ii) Aunque teóricamente hubiese empezado a correr la prescripción, ella fue *interrumpida*, como ocurre con los delitos continuados en materia penal, en varias oportunidades entre los años 2015 y 2016, cuando Banco Estado se negó a dejar de cobrar tarifas discriminatorias.

De hecho, la conducta más grave es el hecho que, entre los años 2015 y 2016, Banco Estado se negó sistemáticamente a revisar las tarifas que cobra, por lo que una acción interpuesta el año 2017 jamás podría estar prescrita.

- (iii) Y lo más importante, las conductas denunciadas son permanentes. De hecho, **la propia Sentencia reconoce que las conductas se siguen ejecutando "a esta fecha" (Considerando 41°)**. Así, las conductas se estaban ejecutando a la fecha en que fue presentada la demanda, continuaron ejecutándose durante todo el proceso y se ejecutan hasta el día de hoy. De esta manera, **resulta imposible que la acción que busca el cese de esas conductas se encuentre prescrita**.

3 De este modo, el criterio utilizado en la Sentencia recurrida de que acciones que continúan ejecutándose podrían estar "prescritas", es diametralmente **opuesto a la jurisprudencia reiterada del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**. Contradice lo resuelto en las sentencias N°55/2007, N°57/2007, N°75/2008, N°76/2008, N°106/2010, N°107/2010, N°134/2014 y N°173/2020, entre varias otras, según las cuales cuando la conducta es de ejecución permanente la acción no puede prescribir.

En el mismo sentido **se ha pronunciado esta Excma. Corte Suprema**, a modo ejemplar, en las sentencias de los autos sobre recurso de Rol N°3732-2007, N°5505-2008, N°6545-2008, N°6615-2010, N°5308-2012, N°6249-2014, N°27181-2014, N°278-2019, entre otras.

4. Más allá que en este caso no hay prescripción, esta sanción procesal sólo podría afectar la imposición de multas y eventuales indemnizaciones, pero **jamás podría extinguir la obligación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de hacer cesar la conducta anticompetitiva** y de adoptar todas aquellas medidas necesarias para que no vuelva a ejecutarse.

En efecto, el propio **H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia** ha resuelto reiteradamente que *“la prescripción de la acción no afecta sus atribuciones para adoptar medidas correctivas o prohibitivas -distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26°- 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 3° 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’”* (Sentencia N°60/2007, c. 16°). En igual sentido, confirman este criterio las sentencias N°62/2008 y N°66/2008, y la sentencia de la **Excma. Corte Suprema** dictada en los autos sobre recurso de reclamación Rol N°1909-2008.

De esta manera, la Sentencia recurrida **crea un nuevo y peligroso precedente** según el cual, prescrita la acción del artículo 3 letra b) del Decreto Ley 211, **las conductas anticompetitivas se podrían seguir perpetuando en el tiempo, por siempre, sin reproche alguno y sin que nadie pueda evitar que sigan ejecutándose.**

Tal como se señaló, la acción interpuesta por nuestra representada no estaba prescrita. En todo caso, aún cuando hipotéticamente se estimase que sí estaría prescrita (que no lo está), **jamás ello podría ser un argumento para evitar decretar su cese inmediato** y resguardar la libre competencia.

5. Ahora bien, **el asunto de la prescripción es sólo uno de los tantos errores que contiene la Sentencia.** Desde ya, omitió pronunciarse sobre la demanda por discriminación de precios de Banco Security.

Pero, además, al analizar la acción deducida por otro de los demandantes sobre los mismos hechos (discriminación arbitraria en las tarifas) incurrió en graves errores que infringen las reglas de la sana crítica y contradicen conceptos básicos de libre competencia. En efecto, al analizar la acción interpuesta por Banco Internacional -única que no declaró prescrita- cometió los siguientes errores:

5.1. En PRIMER LUGAR, **la Sentencia se equivocó al definir el mercado relevante**, señalando que éste consistiría en la *oferta de cuentas bancarias* y no en las *transferencias electrónicas de fondos* como se discutió en el juicio. Ello, bajo el único argumento que se trataría de un servicio “intrínsecamente unido” a las cuentas bancarias (Considerando 113°).

De hecho, sin mayores argumentos y contradiendo lo afirmado por todas las partes y expertos que participaron en el proceso, la Sentencia le niega el carácter de *mercado* a la recepción de transferencias electrónicas de fondos, pese a que existen oferentes del servicio de transferencias, demandantes, y también tarifas y costos asociados únicamente a ellas.

Asimismo, la Sentencia se equivoca porque confunde la industria bancaria con los distintos mercados relevantes que puede haber en ella, infringiendo la definición universalmente aceptada de este concepto en libre competencia. Peor aún, el H. Tribunal llega al extremo de ignorar que las cuentas bancarias son demandadas por clientes finales (consumidores y empresas), mientras que la recepción de transferencias electrónicas es un servicio demandado únicamente por los *bancos*, quienes deben pagar una tarifa por ella.

5.2. En SEGUNDO LUGAR, la Sentencia también se equivocó al analizar la posición dominante de Banco Estado en la recepción de transferencias bancarias. De hecho, omitió completamente que Banco Estado concentra nada menos que el **72,6% del mercado** si éste se mide por ingresos y un 61% si se mide por el volumen de transferencias recibidas.

Y no sólo eso: se demostró plenamente que *Banco Estado actúa de manera independiente a la del resto de sus competidores*. La Sentencia ni siquiera reparó en que Banco Estado puede discriminar arbitrariamente de manera exitosa y que es el único banco que se ha negado sistemáticamente a igualar las tarifas. Se niega, porque su alta participación de mercado y su posición de dominio se lo permiten.

Pero incluso si se considera el mercado de las cuentas bancarias definido como relevante por el H. Tribunal, el análisis de la posición dominante es igualmente errado.

De hecho, la propia Sentencia reconoce que Banco Estado tiene una altísima participación de mercado en la oferta de cuentas bancarias (57,3%)¹ y que ella es **indiciaria de posición dominante (Considerando 125°)**. Sin embargo, termina por afirmar que la posición de Banco Estado supuestamente sería “desafiable”, en circunstancias que se acreditó con plena prueba que: (i) no ha ingresado ningún nuevo competidor desde hace más de una década; (ii) no ha entrado ningún nuevo competidor desde el nacimiento de la Cuenta RUT; y, (iii) las cuentas vista ofrecidas por otros bancos no han logrado superar un escaso 10% de participación.

Incluso más, la Sentencia incurre en una grave contradicción, pues concluye que *“se justificaría que un tercero fije dicha tarifa tomando en consideración los incentivos*

¹ Medidas en volumen, que según la misma Sentencia sería lo relevante para esta causa (Considerando 123°, p. 64).

de todos los actores involucrados” (Considerando 166°), cuestión que sólo tiene sentido en el contexto de un monopolio que no es disciplinado por la competencia. Así, la propia Sentencia reconoce que Banco Estado tiene una posición monopólica en la recepción de transferencias y que dicha tarifa debe ser regulada.

5.3 En TERCER LUGAR, la Sentencia no se pronunció acerca de la discriminación de precios. Ni siquiera se refirió al hecho que **Banco Estado cobra a Banco Security el triple de lo que cobra a sus competidores de mayor tamaño**, lo que ha implicado un sobrecosto para nuestra representada de al menos **\$1.500 millones tan solo entre 2014 y 2017**. Ello imponía la carga a Banco Estado de acreditar una justificación económica que explicara tal diferencia y, sin embargo, no lo hizo.

Pero lo más grave es que, aun cuando la Sentencia estableció que era “*innecesario*” analizar la conducta denunciada ante la supuesta falta de posición dominante, sin mayor explicación, insinuó que se justificaría cobrar tarifas diferenciadas según el tamaño de los bancos, basados en supuestas externalidades de red. En concreto, esbozó que supuestamente se justificaría cobrar tarifas mayores a los bancos más pequeños, pues aportarían menos beneficios a la red que los bancos grandes.

Lo anterior es completamente equivocado, porque sabido es que las diferencias de precios -particularmente si alcanzan un 200%- sólo son admisibles cuando obedecen a diferencias de costos o alguna otra explicación económica, nada de lo cual ocurre en este caso. Así lo ha resuelto en innumerables oportunidades el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema.

Sin ir más lejos, en diciembre pasado, en el **caso Transbank**, pronunciándose precisamente por las tarifas que se cobran en una industria con externalidades de red, la Excma. Corte Suprema resolvió que los precios deben ser “públicos,”

*motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, **no discriminatorios** y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley”.*² Incluso más, la misma sentencia estableció, en una industria similar a la de autos, que no corresponde hacer diferencias de precios fundadas en el volumen de las transacciones, el rubro de los establecimientos comerciales u otras consideraciones que no constituyen justificación económica (Considerando 23°).

6. En definitiva, tanto la supuesta prescripción como el resto de los razonamientos contenidos en la Sentencia son completamente equivocados, al punto que infringen las reglas de la lógica, vulneran conceptos básicos de libre competencia y, peor aún, contradicen lo resuelto en similares situaciones por el propio H. Tribunal y por nuestra Excma. Corte Suprema. Por lo anterior, es necesario que la Sentencia sea revocada y, en su lugar, se acoja la demanda de Banco Security, sancionando a Banco Estado por su conducta y ordenando el cese inmediato de la misma, con costas.

Para efectos de orden, la presentación se organiza de acuerdo con la siguiente Tabla de Contenidos:

²Sentencia dictada en los autos Rol N°24.828-2018, considerando 32°, recaída sobre la reclamación deducida contra la Resolución N°55/2019.

I.	LA CONTROVERSIA	10
A.	La demanda de Banco Security.....	10
B.	La contestación de Banco Estado	11
C.	Antecedentes de hecho necesarios para entender la controversia	15
II.	LA SENTENCIA INCURRE EN GRAVES ERRORES Y OMISIONES....	24
A.	La acción deducida por Banco Security no se encuentra prescrita.....	24
A.1.	<i>La Sentencia declara prescrita una conducta que -como ella misma reconoce- aún se sigue ejecutando</i>	<i>24</i>
A.2.	<i>La Sentencia cuenta el plazo de prescripción desde épocas en que ni siquiera se habían producido las conductas denunciadas por Banco Security</i>	<i>29</i>
A.3.	<i>La supuesta prescripción habría sido interrumpida en diversas ocasiones entre el año 2014 y el año 2016.....</i>	<i>36</i>
A.4.	<i>En todo caso, no puede prescribir la facultad del H. Tribunal para prevenir y corregir actos contrarios a la libre competencia.....</i>	<i>38</i>
B.	La Sentencia incurre en graves errores al analizar el mercado relevante, la posición dominante de Banco Estado y la conducta denunciada	41
B.1.	<i>La Sentencia niega el indudable carácter de mercado de la recepción de transferencias electrónicas de fondos.....</i>	<i>42</i>
B.2.	<i>La Sentencia descarta equivocadamente la evidente posición dominante de Banco Estado en el mercado relevante.....</i>	<i>47</i>
B.3.	<i>La Sentencia omitió pronunciarse sobre la discriminación de precios, que no tiene justificación económica alguna.....</i>	<i>61</i>
III.	CONCLUSIONES	70

I. LA CONTROVERSIA

A. LA DEMANDA DE BANCO SECURITY

Con fecha 12 de julio de 2017 (fs. 98), Banco Security demandó a Banco Estado porque abusa de su posición dominante en el mercado de recepción de transferencias electrónicas de fondos, discriminando arbitrariamente a los bancos según su tamaño.

En concreto, según se explica en la demanda, los bancos se cobran entre sí una tarifa por recibir transferencias electrónicas de clientes de otros bancos, cobro que se conoce como “**TARIFA INTERBANCARIA**”.

Pues bien, Banco Estado le cobra a Banco Security una tarifa interbancaria **tres veces superior** a la que le cobra a los bancos de mayor tamaño (Santander, BCI y Banco de Chile) por dicho servicio.³ Se trata de una diferenciación que no tiene ningún fundamento, razonabilidad ni sustento económico, ya que **el servicio prestado es exactamente el mismo** y Banco Estado incurre en los **mismos costos** al recibir transferencias de cualquier banco, independientemente de su volumen.

Esta discriminación es posible únicamente porque Banco Estado **tiene una posición dominante** en el mercado de la recepción de transferencias electrónicas, la que es cada vez más fuerte por el **efecto de las Cuentas RUT** (cuentas vista de bajo costo y acceso universal), segmento que actualmente es operado en un 100% por Banco Estado, convirtiéndolo en receptor neto de transferencias, cada vez en mayor magnitud.

³ La demanda abarcó transferencias de créditos y de débitos, aun cuando al momento de su interposición se desconocía con exactitud la tarifa que los bancos de mayor tamaño pagaban a Banco Estado por las transferencias de débito. Esto fue ratificado por esta parte a fojas 394.

El abuso de posición dominante de Banco Estado le **genera una seria desventaja anticompetitiva a Banco Security**, que debe pagar tarifas excesivas, incurriendo en costos en los que no incurren sus competidores de gran tamaño. Adicionalmente, esta discriminación **perjudica a todos quienes participan en el mercado**, incluso a los consumidores, al inhibir la entrada de nuevos actores, aumentar los costos del sistema y desincentivar el crecimiento e innovación en las transferencias electrónicas.

Por todo lo anterior, Banco Security solicitó al H. Tribunal lo siguiente: (i) declarar que Banco Estado ha infringido la libre competencia; (ii) ordenar el cese inmediato de su discriminación de precios; (iii) ordenar que las tarifas que cobra Banco Estado por la recepción de transferencias electrónicas bancarias se sujeten a criterios objetivos, generales, uniformes y no discriminatorios, y que toda eventual diferenciación se funde en razones económicas; (iv) imponer al demandado una multa por la suma de 11.000 Unidades Tributarias Anuales, o aquella otra suma que el H. Tribunal estime procedente de acuerdo al mérito del proceso; y, (v) condenar en costas al demandado.

B. LA CONTESTACIÓN DE BANCO ESTADO

Con fecha 31 de octubre de 2017 (fojas 395), Banco Estado contestó la demanda admitiendo que es el único que cobra tarifas diferenciadas por recibir transferencias electrónicas y sin dar **ninguna explicación económica que lo justifique**.

En concreto, (i) ni la antigüedad con que se establecieron las tarifas; (ii) ni el hecho que en los contratos con el CET supuestamente se hubiese reconocido la cobertura de cada banco para fijar tarifas distintas; (iii) ni menos las inversiones que Banco Estado elige hacer para atender su Cuenta RUT justifican que el

demandado abuse de su posición dominante cobrándole tarifas más altas a Banco Security.

Adicionalmente, el hecho que Banco Estado supuestamente deba incurrir en mayores costos para liquidar los pagos en efectivo en ningún caso explica que Banco Security tenga que asumir dichos costos, y mucho menos que tenga que hacerlo en mayor medida que los bancos de mayor tamaño. Tanto es así, que el informe económico originalmente elaborado por Butelmann Consultores⁴ –en que Banco Estado apoyó su contestación– sólo intentó justificar supuestos mayores costos en la recepción de transferencias, pero jamás explicó la razón que justificaría la discriminación contra los bancos pequeños, al punto que el demandado tuvo que encargar un nuevo informe ad-hoc sólo para esos efectos.⁵

Por lo demás, ninguno de los dos informes justifica el cobro de tarifas diferenciadas por parte de Banco Estado. En concreto, el primero se limita a indicar un supuesto costo aplicable a todas las transacciones recibidas de cualquier banco, y el segundo no entrega ninguna justificación económica que explique la discriminación.⁶

En lo que respecta a su posición dominante, si bien reconoció tener una muy alta participación en la recepción de transferencias bancarias, liderando el mercado

⁴ Informe titulado "*Tarifas de recepción de transacciones electrónicas por parte de Banco Estado*" realizado por **Butelmann Consultores** que se encuentra en el CD agregado a fojas 2.334, ubicación: Banco BICE (Fjs.787) /PUNTO 11).

⁵ Informe denominado "*Efectos en la competencia de las diferentes tarifas que cobra BancoEstado por la recepción de transacciones electrónicas*" elaborado por **Butelmann Consultores**, ubicado en el CD agregado a fojas 3.210, p. 32

⁶ De hecho, el informe original de Butelmann consultores se limitó a señalar que los costos estimados de recepción de transferencias para Banco Estado alcanzarían las UF 0,03 + IVA según costo promedio efectivo y UF 0,026 + IVA según costo promedio a capacidad instalada por transacción (p. 31). Luego, el segundo informe de Butelmann Consultores se limita a señalar que las tarifas interbancarias deberían "*reconocer el aporte relativo de los bancos a la cobertura del sistema, es decir, la externalidad de red que cada banco captura a partir de la interconexión con BancoEstado*" y que ello explicaría las tarifas diferenciadas establecidas por el CET en 1996 (p. 50), sin establecer una relación directa entre los costos en que incurre el demandado y las tarifas diferenciadas.

tanto en volumen como en ingresos,⁷ intentó sostener que cualquier banco podía desafiarla, asegurando que bastaba para ello ofrecer una cuenta con características similares a la Cuenta RUT,⁸ lo que es derechamente insostenible.

En efecto, el propio demandado ha afirmado públicamente que se trata de un producto que se ofrece bajo costo, y que le causa millonarias pérdidas,⁹ por lo que no es replicable por bancos privados. Lo anterior, sin perjuicio de otros motivos como las barreras normativas y la menor seguridad que representa la Cuenta RUT comparada con otras cuentas del mercado.

Sea cual sea el motivo, lo importante es que ninguna de las cuentas vista que los bancos privados ofrecen en el mercado –incluyendo aquellas citadas por Banco Estado en su contestación¹⁰– han logrado restarle participación a la Cuenta RUT, ni podrían hacerlo.

Además, el hecho que el demandado sea el único capaz de cobrar tarifas discriminatorias confirma que **Banco Estado actúa con independencia de sus competidores**, lo que por sí solo prueba su posición dominante.

⁷ En efecto, a fojas 448, Banco Estado señaló lo siguiente: “Atendido el crecimiento del número de titulares de CuentaRut, BancoEstado presenta un mayor volumen de transacciones recibidas, así como de ingresos percibidos por el cobro de las tarifas interbancarias, pero ello se debe exclusivamente al diferente comportamiento de los clientes de menores ingresos, pero no determina un eventual poder de mercado”.

⁸ En efecto, a fojas 448, Banco Estado señaló lo siguiente: “Cualquier institución autorizada tiene la posibilidad de desarrollar una cuenta de depósito a la vista como la CuentaRUT, y los cuatro bancos demandantes son instituciones autorizadas para ello”.

⁹ Declaración del ex Presidente de Banco Estado, Sr. Jorge Rodríguez al Diario La Tercera, de fecha 14 de febrero de 2016 (documento N° 8 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/presidente-de-bancoestado-la-cuenta-rut-nos-da-us-37-millones-de-perdidas-todos-los-anos/>. Fecha de consulta: 17 de enero de 2018.

¹⁰ Banco Estado afirmó que existían otras cuentas vistas similares a la Cuenta RUT, como las que ofrece BCI y Banco Falabella. Sin embargo, se trata de cuentas que cobran mantención, que no son de acceso universal, y que sea por el motivo que sea, no han logrado aumentar su participación de manera importante en comparación con la Cuenta RUT. En concreto, a fojas 451, Banco Estado afirmó lo siguiente: “De hecho, bancos como el BCI o Banco Falabella, han desarrollado cuentas de depósito a la vista, con condiciones similares a aquellas que ofrece BancoEstado”.

Por otra parte, Banco Estado opuso **dos excepciones**: la **incompetencia del H. Tribunal** y la **prescripción** de la demanda. La Sentencia rechazó la primera (tal como ha hecho en numerosas ocasiones¹¹), pero equivocadamente acogió la segunda.

Lo anterior, pese a que ha seguido efectuando cobros discriminatorios ininterrumpidamente hasta la actualidad. En este sentido, como lo ha resuelto reiteradamente el H. Tribunal, **el cómputo de la prescripción no puede comenzar hasta que la conducta cesa**.¹²

En todo caso, aunque -equivocadamente- se considerase que ha operado la prescripción, esta sólo afectaría los ilícitos cometidos antes del año 2014 y, lo más importante, **en ningún caso afecta la facultad de este H. Tribunal para ordenar el cese de la conducta denunciada**.

En concreto, Banco Estado fundó su excepción de prescripción en el hecho que cobraría las mismas tarifas desde 1996. Sin embargo, omitió que **en esa época no existían todos los tipos de transferencias electrónicas cuyas tarifas son objeto de la discusión** (particularmente las transferencias en línea, respecto de las cuales no se ha pactado tarifa alguna) y que **tampoco existía la Cuenta RUT**, que es lo que le permite dominar el mercado. En otras palabras, en 1996 la conducta denunciada ni siquiera se había ejecutado.

Pues bien, el H. Tribunal no consideró ninguno de estos hechos y acogió la excepción de prescripción, contrariando la reiterada jurisprudencia del mismo

¹¹ Respecto de esta improcedente excepción, el H. Tribunal sí mantuvo su reiterada jurisprudencia (Ver, p. ej., Sentencias N°53/2007, N°77/2008, N°140/2014), señalando en el Considerando 44° que “*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*”. Lo anterior, no obstante vuelve a incurrir en el error de señalar que existe un contrato celebrado entre las partes del juicio.

¹² Ver, por ejemplo, Sentencia N° 76/2008; N° 57/2007; N° 75/2008; N° 106/2010 y N° 109/2011.

Tribunal, que ha declarado que no se puede comenzar a contar el plazo de prescripción hasta que la conducta cesa. Asimismo, también contradijo su propia jurisprudencia según la cual jamás la prescripción de una conducta podría extinguir las facultades preventivas y correctivas que le otorga el artículo 5 del Decreto Ley 211.

C. ANTECEDENTES DE HECHO NECESARIOS PARA ENTENDER LA CONTROVERSIA

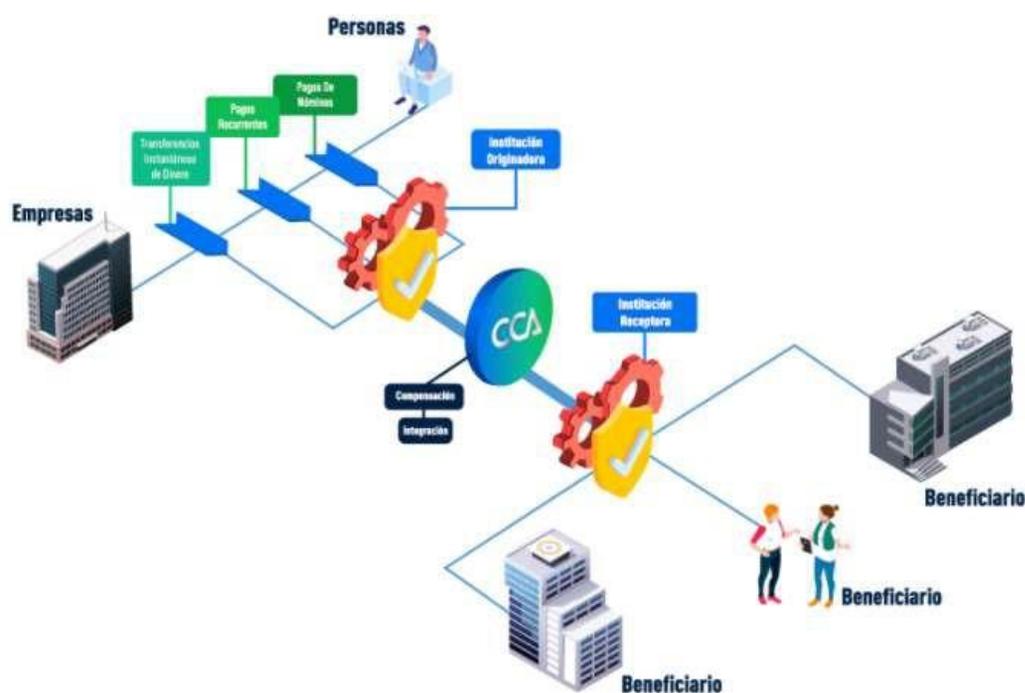
Las transferencias electrónicas de fondos

Los bancos se encuentran interconectados a través de una red que permite que sus clientes hagan transferencias electrónicas de fondos entre sí. Estas transferencias pueden ser de tres tipos:

- (i) Las Transferencias Electrónicas de Fondos en Línea, conocidas en la industria como **“TEF”** o **“TEF en Línea”** y que son los traspasos de fondos que las personas y empresas hacen prácticamente a diario.
- (ii) Las transferencias *batch* de crédito, que son aquellas transferencias que se efectúan en lote para pagar a los proveedores, trabajadores u otros por parte de una misma persona o empresa y se conocen como **“pagos o abonos masivos”**.
- (iii) Las transferencias *batch* de débito, que son aquellas por las cuales se efectúan cargos masivos a distintas cuentas a favor de una persona o empresa, como por ejemplo, una empresa de servicios. Este último servicio es comúnmente conocido como **“PAC”** o -en la industria- **“PAC Multibanco”** o **“cargos masivos”**.

Esta interconexión se efectúa a través del **Centro de Compensación Automatizado S.A.**, una sociedad de apoyo al giro bancario cuyos socios son los tres bancos privados más grandes del país (Banco de Chile, Banco Santander y BCI) y que funciona como *switch* de las operaciones.

Imagen 1: Diagrama de funcionamiento del sistema de transferencias electrónicas de fondos



Fuente: <https://www.cca.cl/informacion-corporativa/>

* Las figuras "Institución Originadora" e "Institución Receptora" corresponden a los bancos cuyos clientes originan la transacción y los que reciben los fondos o los cargos, respectivamente.

El banco que recibe la transacción (**Institución Financiera Receptora, "IFR"**), para poder ejecutar la operación, incurre en un costo que se conoce como "*costo de escuchar*". Y para cubrir este costo, la IFR tiene derecho a cobrar una tarifa al banco que la origina (**Institución Financiera de Origen, "IFO"**). Esta tarifa es la que se denomina "**TARIFA INTERBANCARIA**".

Pues bien, es precisamente en las tarifas interbancarias que se produce la discriminación de precios denunciada por Banco Security.

Evolución de las transferencias electrónicas de fondos y sus tarifas

Las transferencias electrónicas de fondos nacieron en 1996, cuando Banco de Chile, BCI y Banco Santiago (antecesor del Banco Santander) crearon una comunidad denominada Centro Electrónico de Transferencias (“CET”), con el objeto de implementar soluciones tecnológicas que permitieran simplificar el sistema de pagos o abonos masivos, que hasta entonces se efectuaba a través del intercambio de vales vista o cheques.

Para ingresar al sistema, cada banco debía adherir a un Contrato de Partícipe con el CET, al que Banco Security adhirió el año 2001 (“**Contrato de Partícipe**”). En el Anexo 1 de dicho contrato, se estableció el sistema tarifario, que contemplaba una “*tarifa comercial base*”.

Esta tarifa -que es la que denominamos hoy tarifa interbancaria- obligaba a Banco Security a cobrar y pagar el monto de UF 0,03 más IVA, dependiendo si actuaba como IFR o como IFO, respectivamente.

Sin embargo, los bancos de mayor tamaño y que eran socios del CET, se cobraban entre sí un monto de UF 0,01, incluyendo además a Banco Estado. Por su parte, los bancos medianos pagaban y cobraban montos cercanos a UF 0,02; y los otros bancos de tamaño pequeño, pagaban y cobraban montos cercanos a UF 0,03.

Dada su antigüedad, no hay antecedentes que expliquen por qué las tarifas eran diferenciadas. Sin embargo, el destacado profesor y economista Claudio Sapelli, explicó que “[h]abía una noción [...] de que los bancos chicos tienen que pagar por el acceso a las redes de los bancos grandes y eso estaba incorporado en todos los precios. Entonces, para el mismo servicio, si era en una dirección la tarifa era alta y si era en otra dirección la tarifa era baja. O sea, si el Banco de Chile le compraba un servicio al Banco Security pagaba poco, y si en Banco Security hacia lo opuesto, pagaba más”, señalando

que *“esas tarifas afectan a la competencia, favorecían a los bancos grandes, dificultaban el crecimiento de los bancos chicos”*.¹³

Sin perjuicio de lo anterior, esas tarifas se siguieron pagando y cobrando durante varios años, en los cuales el mercado presentó diversos e importantes cambios:

1. En 1999 el CET pasó a transformarse en la sociedad de apoyo al giro bancario Centro de Compensación Automatizado S.A. (“CCA”).

2. El mismo año, nacieron las transferencias *batch* de débitos (PAC Multibanco o Cargos Masivos).¹⁴ La tarifa interbancaria asociada a este producto se calculaba a partir de un esquema tarifario complejo, que favorecía también a los bancos de mayor tamaño.

3. **El año 2002, el Comité de Normas del CCA decidió dejar de intervenir en las tarifas interbancarias**, acordando que los bancos *“fijarán libremente y en forma bilateral las tarifas de corresponsalía (interbancarias) hacia sus propias cuentas”*. Las tarifas pactadas hasta esa fecha se mantendrían *“como tarifas de “Default” o continuidad comercial, amparadas por el actual Contrato de Partícipes y se modificarán en forma bilateral formalizadas a través de convenios bilaterales entre los Bancos Partícipes”*.¹⁵

Cabe señalar que esta decisión coincidió con la iniciativa de Banco de Chile de revisar las tarifas *“not on us”* (tarifas de interconexión que cobran los bancos por el uso de sus cajeros automáticos) para adecuarlas a los costos reales de proveer el servicio y ajustarlos a los estándares de la libre competencia.¹⁶ Es decir, la

¹³ Declaración testimonial del Sr. Claudio Sapelli, fojas 3.021.

¹⁴ **Acta del Comité de Normas del CCA N° 6 de fecha 13 de mayo de 1999**, Documento N° 1 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE.

¹⁵ **Acta del Comité de Normas N° 19 de fecha 30 de mayo de 2002**, Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE.

¹⁶ Declaración testimonial del Sr. Jorge Díaz, fojas 2.382.

decisión del Comité de Normas del CCA responde a lo que ya se venía advirtiendo desde el año 2000: las tarifas interbancarias eran poco transparentes, no justificables en costos y discriminatorias con los bancos de menor tamaño.¹⁷

4. El año 2003 nacen las TEF, para realizar pagos ya no masivos, sino que de manera individual y orientadas a las personas naturales.¹⁸ Pero sólo el año 2008 comenzaron a ser inmediatas o “en línea” por instrucción de la SBIF,¹⁹ dando lugar a las “TEF en Línea” como hoy las conocemos y que revolucionaron el mercado.

Es importante destacar que **para este servicio no se acordó tarifa alguna**, puesto que no existía al momento de celebrarse el Contrato de Partícipe de Banco Security. Los bancos simplemente le extendieron las tarifas que aplicaban para las transferencias *batch* de crédito.

5. El año 2007 Banco Estado lanzó un nuevo producto denominado **Cuenta RUT**, una cuenta vista con requisitos de apertura muy básicos (tener cédula de identidad y una edad mínima) y sin costos de mantención, en que sus titulares pagan cargos asociados a su uso (por ejemplo, hacer retiros en cajeros automáticos o sucursales y efectuar transferencias electrónicas a otros bancos).

Como lo ha reconocido públicamente Banco Estado, se trata de una cuenta que tiene como objeto fomentar la inclusión financiera y que le produce millonarias pérdidas. Por lo mismo y por otras razones, **esta cuenta no es desafiante por los bancos comerciales**, al punto que ningún banco ha logrado alcanzar ni el 10%

¹⁷ Informe “*Tarifa interbancaria para transacciones “not on us” en cajeros automáticos de Chile*”, elaborado por el economista Sr. Claudio Sapelli, p. 29.

¹⁸ Declaración testimonial de Paola Reyes, fs. 2419 y Acta del Comité de Normas de 5 de diciembre de 2003, fs. 3775.

¹⁹ Circular N°3.400 de la SBIF (documento N°10 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE)

de participación en las cuentas vista, durante los más de 10 años de existencia de la Cuenta RUT.

Todos estos cambios hicieron que las transferencias electrónicas de fondos se volvieran extraordinariamente masivas, al punto que hoy se trata de un servicio inherente a cualquier cuenta bancaria. Este crecimiento se advierte claramente del gráfico que el CCA mantiene publicado en su página web:

Imagen 2: Cantidad de transferencias electrónicas realizadas por año



Fuente: <https://www.cca.cl/estadisticas/>

De lo anterior se desprende que las tarifas interbancarias, que a comienzos de los años 2000 resultaban marginales, comenzaron paulatinamente a representar un costo importante en la operación de los bancos.

Negociación de nuevas tarifas interbancarias

A principios de los 2000, los bancos llevaron a cabo un proceso de autorregulación de las tarifas “not-on-us” que se cobran por el uso de cajeros automáticos de un banco distinto al del tarjetahabiente. Este proceso se inició el año 2002 cuando Banco de Chile (banco de mayor tamaño) tuvo la iniciativa de

revisar estas tarifas para adecuarlas a los costos reales de proveer el servicio y ajustarlos a los estándares de la libre competencia.²⁰

Para ello y atendido los distintos incentivos de los partícipes, los bancos grandes decidieron encargar un informe económico a los señores **Alexander Galetovic** y a **Ricardo Sanhueza**, mientras que los bancos medianos y pequeños optaron más tarde por encargar un estudio independiente, contratando al **Sr. Claudio Sapelli**.

Dichos economistas confirmaron que las tarifas *not-on-us* eran poco transparentes, no justificables en costos y discriminatorias con los bancos de menor tamaño.²¹ Sin embargo, el monto de las tarifas sugerido por ambos informes era muy distinto, por lo que se contrató a un tercer experto, el **Sr. José Miguel Sánchez**. Este economista coincidió con las principales conclusiones de los primeros informes, destacando además que **la tarifa interbancaria “not on us” sólo debía remunerar la adquisición de transacciones, y no otros usos probables o potenciales de un cajero.**²²

Una vez terminado el proceso, los bancos comenzaron a cobrarse las tarifas *not on us* propuestas por el Sr. Sánchez, a las cuales **adhirió Banco Estado**.

Dado que las conclusiones antes referidas son completamente aplicables a las tarifas interbancarias asociadas a las transferencias electrónicas de fondos, los

²⁰ Declaración testimonial del **Sr. Jorge Díaz**, fojas 2.382.

²¹ Informe “*Tarifa interbancaria para transacciones “not on us” en cajeros automáticos de Chile*”, elaborado por el economista **Sr. Claudio Sapelli**, p. 29, 31 y 69. si bien desconocemos el informe económico elaborado por los economistas señores Galetovic y Sanhueza, es posible afirmar que llegaron a conclusiones similares, sin perjuicio que existía una diferencia en el monto final de las tarifas propuestas. Así consta de la declaración del testigo **Sr. Jorge Díaz** (Redbanc) (declaración de fojas 2382).

²² Documento “*Informe Técnico Experto Para la Definición de una Tarifa Interbancaria Eficiente*”, elaborado por el **Sr. José Luis Sánchez**. Documento N° 12 del Tomo II del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE.

bancos se cuestionaron también cuál era su fundamento económico,²³ atendido que las diferencias entre las tarifas establecidas en los Contratos de Partícipe “*no eran fáciles de explicar*”,²⁴ y tampoco tenían justificación en costos.

Así, **el año 2015, los bancos iniciaron un segundo proceso de autorregulación, esta vez, para revisar las tarifas interbancarias asociadas a las transferencias electrónicas.** Este proceso, en el que también participaron los señores Galetovic y Sanhueza por los bancos grandes y el Sr. Sapelli por los bancos de menor tamaño, llegó a conclusiones análogas a las obtenidas al analizar las tarifas “*not on us*” por el uso de cajeros.

En efecto, el Sr. Sapelli concluyó que **las tarifas fijadas por el CCA eran discriminatorias, no se justificaban en los costos de proveer el servicio y podían causar serios efectos anticompetitivos.**²⁵ Por su parte, los Sres. Galetovic y Sanhueza, concluyeron que la tarifa debía ser igual para todos los bancos, sin descuentos por volumen e igual al costo marginal de largo plazo para ejecutar la transferencia.²⁶

Las tarifas propuestas por ambos informes fueron muy similares (por lo que se estimó innecesario contratar a un tercero dirimente) y considerablemente menores a las fijadas por el CET muchos años atrás. Así, a contar de enero de 2016 los bancos comenzaron a cobrarse una tarifa plana de UF 0,0028 para las TEF y de UF 0,0019 para las *batch*, tanto de crédito como de débito. Estas tarifas, además de ser no discriminatorias, son en promedio apenas una décima parte de las que cobra Banco Estado. Así, Banco Estado cobra a Banco Security una

²³ En efecto, a fojas 2.383, el **Sr. Jorge Díaz** declaró que ya en 2011 había solicitado un nuevo informe a los señores Galetovic y Sanhueza respecto de las tarifas interbancarias aplicables a la recepción de transferencias electrónicas, el que se pospuso cuando el proceso relativo a los cajeros estuviera concluido.

²⁴ Declaración testimonial del **Sr. Jorge Díaz**, fojas 2.383.

²⁵ **INFORME SAPELLI**. En el mismo sentido, afirmó que la tarifa de UF 0,029 por transferencias de crédito “*se escapa absolutamente de los órdenes de magnitud que observamos tanto para transacciones en línea como diferidas*”.

²⁶ **INFORME GALETOVIC-SANHUEZA**, fojas 1801 y 1802.

tarifa que es casi 1.000% más cara que la tarifa que correspondería cobrar si se consideraran los costos asociados a prestar el servicio.

Sin embargo, a diferencia de lo sucedido con las tarifas asociadas a los cajeros automáticos, en esta oportunidad Banco Estado se negó reiteradamente a revisar las tarifas, a pesar de las múltiples invitaciones efectuadas por el resto de los bancos, sin ninguna justificación.

Por lo tanto, hoy es el único banco que sigue cobrando tarifas discriminatorias y abusivas y que sólo puede mantener por la posición dominante que Banco Estado tiene en este mercado.

II. LA SENTENCIA INCURRE EN GRAVES ERRORES Y OMISIONES

A. LA ACCIÓN DEDUCIDA POR BANCO SECURITY NO SE ENCUENTRA PRESCRITA

De lo expuesto en la sección I. C anterior, resulta evidente que la discriminación de precios denunciada por Banco Security se sigue ejecutando, por lo cual no existe ninguna razón para haber declarado la prescripción.

De hecho, en la Sentencia se reconoce que Banco Estado sigue ejecutando la conducta que se denuncia hasta esta fecha, según se desprende del **Considerando 41°**:

“Que, a esta fecha, Banco Estado continúa aplicando las tarifas interbancarias establecidas en los Contratos de Partícipe suscritos originalmente con el CET o CCA para el caso de las transferencias de batch de crédito y TEF, mientras que para el caso de las transferencias batch de débito continúa aplicando las tarifas que fueran determinadas por el Comité de Normas”.

Sin embargo, la Sentencia termina declarando la prescripción de la acción de nuestra representada basándose en un razonamiento reduccionista y equivocado, que omite la prueba rendida en autos y que incurre en serios y graves errores lógicos y jurídicos.

Todo lo anterior, según se explica a continuación.

A.1. LA SENTENCIA DECLARA PRESCRITA UNA CONDUCTA QUE -COMO ELLA MISMA RECONOCE- AÚN SE SIGUE EJECUTANDO

El primer grave error del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es haber acogido la excepción de prescripción opuesta por Banco Estado, en

circunstancias que **la propia Sentencia reconoce que la conducta se sigue ejecutando (Considerando 41°)**.

Así, tratándose de una conducta de ejecución permanente, no corresponde empezar a contar el plazo de prescripción, sino hasta el momento en que aquélla cese. Así se desprende del Decreto Ley N°211, de la doctrina y de la jurisprudencia del propio H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema.

En efecto, el **artículo 20 inciso 3°** del Decreto Ley 211 señala lo siguiente:

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

Por su parte, el **artículo 3** del Decreto Ley N°211, define a la conducta anticompetitiva como cualquier *“acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*.

Pues bien, la conducta atentatoria de la libre competencia en que se funda la demanda de Banco Security es el cobro de tarifas discriminatorias por parte de Banco Estado, que -lógicamente- se produce cada vez que el demandado cobra estas tarifas, abusando de su posición dominante. Así, el plazo de prescripción no puede comenzar a correr sino hasta que el demandado deje de cobrar esas tarifas, cuestión que, como la misma Sentencia reconoce, hasta la fecha no ha sucedido.

El hecho que *algunas* de esas tarifas se cobren en virtud de un contrato u otro instrumento carece de toda relevancia. En efecto, se ha señalado que *“en la mayoría de las infracciones anticompetitivas se está en presencia de una unidad jurídica de diversos “hechos, actos, o convenciones”, los cuales se encuentran*

vinculados en una conexión de continuidad consistente en entorpecer o restringir la libre competencia”²⁷

Estas consideraciones, basadas en el Derecho Penal (cuyas instituciones muchas veces resultan aplicables en esta sede, ya que también proviene del *ius puniendi* del Estado), son en todo caso análogas a las que se han establecido en el Derecho Civil, en el sentido que *“La misma regla resulta aplicable cuando se trata de un hecho ilícito complejo, compuesto por un conjunto de actos autónomos, pero normativamente vinculados entre sí y que causan daño. En este evento, el último de dichos actos es el que resulta relevante a efectos del cómputo de la prescripción”*.²⁸

De ahí que, **lo relevante no es el contrato o acto jurídico en el cual se fijó el monto de las tarifas materia de autos, sino la conducta lesiva de la libre competencia** que, como bien lo estableció el **Considerando 41°**, se sigue ejecutando hasta *“esta fecha”*.

Este criterio además armoniza con lo resuelto por el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en circunstancias similares, particularmente en casos de abuso (reiterado) de posición dominante.

De hecho, en la **Sentencia N°55/2007**, el H. Tribunal resolvió lo siguiente:

“Décimo: Que [...] la explotación abusiva de posición dominante –que es la materia sub lite-, en este caso implica una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener la conducta abusiva y así prolongar sus beneficios esperados; por tanto, debe entenderse que subsiste tal abuso –esto es, que el mismo está siendo ejecutado- mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios que sean imputados como abusivos;

²⁷ González Ogaz, C. (2011). Prescripción de la acción por infracciones a la libre competencia. *Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes)*(21), 11-129, p. 121.

²⁸ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago, 2006, p. 925. Citado en González Ogaz, op. Cit., p. 122. En el mismo sentido opinan Corral y Abeliuk, según el mismo artículo.

Undécimo. Que tal doctrina tiene plena aplicación al caso de autos, pues en éste, se trata de determinar la época de ejecución de un supuesto abuso, consistente en la imposición de precios que resultan exclusorios de la competencia gracias a una posición dominante, y resulta evidente que tal acción requiere de la voluntad constante y permanente de quien la ejecute para poder mantenerse y ser efectiva. En otros términos: si la empresa dominante cesa en su voluntad de cobrar precios abusivos, sólo entonces puede entenderse que ha cesado la infracción sometida a conocimiento de este Tribunal, y sólo entonces comenzaría a correr el plazo de prescripción".

En el mismo sentido, en la **Sentencia N°76/2008**, el H. Tribunal estableció que **la discriminación arbitraria de precios** "*constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo, que se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la demandada hubiera cesado en la aplicación de los cobros cuestionados*".²⁹

En ambos casos existía un acto jurídico "originario" donde se establecían las tarifas que motivaron los conflictos y que era muy anterior a la notificación de las demandas. Y aun así, en ambos casos el H. Tribunal rechazó correctamente las excepciones de prescripción, atendida la naturaleza del ilícito anticompetitivo, las circunstancias del caso concreto y los efectos de las conductas para la libre competencia.

Lo anterior, debido a que lo relevante para efectos de contar el plazo de prescripción no es dónde o cuándo se establecieron las tarifas cuyo cobro resultan anticompetitivas, sino que "*la comisión o celebración de hechos de significación jurídica, sean éstos actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones)*" (Sentencia 55/2007, Considerando 10°).

²⁹H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°76/2008 de fecha 14 de agosto de 2008, caratulada "*Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE*". Considerando 9°.

Recientemente, la Excm. Corte Suprema se pronunció elocuentemente acerca de esta materia. Si bien lo hace en un caso de colusión, su razonamiento es directamente aplicable a este caso, porque explica cómo se deben analizar los actos continuados para efectos de la libre competencia:

*“Esta Corte ha resuelto con anterioridad (N°6249-2014 y 9361-2019) la problemática relativa a la unidad y pluralidad de acciones, expresando que **la unidad jurídica de acción se produce en situaciones en que el hecho típico se compone de varias acciones u omisiones que se complementan**. Así, en materia penal, se ha conceptualizado el delito permanente como “aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación (...) **crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera**. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga (...) **con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento**” (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 272).*

*El mismo autor se refiere al delito continuado expresando: “se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual **han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas**” (Obra citada, pág. 275). En aquello relativo específicamente a la libre competencia, se ha resuelto que **la hipótesis de infracción permanente se vincula con un comportamiento colusorio que implica necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados. Así, lo relevante es que se debe entender que subsiste la conducta infraccional, mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, por acción u omisión, pues el ilícito de colusión sólo cesa una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él”³⁰***

Aunque la conducta en este caso es un abuso de posición dominante, el razonamiento es exactamente el mismo: Banco Estado ha persistido en la

³⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 14 de agosto de 2019 (Caso Navieras), Considerando 36°.

conducta discriminatoria y anticompetitiva negándose a hacerla cesar, con lo que subsiste la infracción a la libre competencia.

De este modo, la Sentencia se equivoca al contar el plazo de prescripción desde la fecha de celebración del Contrato de Partícipe de 2001 y desde la fecha en que el Comité de Normas estableció las tarifas asociadas a las transferencias *batch* de débito en 1999 (año en que Banco Security ni siquiera ingresaba al CET).³¹ En efecto, ello es injustificado, equivocado y además, sumamente desprolijo, por los motivos que se explican más adelante.

No sólo eso, la Sentencia ofrece una especie de “segunda alternativa” para contar la prescripción que supuestamente sería “más favorable” a los demandantes: la creación de la Cuenta RUT. Como se demostrará, ello también es derechamente absurdo.

De hecho, **en ambos casos el plazo de prescripción se cuenta a partir de un hecho que no tiene significación jurídica alguna para la libre competencia**, como se explica a continuación.

A.2. LA SENTENCIA CUENTA EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DESDE ÉPOCAS EN QUE NI SIQUERA SE HABÍAN PRODUCIDO LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS POR BANCO SECURITY

Como se señaló, la Sentencia discurrió sobre dos alternativas para contar el plazo de prescripción, una “más favorable a los demandantes” que la otra. Primero, la Sentencia señala que la conducta reprochada sería “*la celebración del contrato que*

³¹ Aunque esto demuestra la clara desprolijidad de la Sentencia, no es relevante para estos efectos, ya que la prueba rendida acreditó que esta matriz habría sido modificada posteriormente y aplicada por Banco Security. Lo anterior, porque al comenzar el proceso de autorregulación tarifaria se aplicaban otras tablas de cálculo, como consta del documento “**Procedimiento para el cálculo de tarifas interbancarias por débitos multibancos**” acompañado por Banco Security (fojas 913) y página 14 del informe “*Tarifa Interbancaria para Transferencias Electrónicas en Línea, y para Créditos y Débitos Batch*” elaborado por el Sr. Claudio Sapelli (Documento N°17 ubicado en el Tomo II del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE).

establece las tarifas interbancarias” y que ésta se habría producido “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” (Considerando 65°). Ello se habría producido, respecto de Banco Security, en 2001 respecto de las tarifas relativas a las transferencias batch de crédito (Considerando 57°) y en 1999 respecto de las tarifas aplicadas a las transferencias batch de débitos (Considerando 58°).

La segunda alternativa, supuestamente “más favorable a los demandantes” sería contar el plazo **desde la creación de la Cuenta RUT de Banco Estado**, a partir de 2007 (Considerando 71°).

Sin embargo, incluso dejando de lado por un instante el hecho que la conducta es de ejecución permanente, en cualquiera de esos casos la decisión es errada, al punto que **cuenta el plazo de prescripción a partir de épocas en que ni siquiera se habrían producido las conductas denunciadas en autos.**

Insistimos que el plazo de prescripción no puede comenzar a contarse antes de que exista un *hecho de significación jurídica* para la libre competencia, tal como lo estableció el H. Tribunal en la Sentencia N°55/2007. Así, por mucho que hayan existido convenciones donde se establecieron las tarifas objeto de autos, o por mucho que la Cuenta RUT haya sido “creada” en 2007, lo relevante es cuándo se empieza a ejecutar la discriminación de precios lesiva a la libre competencia, lo que ocurrió mucho después, en un momento indeterminado del tiempo.

Al respecto, se ha señalado que *“el dinamismo del mercado puede convertir en lícita una situación que anteriormente se había calificado como ilícita”*,³² lo que evidentemente puede suceder al revés, como ocurre en este caso. Ni el

³² Poblete Iturrate, Orlando, “Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en materia de libre competencia”, en Romero Seguel, Alejandro (coordinador), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, LexisNexis, 1ª Edición, Santiago, 2007, p. 288.

establecimiento de parte de las tarifas objetadas en autos a fines de 1990 ni la creación de la Cuenta RUT son ilícitos, sino que la discriminación de precios ejecutada por Banco Estado comienza a ser contraria a la libre competencia cuando abusa de su posición dominante. Este hecho, si bien no tiene un punto de origen determinado, se reitera y vuelve a ejecutar especialmente cuando Banco Estado se niega a modificar o negociar sus tarifas, lo que ocurrió varias veces entre 2015 y 2016, como se demuestra en la sección siguiente.

Por lo tanto, resulta equivocado comenzar a contar la prescripción a partir del “*contrato de partícipe y sus adiciones*” o de “*la creación*” de la Cuenta RUT.

(i) La Sentencia se equivoca al contar un plazo a contar del “*contrato de partícipe y sus adiciones*”

En primer lugar, contar la prescripción desde la fecha del “*contrato de partícipe y sus adiciones*” resulta sumamente errado, al punto que para ello la Sentencia tuvo que modificar la conducta realmente reprochada por Banco Security.

De hecho, la Sentencia afirmó que “*debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias*” (**Considerando 65°**). Esta conclusión -que carece de todo fundamento- omite lo señalado en el libelo, del cual se desprende claramente que **la conducta reprochada es el cobro de tarifas discriminatorias por parte de Banco Estado** (fojas 98 y 145 de autos, que contiene el petitorio de la demanda).³³ De hecho, en la demanda se menciona

³³ En efecto, en la página 1 del libelo (fojas 98), se señaló expresamente lo siguiente: “*Banco Estado infringe las normas de la libre competencia, puesto que cobra precios discriminatorios a Banco Security por la recepción de transferencias electrónicas bancarias, abusando de su posición dominante en dicho mercado*”.

Luego, en el petitorio, lo que se solicitó al H. Tribunal fue declarar que “*Banco Estado ha infringido la libre competencia al **discriminar arbitrariamente en precios contra Banco Security***” y, por lo tanto, que ordenara “el cese inmediato de la conducta anticompetitiva que se demanda en esta presentación, disponiendo que en lo sucesivo Banco Estado se abstenga de incurrir en discriminaciones arbitrarias” (fojas 145).

una vez al Contrato de Partícipe, sólo para explicar la evolución del mercado y sus tarifas (fojas 110), y el CET-CCA (con quien se celebró este contrato) ni siquiera es parte del proceso. Esto confirma que **el Contrato de Partícipe se trata de un hito que no tiene ninguna significancia jurídica para este juicio**.

Adicionalmente, en a principios de los 2000 la conducta no podría haberse ejecutado, por cuanto **el mercado era totalmente distinto, al punto que el principal servicio de transferencias, las TEF, ni siquiera existía**. Así consta de los siguientes antecedentes, establecidos en la propia Sentencia:

1. Banco Estado no tenía poder de mercado. De hecho, la misma Sentencia reconoce que en esa época no existía la Cuenta RUT. No por nada, para intentar disimular este hecho, la Sentencia también opta (aunque erróneamente) por contar el plazo a partir de su creación.
2. La tecnología, costos, regulación y usos eran muy distintos. Por ejemplo, los datos necesarios para realizar las transferencias se transportaban físicamente por los ejecutivos en diskettes.³⁴ Asimismo, los pagos de los saldos netos entre los bancos por concepto de transferencias se efectuaban también de manera presencial, a través del intercambio de "vales cámara".³⁵ Además, en un comienzo el sistema de transferencias se utilizaba sólo para que las empresas hicieran pagos en masa a sus trabajadores y proveedores, y éstas se ejecutaban un día después de la instrucción. Es decir, el mercado de las transferencias era tan incipiente, que **el pago de tarifas interbancarias representaba un porcentaje**

³⁴ De hecho, en el **Acta del Comité de Normas N° 4 de fecha 9 de julio de 1998** se dejó constancia de que el principal sistema de contingencia en caso de fallas de conectividad entre un banco y el CCA consistía en utilizar diskettes o cintas magnéticas, hoy en desuso. Documento N° 1-04 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE.

³⁵ Como lo explicó el testigo **Sr. Enrique Villarroel**, "*el vale cámara es un instrumento de pago emitido por el banco, es como un vale vista pero el emisor es un banco y va con garantía de banco y todo*" (fojas 2.174). Incluso más, a modo anecdótico, también declaró que los vales cámara "*eran unos documentos que parecían un diploma, con sellos, harta "guarifaufa" por el lado, y que, incluso, esos vales cámara, cuenta la historia, se intercambiaban en los "café con piernas", casi [00: 43:48 inaudible] contar, porque los "junior", que partían con maleta y todo, y ahí ocurrían los cambios*" (fojas 2.174).

muy marginal del costo total de los bancos. Para ilustrar lo anterior, nos remitimos a la *Imagen 2*.

3. Incluso más, en 2001 **ni siquiera existían las TEF en Línea** (así lo confirman los considerandos 24° y 30° de la Sentencia). Este punto es sumamente relevante, ya que las TEF son las más masivas del sistema (representan un 79% del total de las transferencias),³⁶ las que más se efectúan a las Cuentas RUT de Banco Estado y, por lo tanto, las que más generan el sobre costo anticompetitivo con que tiene que cargar nuestra representada.

En este punto sorprende la desprolijidad de la Sentencia, que cuenta el plazo de prescripción indistintamente desde el Contrato de Partícipe de 2001 y desde el acta del Comité de Normas de 1999, donde se establecieron las tarifas asociadas a las transferencias *batch*. **En ninguno de esos documentos se estableció o pactó la tarifa aplicable a las TEF en Línea**, pues éstas se crearon mucho después, cuando el CCA ya no determinaba las tarifas. Así se desprende además de los Considerandos 29° y 30° de la misma Sentencia.

Este error termina produciendo una **gran contradicción en el fallo**, pues al no existir un instrumento donde consten las tarifas asociadas a las TEF en Línea, según la misma Sentencia, **su cobro configura una conducta de ejecución permanente, tal como lo estableció para el caso de Banco Internacional (Considerando 81°)**.

Por lo tanto, incluso en el caso equivocado e hipotético que el plazo de prescripción debiera comenzar a contarse a partir de la fecha en que se establecieran las tarifas interbancarias, éste no podría haber comenzado a correr

³⁶Dato extraído al 2 de septiembre de 2020 desde la página web del CCA (<https://www.cca.cl/estadisticas/>)

a partir de las fechas señaladas por el H. Tribunal, al menos respecto de las TEF en Línea.

4. Por otra parte, la **Cuenta RUT**, que es la que permite que Banco Estado tenga posición dominante en la recepción de transferencias electrónicas de fondos, **tampoco existía en esa fecha**, como reconoce la Sentencia en su Considerando 31°.

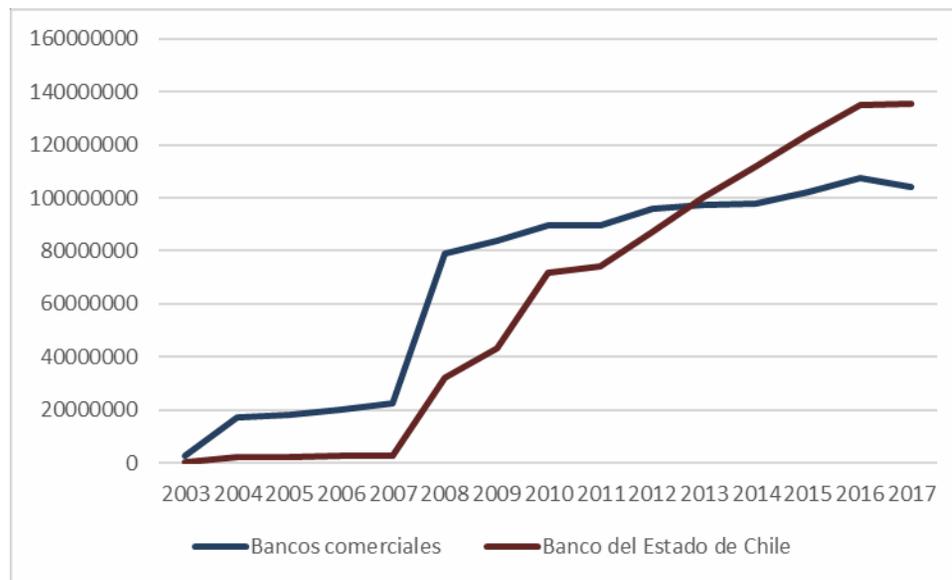
(ii) La Sentencia también se equivoca al contar el plazo desde la “creación” de la Cuenta RUT

En segundo lugar, la Sentencia señala que, en el mejor de los casos para los demandantes, el surgimiento de la Cuenta RUT constituiría un hito relevante que *“habría aumentado la cuota de mercado de la demandada y de esa manera, habría posibilitado que ella desplegara las conductas imputadas en autos. En ese sentido, se podría considerar el surgimiento de la Cuenta Rut como un hecho de significación jurídica a partir del cual se debe contar el plazo de prescripción en autos. En otras palabras, 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” (Considerando 71°).*

Esta segunda línea argumentativa es todavía más errada, vulnera las reglas de la lógica y conceptos básicos de libre competencia. Primero, porque el mero “surgimiento” de la Cuenta RUT no le dio a Banco Estado la cuota de mercado que hoy le permite cobrar tarifas discriminatorias. Ello significaría asumir que en 2007 Banco Estado habría conseguido de manera instantánea la cantidad de clientes que hoy le permite gozar de posición dominante. Incluso más, la misma Sentencia en el Considerando 124° reconoce que en el año 2008 Banco Estado sólo alcanzaba un 30% de participación.

Segundo, porque **tal afirmación contradice la evidencia del juicio**. De acuerdo con la información aportada al proceso por la SBIF (ahora *Comisión para el Mercado Financiero, CMF*), **sólo en el año 2014 las cuentas bancarias de Banco Estado comenzaron a superar de forma relevante en número a las del resto de los bancos comerciales**, como acredita el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Evolución de cuentas bancarias 2003-2017 (Número de cuentas)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la SBIF aportados a fojas 1759.

De lo anterior se desprende que “la creación” de la Cuenta RUT es un hito completamente irrelevante para estos autos, puesto que Banco Estado alcanzó una participación significativa varios años después, particularmente a partir del año 2014.

Sin embargo, como lo reconoce la misma Sentencia, esta cuota de mercado es sólo *indiciaria* de posición dominante. Lo que confirma que Banco Estado tiene posición dominante es el hecho de que actúa con independencia del resto de sus competidores, al ser el único banco que se niega a dejar de cobrar tarifas discriminatorias. Y ello comenzó a ocurrir recién el año 2015, cuando se negó a participar en el proceso de fijación tarifaria y a revisar las tarifas que cobra.

En definitiva, las equivocadas consideraciones de la Sentencia llevan a contar un plazo de prescripción a partir de hechos que no tienen significancia jurídica alguna, al punto que en esas fechas ni siquiera se había comenzado a ejecutar la conducta anticompetitiva.

A.3. LA SUPUESTA PRESCRIPCIÓN HABRÍA SIDO INTERRUMPIDA EN DIVERSAS OCASIONES ENTRE EL AÑO 2014 Y EL AÑO 2016

Desde otro punto de vista, en el caso hipotético que la conducta se haya empezado a ejecutar a principios de los 2000 o con la creación de la Cuenta RUT, la acción de Banco Security tampoco se encontraría prescrita, pues el plazo se renueva cada vez que Banco Estado se niega a modificar, revisar o al menos negociar las tarifas discriminatorias que cobra, tal como ocurre con la interrupción de la prescripción penal en los delitos continuados.

Si bien el tenor del artículo 20 del Decreto Ley 211 no habla de *interrupción* en el sentido que le otorga el Código Civil, el análisis de las normas de la libre competencia ha llevado a nuestra jurisprudencia a atribuirle el mismo efecto a aquellas conductas que se reiteran en el tiempo, como es el caso del cobro de tarifas discriminatorias por parte de Banco Estado.

En efecto, recientemente la Excma. Corte Suprema así lo resolvió, al acoger el recurso de reclamación deducido contra la Sentencia N°171/2019 del Tribunal de la Libre Competencia, en el caso *Navieras*:

“En nada altera la anterior conclusión la circunstancia de haber reconocido la FNE la existencia de un período de desvío del cartel en las licitaciones que se llevaron a cabo en el año 2009 para el año 2010, toda vez que aquello no impacta en la configuración de la conducta colusoria que fue imputada a la delatora, que se mantuvo vigente en el tiempo desde el año 2000 hasta el 2014 en el caso de la Ruta América y desde el año 2004 hasta el 2014 en el caso de la Ruta Europa, conducta constante en la que carece de relevancia el breve periodo de desvío detectado, toda vez que la concreción de conductas posteriores, retomando los acuerdos de reparto de mercado determinan una interrupción de la prescripción, en términos análogos a lo que sucede

en materia penal con relación a los delitos continuados, en que la ejecución de una nueva conducta determina la interrupción de la prescripción no consumada, razón por la que se pierde todo el tiempo transcurrido anteriormente, comenzando éste a correr nuevamente, en el caso concreto, atendido los términos del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 -modificado por la Ley N° 20.361-, desde que cesan los efectos del último acuerdo”³⁷

En ese sentido, incluso en el caso erróneo que se considere que había comenzado a correr el plazo de prescripción a partir del Contrato de Partícipe de Banco Security “y sus adiciones” o de la creación de la Cuenta RUT, lo relevante es que **Banco Estado ha hecho perpetuar la infracción a las normas de la libre competencia cada vez que se ha negado a modificar las tarifas discriminatorias que cobra.**

De hecho, se acreditó que en julio de 2015 Banco BICE invitó a los bancos a revisar sus tarifas de manera multilateral en el contexto del segundo proceso de autorregulación, a lo que Banco Estado se negó, sin ninguna justificación.³⁸

Incluso más, en agosto de 2015 se propuso a Banco Estado participar en cualquiera de los dos informes económicos encargados por los bancos o incluso encomendar un tercero a su elección, que sería considerado en igualdad de

³⁷ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en el caso Navieras, Rol N°15.005-2019, Considerando 42°.

³⁸ De hecho, mediante **correo electrónico enviado el 28 de julio de 2015 por el Sr. Enrique Villarroel** a ejecutivos de diversos bancos, incluido Banco Estado, el ejecutivo formuló una invitación a una reunión informativa con el objeto de “dar inicio, diseñar y proponer un plan de trabajo para la revisión y fijación de una tarifa interbancaria multilateral eficiente, que replique un equilibrio propio de mercado competitivo conforme a criterios técnicos y económicos” en relación a las transferencias electrónicas interbancarias, reunión que tendría por objeto únicamente “proponer un plan de trabajo para la revisión de la referida tarifa interbancaria eficiente, conforme a los criterios económicos señalados” (Documento N° 16 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE). El claro tenor de esta invitación demuestra que no es efectivo que los bancos pretendieran “imponer” un criterio a Banco Estado, como lo ha intentado afirmar infructuosamente en este juicio (a fojas 834 aseguró que “*Banco Estado no ha podido sumarse a un proceso previamente definido por los bancos y que se había adelantado*”). De hecho, mal podrían hacerlo, considerando que es Banco Estado quien domina el mercado y se ha comportado de manera independiente al resto de los competidores.

condiciones.³⁹ Pero Banco Estado nuevamente se negó a ello, sin ninguna justificación.⁴⁰

Finalmente, en enero de 2016 los bancos que participaron en el proceso de autorregulación solicitaron derechamente a Banco Estado adherir a las tarifas resultantes del análisis económico efectuado por los Sres. Sanhueza, Galetovic y Sapelli,⁴¹ pero el demandado se volvió a negar en marzo de 2016.⁴²

Por lo tanto, quedó suficientemente acreditado que Banco Estado, abusando de la posición dominante que tiene en la recepción de transferencias electrónicas, se ha negado recurrente y persistentemente a adecuar sus tarifas a la libre competencia. Así, no cabe duda que, en el caso improbable e hipotético que se considere que previo al año 2015 comenzó a correr el plazo de prescripción, éste se “interrumpió” o se perdió cada vez que Banco Estado insistió en perseverar en su anticompetitiva conducta.

A.4. EN TODO CASO, NO PUEDE PRESCRIBIR LA FACULTAD DEL H. TRIBUNAL PARA PREVENIR Y CORREGIR ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Incluso en el caso hipotético que pudiese prescribir la acción respecto de una conducta anticompetitiva que según la misma Sentencia se sigue ejecutando, jamás podrían prescribir las facultades correctivas de que dispone el H. Tribunal para proteger la libre competencia.

³⁹ Documento agregado a fojas 1864 acompañado por Banco Estado.

⁴⁰ Documento agregado a fojas 1867 acompañado por Banco Estado.

⁴¹ Documento agregado a fojas 1870 acompañado por Banco Estado.

⁴² Documento agregado a fojas 1873 acompañado por Banco Estado.

En efecto, el artículo 5 del Decreto Ley 211 dispone que *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, [...] cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”*.

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

Por otra parte, el artículo 20 del Decreto Ley 211 señala que *“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”*.

Interpretando todas estas normas, tanto el H. Tribunal como la Excma. Corte Suprema han establecido que, si bien pueden prescribir las acciones destinadas a que se sancionen los hechos, actos o convenciones anticompetitivas, jamás podría extinguirse la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para reestablecerla.

A modo ejemplar, en la Sentencia N°60/2007, el H. Tribunal resolvió que *“la prescripción de la acción no afecta sus atribuciones para adoptar medidas correctivas o prohibitivas -distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26°- 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 3° 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".⁴³ El mismo criterio ha sostenido en las Sentencias N°62/2008 y N°66/2008, entre otras.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, como lo demuestra la sentencia de los autos sobre recurso de reclamación Rol N°1909-2008, en que se resolvió que existe "*una clara distinción entre las medidas de carácter sancionatorio y aquéllas de índole correctiva o prohibitiva, pues, no obstante tener ambas especies de providencias su origen en las potestades públicas de que está dotado el Tribunal recurrido, en ejercicio de la función que el legislador le ha encomendado para asegurar la libre competencia en los mercados -artículo 2° del Decreto Ley N°211- las primeras tienen por objeto castigar o reprimir las conductas atentatorias desplegadas en contra de ese principio de regulación económica y las segundas persiguen una finalidad preventiva orientada a evitar su ocurrencia en el futuro o bien correctiva de los efectos o consecuencias derivadas de los comportamientos lesivos efectivamente producidos*".⁴⁴

Este criterio no sólo encuentra respaldo legal, sino también en la realidad de los mercados y en el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N°211. Si prescribieran las facultades correctivas, preventivas y prohibitivas del H. Tribunal, significaría que por el sólo hecho de que no se interponga una demanda o un requerimiento dentro de plazo para hacer cesar una conducta anticompetitiva, ésta se podría seguir desplegando en el tiempo, sin reproche alguno.

El criterio de la Sentencia lleva al absurdo de que a un agente le bastaría con negarse a modificar un contrato anticompetitivo para perpetuar en el tiempo su actuar ilegal.

⁴³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°60/2007 de fecha 9 de octubre de 2007, caratulada "*Demanda de Bayer HealthCare LLC contra Laboratorio Maver Ltda.*". Considerando 16°.

⁴⁴ Considerando 6° de la sentencia.

En ese sentido, **la Sentencia crea un peligroso precedente** porque da luz verde a ejecutar conductas que lesionen los mercados y a la sociedad de manera indefinida en el tiempo, sin que se pueda adoptar medida alguna para restablecer la libre competencia. Semejante conclusión es repudiada por nuestro ordenamiento jurídico.

B. LA SENTENCIA INCURRE EN GRAVES ERRORES AL ANALIZAR EL MERCADO RELEVANTE, LA POSICIÓN DOMINANTE DE BANCO ESTADO Y LA CONDUCTA DENUNCIADA

Como hemos señalado, la Sentencia omitió pronunciarse sobre la demanda de Banco Security, limitándose a acoger la excepción de prescripción (Nº2 de la parte resolutive de la Sentencia). Sin embargo, sí se pronunció sobre la demanda de Banco Internacional, que denunció las mismas conductas que nuestra representada.

Al respecto, la Sentencia también incurre en diversos errores, omisiones y contradicciones que la llevaron a definir equivocadamente el mercado relevante y a descartar la posición dominante de Banco Estado. Por lo anterior, la Sentencia estimó innecesario *“continuar con el análisis para desestimar las acusaciones respecto a discriminación de precios”* (Considerando 169º).

Sin embargo, la Sentencia contiene un capítulo denominado *“Efectos de red existentes en el mercado”* donde parece intentar justificar la diferencia en las tarifas que cobra Banco Estado (Considerandos 152º y siguientes). Sin embargo, como se demostrará, no existe ninguna justificación económica que permita explicar la discriminación de precios que ejecuta Banco Estado.

B.1. LA SENTENCIA NIEGA EL INDUDABLE CARÁCTER DE MERCADO DE LA RECEPCIÓN DE TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS

El H. Tribunal decidió innovar respecto de la definición de mercado relevante efectuada por las partes (tanto por los demandantes como por Banco Estado) y hacer una definición completamente distinta. En efecto, en el Considerando 113° de la Sentencia, estableció 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”*.

Esta conclusión se extraería únicamente del hecho que los servicios de transferencias electrónicas de fondos se encontrarían *“inherentemente ligados a las cuentas bancarias”*, por lo que supuestamente no podrían configurar un mercado, según se desprende del mismo Considerando 113° y también del Considerando 106°. ⁴⁵

Sin embargo, esta conclusión incurre en un error conceptual y económico grave. No cabe duda que las transferencias electrónicas y las cuentas bancarias son mercados que están relacionados entre sí, pero al definir el mercado relevante la Sentencia confunde lo que constituye un *mercado* con la *industria* a la que pertenece. Así, por ejemplo, ni siquiera reparó en que en las transferencias electrónicas sólo participan los bancos -como oferentes y demandantes- y no los clientes finales, que son los demandantes de las cuentas bancarias.

⁴⁵ El Considerando 106° señala lo siguiente: *“Que, a pesar de que las cuentas corrientes y cuentas vistas presentan algunas diferencias en lo que se refiere a las exigencias para su apertura, las transferencias electrónicas, elemento central de la presente controversia, constituyen un servicio que es inherente a ambas. En efecto, se mostrará que, según se desprende de la regulación aplicable y de los antecedentes en autos, 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”*

No por nada, la definición de la Sentencia contradice todo lo que han señalado las partes del juicio, y todos los economistas que han vertido su opinión en esta materia, incluso aquellos contratados por Banco Estado. Todos ellos, sin perjuicio de sus matices, han considerado **el mercado de las transferencias electrónicas como un mercado autónomo en sí mismo**. Sólo a modo ejemplar, a continuación destacamos algunas definiciones de mercado relevante efectuadas por quienes intervinieron en el proceso:

- (i) **Banco Security** definió al mercado relevante como *“el de los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias, dentro del territorio nacional”* (demanda de Banco Security, foja 114). En el mismo sentido lo definieron Banco BICE (foja 23) y Banco Internacional (foja 203).
- (ii) **Scotiabank** lo definió como *“el de los servicios de recepción de transferencias electrónicas desde cuentas de clientes de otros bancos”* (Demanda de Scotiabank, foja 326).
- (iii) **BBVA**, como *“el de las transferencias electrónicas interbancarias”* (Demanda de BBVA, foja 516).
- (iv) **Itaú Corpbanca**, como *“el de las transferencias electrónicas interbancarias de fondos”* (Observaciones a la prueba, foja 4636).
- (v) **Banco Estado**, como el 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.”* (Demanda de Banco Estado, fojas 434).
- (vi) El **Informe económico de F&K Consultores**, definió al mercado relevante como *“el servicio de recepción de transferencias electrónicas”* (fojas 2850).

- (vii) La Sra. **Andrea Butelmann**, autora de los dos informes económicos presentados por Banco Estado, lo definió como el “*mercado de medios de pago*”, incluyendo “*las transferencias electrónicas*” (declaración testimonial, fojas 3157). De hecho, al declarar ante el H. Tribunal dio a entender que se trata de un mercado en sí mismo.⁴⁶ Ello es consistente con la jurisprudencia en libre competencia, en el sentido que cada medio de pago puede conformar un mercado relevante en sí mismo, debido a que no son sustitutos perfectos (Sentencia 29/2005).⁴⁷
- (viii) **Informe económico de A+R Economics**. Los economistas Guillermo Paraje y Manuel Willington elaboraron este informe, cuyo título indica como mercado relevante “*el mercado de terminación de transferencias bancarias*” (fojas 4344).
- (ix) **Informe económico de Harrison & Johnson Asociados**. Los economistas Rodrigo Harrison y Marcelo Villena también definieron el mercado relevante como el de “*las transferencias electrónicas de fondos*” (fojas 4434).
- (x) **Informe económico de Jorge Tarziján**. El economista definió al mercado relevante como el de las “*transferencias electrónicas*”

⁴⁶ Declaración testimonial de la Sra. **Andrea Butelmann**, foja 3.159.

⁴⁷ En concreto, en el Considerando 22° de la sentencia referida, el H. Tribunal resolvió lo siguiente: “Este Tribunal estima, por las razones anteriores, que si bien todos los medios de pago son sustitutos entre sí, esta sustitución dista de ser perfecta, tanto desde el punto de vista de los tarjetahabientes como del comercio. Ello queda corroborado por el hecho que el comercio está dispuesto a incurrir en un eventual mayor costo de venta al aceptar tarjetas de crédito (comisión, pago por transacción, arriendo de terminales). La disposición a pagar por parte del comercio por dicho uso de tarjetas de crédito estaría a su vez fundada tanto en los beneficios que reporta al comercio como en el hecho que, para los tarjetahabientes, éstas no tienen sustitutos perfectos en otros medios disponibles de pago. Por lo tanto, **el mercado relevante considerado en el caso sub lite será, sólo en cuanto los demás sustitutos son imperfectos y para los efectos de enmarcar el raciocinio de esta sentencia, el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito**”.

interbancarias (sin considerar liquidación de transferencia a efectivo” (fojas 5792 vta.).

Así, **nunca nadie puso en duda que el mercado relevante era el de las transferencias electrónicas de fondos.** Lo único discutido con Banco Estado es el alcance de este mercado, pues el demandado intentó -equivocadamente- ampliarlo para incluir la liquidación en efectivo de los fondos transferidos.

Por otra parte, el hecho que un mercado sea o no “*inherente*” a otro no modifica su condición de tal. Existen innumerables ejemplos de servicios que constituyen mercados en sí mismos, aún cuando son “*inherentes*” a otros, incluso en la misma industria.

Así por ejemplo, las transacciones efectuadas con tarjetas de crédito y débito, que también son “*inherentes*” a las cuentas bancarias, son un mercado relevante en sí mismo (Casos *Transbank*).⁴⁸ En el mismo sentido, el mercado de los portales electrónicos de pago, que son inherentes a los medios de pago electrónicos (Caso *Centro de Compensación Automatizado S.A.*).⁴⁹

Aún más, en la industria de las telecomunicaciones (homologable al de autos, como lo han reconocido las partes del proceso e incluso el H. Tribunal⁵⁰), se ha señalado que la terminación de llamadas fijo-móvil on-net es un mercado en sí mismo, independientemente que sea *inherente* al mercado de la telefonía móvil (Sentencia N°88/2009, Considerando 28°).

En definitiva, **el hecho que un servicio sea o no *inherente* a otro, no es importante para definir el mercado relevante.** Lo que debe analizarse es si el

⁴⁸ Sentencia N°29/2005, Considerando 22° y sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de diciembre de 2019 que acogió la reclamación deducida contra la Resolución 58/2018.

⁴⁹ Resolución N°633 de la Comisión Resolutiva, Considerando 5°.

⁵⁰ Ver resolución de fecha 23 de agosto de 2018, a fojas 3237.

servicio puede considerarse como un «mercado», definido en economía como “*un grupo de compradores y vendedores de un servicio o bien determinado*”.⁵¹

Pues bien, en la recepción de transferencias electrónicas de fondos existen compradores (los bancos que originan las transferencias) y vendedores (los bancos que reciben las transferencias), el servicio que se adquiere es la recepción de la transferencia electrónica, y el precio a pagar por dicho servicio es la transferencia interbancaria, que da origen a este juicio.

De hecho, el H. Tribunal reconoce en la Sentencia que la recepción de transferencias tiene costos y tarifas propias, al señalar que “*la tarifa asociada a la recepción de transferencias se conoce como ‘tarifa interbancaria’ o tarifa comercial’ y los costos en los que incurre el banco receptor por procesar y registrar dicha transferencia en las cuentas de sus clientes se conocen como ‘costos de escuchar’*” (Considerando 9°). Incluso más, se trata de tarifas que se facturan los bancos entre sí (de manera separada a otros servicios interbancarios) y respecto de las cuales pagan IVA (Considerandos 60° y 20°, respectivamente).

En igual sentido, al negar el carácter de *mercado* a la recepción de transferencias electrónicas, la Sentencia contradice el concepto de mercado relevante universalmente aceptado en sede de libre competencia para definir la existencia de poder de mercado, el que se define como “*un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado*”.⁵² Pues bien, en el caso de autos, existe un producto (transferencias electrónicas) en un área geográfica en que se produce, compra o vende (territorio nacional) y en una dimensión temporal. Y como se demostró en el proceso y se explica en la sección

⁵¹ Mankiw, N. (2008). *Principles of Economics*. South-Western Cengage Learning, p. 66.

⁵² Fiscalía Nacional Económica. (2012). *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, p. 10. Obtenido de <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

siguiente, ese es el mercado donde Banco Estado ejerce su posición dominante, actuando de manera completamente independiente de sus competidores.

De todo lo anterior, resulta evidente que la Sentencia erró en la determinación del mercado relevante, que no es ni podría ser el de las “cuentas bancarias”. Este escenario, como se verá, resulta sumamente favorable a Banco Estado, ya que en la recepción de transferencias electrónicas de fondos (mercado relevante), **el demandado tiene un 72,6% de participación medida en ingresos**, seguido con un escaso 6,5% por su más cercano competidor.⁵³

B.2. LA SENTENCIA DESCARTA EQUIVOCADAMENTE LA EVIDENTE POSICIÓN DOMINANTE DE BANCO ESTADO EN EL MERCADO RELEVANTE

La Sentencia descarta que Banco Estado tenga posición dominante en el mercado relevante, desconociendo la abundante prueba que indica exactamente lo contrario y basándose únicamente en el informe económico que el demandado encargó *ad-hoc* para defenderse en este proceso.

Lo cierto es que existe abundante prueba que acredita que Banco Estado domina el mercado de la recepción de transferencias electrónicas de fondos, como se explica a continuación.

(i) Banco Estado tiene una altísima participación de mercado que es indiciaria de posición dominante

Las partes estuvieron contestes en que **Banco Estado tiene una altísima participación en la recepción de transferencias electrónicas de fondos**⁵⁴, al

⁵³ **INFORME FK**, fojas 2.854, 2.856, 2.859 y 2.860.

⁵⁴ En efecto, así lo indicaron en autos los representantes legales de todos los bancos demandantes: (i) Banco Internacional a fojas 1676; (ii) Banco Scotiabank a fojas 1693; (iii) Banco Security a fojas 1707; Banco BBVA a fojas 1720; y, (iv) Banco BICE a fojas 1665.

punto que el propio demandado reconoció que es el “receptor neto” del sistema.⁵⁵ De hecho, **Banco Estado jamás controvertió que tuviera una altísima participación de mercado**.⁵⁶

Pues bien, el **Informe Económico de F&K Consultores** acreditó que **el demandado tiene un 72,6% de participación medida en ingresos**, seguido con un escaso 6,5% por su más cercano competidor.⁵⁷

Incluso más, considerando la errada definición de mercado relevante que hace la Sentencia, el H. Tribunal estableció que Banco Estado **“es el líder del mercado medido en volumen de cuentas y en valor”** al tener un **57,3% de participación** medida en número de cuentas, que según la Sentencia sería lo relevante para este juicio (**Considerando 122°**).

No sólo eso, la Sentencia explicita además que esta cuota de mercado **“constituye un indicio de su posible dominancia”** (Considerando 125°). Esta afirmación está en línea con lo resuelto por el H. Tribunal en las Sentencias N°164, N°154, N°153 y N°151, en el sentido que **“cuotas de mercado superiores al 50% son al menos indicativas de una posición de dominio en el mercado”**⁵⁸ y, más aún, que

⁵⁵ De hecho, fue Banco Estado quien utilizó ese concepto por primera vez en el juicio, al contestar la demanda (Contestación de Banco Estado, fojas 403 a 406, 431 y 432). En el mismo sentido, el gerente general de Banco Estado, **SR. JUAN COOPER**, preguntado sobre si es efectivo que Banco Estado recibe más transferencias de las que realiza respecto de los clientes de Cuenta RUT declaró: *“Yo creo que es efectivo, dado que es como la última parte de la cadena de pago entonces hay muchos bancos que, para efectos de pago de sueldos [...] o transferencias de servicio, efectúan esas transferencias [...] a los tenedores de Cuenta RUT”*, agregando que *“Yo tengo entendido, si bien no tengo la cifra absoluta, efectivamente [Banco Estado] es un receptor neto en términos de transferencias recibidas”*. Absolución de posiciones Sr. Juan Cooper (Banco Estado) fojas 2744.

⁵⁶ De hecho, consta de su contestación que Banco Estado sólo se limitó a cuestionar la definición de mercado relevante y a señalar que su Cuenta RUT sería desafiante, pero siempre reconoció ser el “receptor neto” del sistema (Contestación de Banco Estado, fojas 447 y siguientes).

⁵⁷ **INFORME FK**, fojas 2.854, 2.856, 2.859 y 2.860.

⁵⁸ TDLC, Sentencia N° 164/2018, *Demanda de Oscar Morales L. contra Trefimet S.A.*, Rol C 293-15 (28 de septiembre de 2018), considerando 36°.

*“incluso dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia en Europa”.*⁵⁹

Así las cosas, el H. Tribunal debió ponderar cuidadosamente la cuantiosa prueba rendida al respecto y que se resume a continuación.

(ii) **Banco Estado actúa con independencia de sus competidores al cobrar tarifas interbancarias**

Además de la alta participación de mercado que Banco Estado presenta en el mercado relevante, se acreditó suficientemente que tiene *“una posición de poderío económico que [le] permite [...] comportarse con relativa independencia de sus competidores, clientes y, en último término, de los consumidores”*.⁶⁰

De hecho, Banco Estado es el único banco que cobra tarifas diferenciadas según el tamaño del banco de origen, sin que los bancos afectados hayan dejado de enviarle transferencias. Esto es muestra evidente de que *se comporta con independencia de sus competidores*, lo que por definición acredita su posición dominante.

Tal es el grado de poder de mercado de Banco Estado que ha impuesto de manera unilateral estas tarifas discriminatorias a otros bancos de menor tamaño que ingresaron al sistema mucho después de que el CCA dejó de intervenir en

⁵⁹ TDLC, Sentencia N° 164/2018, *Demanda de Oscar Morales L. contra Trefimet S.A.*, Rol C 293-15 (28 de septiembre de 2018), considerando 36°. En igual sentido, TDLC, Sentencia N° 154/2016, *Demanda de Conadecus en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. y otras.*, Rol C 275-14 (15 de septiembre de 2016), considerando 32°; TDLC, Sentencia N° 153/2016, *Demanda de Constetel Ltda. en contra de Telefónica Móviles Chile S.A.*, Rol C 287-14 (4 de agosto de 2016), Considerando 19°; TDLC, Sentencia N° 151/2016, *Demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. en contra de Masisa S.A. y otra*, Rol C 293-15 (16 de junio de 2016), Considerando 66° (“*en el derecho europeo cuotas entre 50% y 70% dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia, aunque se deben considerar otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado*”).

⁶⁰ Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 553.

la fijación de tarifas interbancarias, como es el caso de Banco Internacional y HSBC Bank Chile. En efecto, **HSBC Bank Chile** – que no participó del proceso de autorregulación tarifaria ni es parte de este juicio – señaló que Banco Estado *“determina las tarifas, a cobrar y a pagar, unilateralmente”*.⁶¹ Evidentemente, si Banco Estado no dominara este mercado no tendría ninguna posibilidad de imponer estas tarifas, como de hecho lo hace.

La posición de dominio del demandado se potencia aún más porque la recepción de transferencias electrónicas es una industria de red en que además **cada competidor tiene el monopolio sobre las transacciones que recibe**,⁶² lo que favorece el cobro de precios monopólicos,⁶³ especialmente por quien tiene el mayor número de usuarios, como es Banco Estado.

Incluso considerando la errada definición de mercado relevante efectuada en la Sentencia, la prueba rendida permite afirmar que Banco Estado se comporta con independencia de sus competidores en la oferta de cuentas bancarias. En efecto, se acreditó que Banco Estado es el único que ofrece una cuenta vista con el tarifado de la Cuenta RUT, con escasos requisitos de apertura -al punto que no

⁶¹ Presentación de HSBC Bank Chile de fojas 1.789.

⁶² Al respecto, los economistas Guillermo Paraje y Manuel Willington en su informe económico acompañado por Banco Scotiabank a fojas 4320, concluyeron que “[...] cada Banco es monopolista respecto del servicio de terminación de los diversos tipos de transferencias electrónicas. Tienen, por lo tanto, a priori, la posibilidad de ejercer poder de mercado. Esta posibilidad no se ve limitada por ningún tipo de amenaza competitiva ya que no es posible la entrada a estos mercados. [...] Esta implica que los monopolistas actuales seguirán siendo monopolista de los mismos mercados en el futuro con una alta probabilidad”. Guillermo Paraje y Manuel Willington, *Abuso de Posición Dominante en el Mercado de Terminación de Transferencias Bancarias: el caso del Banco del Estado* (p. 41). Santiago, 12 de marzo de 2018. Informe acompañado por Banco Scotiabank a fojas 4320.

⁶³ En efecto, el H. Tribunal ha resuelto que *“los servicios [entre operadores de telecomunicaciones...] en su mayoría están asociados también a reciprocidad entre cada par de operadores, cada uno monopólico respecto del otro. La particularidad de esta situación es que el resultado de equilibrio puede ser que cada uno cobre al otro el precio monopólico para un determinado servicio, aumentándose mutuamente los costos y, en definitiva, llevando a que los precios a usuarios finales sean superiores (...). De acuerdo a lo expuesto, este Tribunal considera que cualquier empresa, independientemente de su poder de mercado en el de la telefonía, puede cobrar una tarifa monopólica por estos servicios”*. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Informe N° 2/2009, *Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija*, Rol NC 246-08, Considerando 128.

requiere mayoría de edad ni residencia definitiva en el país- y que cobra por efectuar transferencias electrónicas y giros en cajeros automáticos, entre otros.⁶⁴

Sin embargo, nada de eso fue considerado en la Sentencia.

(iii) **Los bancos privados no pueden dejar de enviar transferencias a Banco Estado**

Si bien dejar de enviar transferencias electrónicas hacia las Cuentas RUT de Banco Estado es posible desde el punto de vista operacional, ha quedado acreditado que ello es comercialmente inviable, cuestión que fue aseverada de manera conteste y unánime por los **testigos de los demandantes**.

En concreto, a fojas 2187, el **Sr. Enrique Villarroel** (Banco BICE), declaró que *“la transferencia de fondos es un servicio esencial, es decir, hoy una cuenta bancaria, sea una cuenta corriente, una cuenta de débito, si no tiene transferencia de fondos, es una cuenta que está fuera de mercado”*.⁶⁵ En el mismo sentido declararon los testigos **Sra. Paola Reyes** (Banco Security, fojas 2426)⁶⁶ y **Sr. Francisco Letelier** (BBVA, fojas 2618).⁶⁷

En todo caso, es un hecho de público y notorio conocimiento que una cuenta que no permitiera realizar transferencias a Cuentas RUT no sería atractiva para

⁶⁴ Así se comprueba de los documentos exhibidos por los bancos a solicitud de Banco Estado, en que constan las condiciones de apertura y tarifas asociadas a las cuentas vistas ofrecidas por cada uno de ellos (ver Punto II.1.(i) de fojas 942 y documentos exhibidos al efecto).

⁶⁵ Asimismo, en el informe económico de los economistas Sres. Guillermo Paraje y Manuel Willington, se indica claramente que la transferencia electrónica de fondos “[e]s un insumo imprescindible para que el Banco A pueda brindar a sus clientes un paquete de servicios -aquellos asociados a las cuentas corrientes y cuentas vista- que incluye las transferencias electrónicas”. Ib. p. 33.

⁶⁶ A fojas 2.426, la **Sra. Paola Reyes** (Banco Security), declaró lo siguiente: *“si ahora tú me dices ‘sabes qué, no vas a operar con Banco de Chile o con BancoEstado’, es imposible porque en el caso del Security el 44% de las transacciones son enviadas a BancoEstado”*.

⁶⁷ A fojas 2.618, el **Sr. Francisco Letelier** (BBVA), declaró que ofrecer un servicio que no haga transferencias a la Cuenta RUT *“desde el punto de vista de cliente sé (sic) sería dispararnos en los pies lanzar un producto así, o limitarlo”*.

ningún cliente. Así se desprende además del **Considerando 153°**, que señala que *“mientras más personas tienen cuentas bancarias habilitadas para recibir transferencias, más valiosa es la cuenta bancaria de cada cliente toda vez que tiene más destinatarios potenciales a quienes realizarlas”*.

(iv) **La Cuenta RUT de Banco Estado impide que otro banco pueda desafiar su posición dominante**

Los **economistas Sres. Rodrigo Harrison y Marcelo Villena** en su informe económico acompañado a fojas 4528 señalan de manera clara que: *“Banco Estado tiene una posición dominante por el servicio de transferencia electrónica interbancaria. Esta posición dominante es muy difícil de ser desafiada por sus competidores, por temas técnicos, legales y económicos [...]”*.⁶⁸

Pues bien, como lo señala el mismo informe,⁶⁹ una de las razones por las cuales no es posible desafiar la posición de Banco Estado es que la Cuenta RUT constituye una verdadera barrera a la entrada que imposibilita desafiar a Banco Estado en el mercado relevante.

Lo anterior quedó plenamente acreditado en el proceso, al punto que el **Sr. Fantuzzi**, autor del Informe Económico de F&K Consultores, declaró que la barrera a la entrada más importante que detectó su estudio fueron precisamente las Cuentas RUT.⁷⁰

⁶⁸ Página 77 del informe económico de los Sres. Rodrigo Harrison y Marcelo Villena.

⁶⁹ Íd., p. 77.

⁷⁰ En efecto, a fojas 3.100, el **Sr. Fantuzzi** declaró lo siguiente: *“[U]a 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 BancoEstado, porque, y aquí sí, perdón, pero hay algo económico de esto, pero si alguien quisiera desafiar la cantidad de transacciones que recibe BancoEstado, tendría que tener un número importante de cuentas vista, cuentas corrientes, y eso no es económicamente factible, de hecho el mismo BancoEstado 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 BancoEstado y que por lo tanto tiene una posición de dominio”*.

En concreto, en este juicio se acreditaron los siguientes hechos que confirman esta tesis:

- (a) *La estructura tarifaria de la Cuenta RUT permite a Banco Estado asegurar su participación de mercado en la recepción de transferencias de fondos*

La estructura tarifaria de la Cuenta RUT desincentiva el envío de transferencias por parte de sus clientes, lo que le permite mantener y asegurar su participación de mercado.

En concreto, sus usuarios deben pagar \$300 si quieren transferir fondos a personas con cuentas en otros bancos, mientras que transferir a otra cuenta de Banco Estado es gratis.

Esta estructura tarifaria evidentemente desincentiva las transferencias electrónicas a otros bancos. En efecto, así lo explicó, a fojas 2606, el testigo **Sr. Letelier** (BBVA): *“yo no le cobro a ninguno de mis clientes por transferir a la CuentaRUT, a ninguno; y sin embargo cuando alguien desde la CuentaRUT me transfiere al BancoEstado o al resto de los bancos, sí le cobra, y eso genera valor en el resto de los bancos y eso tiene impacto en el desbalance, hay un desincentivo claro a la no realizar un interés de transferencia desde la CuentaRUT hacia otros bancos que no sea BancoEstado (sic)”*.

Adicionalmente, Banco Estado le cobra a los usuarios de Cuenta RUT \$300 por hacer un giro en un cajero automático,⁷¹ lo mismo que transferir a otro banco. Por simple lógica, ello significa que Banco Estado privilegia la liquidación de efectivo (a través del uso de cajeros automáticos) por sobre las transferencias

⁷¹ Estas tarifas se encuentran publicadas en la página web de Banco Estado. Además, esta información fue confirmada en la página 32 del **PRIMER INFORME BUTELMANN**; también por el **Sr. Cooper**, absolviendo posiciones en representación de Banco Estado (fojas 2.771) y finalmente, por los testigos del demandado, **Sr. Edwards** (fojas 2.919 y 2..920) y **Sra. Butelmann** (fojas 3.164).

electrónicas de fondos a otros bancos, pues un retiro de efectivo (por \$300) permite efectuar distintos pagos a varias personas, mientras que para hacer lo mismo vía transferencia, el cliente de Cuenta RUT debe pagar por cada una de ellas.⁷² Esto es sumamente relevante, considerando que Banco Estado intentó justificar las tarifas que cobra precisamente en el costo en que incurre para que sus clientes retiren efectivo a través de sus canales físicos.

Así las cosas, **la estructura tarifaria de la Cuenta RUT incentiva que sus usuarios reciban muchas más transferencias que las que envían, asegurando la condición de “receptor neto” del demandado.**

Una alternativa que hipotéticamente permitiría contrarrestar este efecto sería que los bancos también cobraran a sus clientes por realizar transferencias hacia Banco Estado. Sin embargo, la mayor cantidad de los clientes de los demandados son tenedores de cuentas corrientes y, tal como lo estableció el Considerando 7° de la Sentencia, las normas de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF-CMF impiden cobrar por transferencias a los cuentacorrentistas, permitiendo dichos cobros sólo en las cuentas vista.⁷³

⁷² En efecto, si bien en el **informe de Butelmann de fojas 3120** se afirmó que al cobrar la misma tarifa no se desincentivaría en particular el uso de las transferencias (p. 32), ello corresponde a un análisis simplista que desconoce las propiedades de ambos medios de pago. Por ejemplo, supongamos que un cliente de Cuenta RUT debe pagar deudas a cinco personas o entidades distintas. Con un solo giro en cajero (y un costo de \$300), el cliente podrá pagar todas esas deudas (que generalmente se devengan en un mismo día del mes). Sin embargo, si quisiera pagar esas mismas deudas por medio de transferencias electrónicas, incurriría en un costo de \$1500.

⁷³ En efecto, el Considerando 7° de la Sentencia señala lo siguiente: “*Que, en definitiva, tanto las cuentas corrientes como las cuentas vista permiten a sus titulares realizar y recibir transferencias electrónicas. Respecto de las cuentas corrientes, los bancos deben prestar los servicios de transferencias bancarias a otros bancos sin la posibilidad de efectuar cobros o comisiones adicionales a sus clientes por este concepto, pues se entiende que las transferencias electrónicas de fondos son servicios propios de este tipo de cuentas, (sección 5 del Capítulo 2-2 de la RAN). En contraste, respecto de las cuentas vista, la normativa aplicable permite a los bancos efectuar cobros adicionales por la realización de transferencias electrónicas (secciones II.2.1 c) y 2.6 del capítulo 2-6 de la RAN)*”.

En consecuencia, la única manera de desafiar el poder de mercado de Banco Estado que tiene gracias a su Cuenta RUT es implementando cuentas vista que la desafíen, lo que, como se examina a continuación, tampoco es posible.

(b) Los bancos privados no pueden ofrecer productos sustitutos a la Cuenta RUT

Banco Estado afirmó en el juicio que cualquier banco podría ofrecer un producto similar a la Cuenta RUT y convertirse en receptor neto.⁷⁴ En el mismo sentido, la Sentencia concluye que no existirían *“barreras que impidan a los demás bancos de la plaza expandir su participación de mercado con productos de similares características”* (Considerando 147°).

Sin embargo, ello contradice la prueba rendida en autos, que acreditó plenamente que aunque los bancos privados sí están interesados en ofrecer productos similares a la Cuenta RUT, en la práctica ésta no ha podido ser desafiada. En efecto:

1. **Se acreditó que los bancos privados están interesados en ampliar sus servicios a todo tipo de personas, incluyendo al público objetivo de cuentas vista**. Según Banco Estado, los bancos no ofrecen productos similares a la Cuenta RUT porque no estarían interesados en enfocarse en este segmento, prefiriendo a clientes de mayores ingresos.⁷⁵

Sin embargo, el propio Banco Estado y sus informantes en el juicio han reconocido que existen bancos interesados en este segmento, mencionando el caso de Banco Falabella, CrediChile del Banco de Chile, Banefe de Santander y

⁷⁴ Así se desprende de la contestación de Banco Estado (fojas 448 y siguientes). De hecho, a fojas 827, Banco Estado afirmó que *“[s]i los bancos privados no han entrado en el [mercado de las cuentas vista] es porque su política está enfocada a las grandes empresas o sectores de mayores ingresos”,* y que no sería *“de su interés enfocarse en los segmentos que atiende BancoEstado, el que no exige mayores requisitos para la apertura de este tipo de cuentas”*.

⁷⁵ Ídem, contestación de Banco Estado, fojas 827.

Nova de BCI.⁷⁶ También está el caso de Banco Ripley, que ofrece un producto similar.⁷⁷

Por lo demás, el testigo **Sr. Francisco Letelier** (BBVA) se explayó latamente sobre este punto, relatando el gran interés de ese banco por competir en este segmento y las dificultades que ha tenido que enfrentar para desarrollar un producto similar a la Cuenta RUT.⁷⁸

2 Sin embargo, a pesar del interés de los bancos en este segmento, desafiar a Banco Estado es difícil, ya que **la Cuenta RUT se ofrece generando millonarias pérdidas**, cuestión que ha sido reconocida reiterada y públicamente por ejecutivos de la demandada, declarando que sería inviable. Esta circunstancia explica por sí misma que ningún banco privado pueda desafiarla en el mercado.⁷⁹

⁷⁶ Ver Contestación de Banco Estado, fojas 451 y declaración testimonial de la Sra. Carolina Horn a fojas 3192.

⁷⁷ Documento de fojas 2150.

⁷⁸ Declaración del **Sr. Francisco Letelier**, fojas 2.604. En concreto, el testigo afirmó que *“sin lugar a duda”* BBVA está interesado en los clientes que utilizan Cuenta RUT, explicando que *“son procesos de largo aliento y han estado, se postergan sin lugar a duda, pero a mí me ha tocado evaluar económicamente es un producto competitivo, y si en el caso particular, estaba muy interesado en lanzar un producto que supliera, que pudiera satisfacer esas necesidades con una forma super eficiente [...], pero cumpliendo a su vez con los estándares de seguridad que nos pide el banco y con los estándares normativos que tenemos que cumplir”* (fojas 2.607-2.608).

⁷⁹ En efecto, solo a modo ejemplar, el 29 de octubre de 2014 la entonces Gerente General Ejecutiva de Banco Estado, Sra. Jéssica López Saffie informó al Subsecretario de Hacienda que *“los costos de operación de la CuentaRUT no son cubiertos por el sistema tarifario vigente”* y que genera *“una pérdida real para BancoEstado ascendente aproximadamente a 10 millones de dólares anuales”*, lo que amenazaba incluso *“con tornar inviable este producto con el paso del tiempo”* (documento N° 7 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE). En términos más precisos, el 14 de febrero de 2016 el ex Presidente de Banco Estado, **Sr. Jorge Rodríguez**, declaró al Diario La Tercera que **la Cuenta RUT le provocaba al demandado USD \$37 millones de pérdidas al año** (declaración del ex Presidente de Banco Estado, Sr. Jorge Rodríguez al Diario La Tercera, de fecha 14 de febrero de 2016 (documento N° 8 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE). En el mismo sentido, recientemente Banco Estado le informó a la Cámara de Diputados pérdidas por cerca de \$10.000 millones causadas por la Cuenta RUT durante 2018 (<https://www.latercera.com/pulso/noticia/bancoestado-perdio-cerca-10-000-millones-la-cuentarut-2018/476615/>. Fecha de consulta: 31 de enero de 2019).

La Sentencia optó por omitir estas circunstancias⁸⁰ y atender únicamente a lo señalado en el informe económico que Banco Estado encargó ad-hoc para este proceso, que contradijo sus propias declaraciones públicas. En efecto, contradiciendo todo lo que ha publicado de forma espontánea la propia demandada, el informe de Butelmann Consultores de fojas 3120 se permite afirmar que la Cuenta RUT sí sería rentable por el único hecho de que, entre enero y diciembre de 2016, estos clientes “contrataban” 2,6 productos adicionales en el banco (**Considerando 149°**).

Esta conclusión omite que los clientes de Cuenta RUT no siempre “contratan” otros productos, sino que reciben sus beneficios sociales y otras prestaciones que se canalizan a través de estas cuentas por disposición gubernamental, aumentando su captación.⁸¹

3. La Cuenta RUT es destinataria de diversos beneficios sociales, lo que incrementa los costos de cambio de sus clientes. Relacionado con lo anterior, la Cuenta RUT es una barrera a la entrada porque los costos de cambio de sus clientes son mayores que para los clientes de otros bancos, al ser destinataria de un gran número de beneficios sociales.

Lo anterior, además de ser un hecho de notorio y público conocimiento, fue reconocido por el representante legal de Banco Estado, Sr. Juan Cooper, en su

⁸⁰ En el Considerando 144° citó el documento de fojas 220 del cuaderno de documentos públicos de Banco BICE, según el cual Banco Estado habría declarado que “se encuentra impedido de adoptar decisiones comerciales que signifiquen incurrir en pérdidas económicas para la institución”. Sin embargo, omite que en el mismo documento el demandado reconoció que “los costos de operación de la CuentaRUT no son cubiertos por el sistema tarifario vigente”.

⁸¹ De hecho, hay una sutil pero importante diferencia entre afirmar que cada cliente de Cuenta RUT “contrataría” 2,6 productos adicionales, como lo señala la Sentencia, con lo señalado en el informe de Butelmann Consultores, en el sentido que en promedio “un cliente Cuenta RUT mantiene 2,6 productos que generan ingresos para el banco -ya sea porque mantiene créditos, seguros o tiene ahorros en BancoEstado” (informe de Butelmann Consultores de fojas 3120, p. 20). Pues bien, como es de público conocimiento, muchos de esos “productos” son beneficios sociales que por disposición gubernamental van a parar a Cuentas RUT, y no porque los clientes “contraten” otros productos.

confesión judicial. En concreto, el Sr. Cooper, preguntado sobre si su representada se encuentra encargada del pago de algunas prestaciones sociales, tales como subsidios, pensiones y becas, respondió: “*es efectivo*”.⁸²

Así se acreditó también con las Memorias Anuales de Banco Estado, que demuestran que en la Cuenta RUT se reciben numerosos beneficios estatales, tales como subsidios, becas Junaeb, pago de pensiones, pagos de subsidios por catástrofes (terremotos, incendios u otros), pagos de pensiones de CAPREDENA y DIPRECA y pagos asociados a CONICYT, entre otros.⁸³

4. La Cuenta RUT tampoco es replicable por los bancos privados por motivos de seguridad. También se acreditó que los requisitos que exige Banco Estado para abrir una Cuenta RUT son tan bajos que traen como consecuencia problemas de seguridad⁸⁴ que los bancos privados -particularmente los pequeños, al tener menor capacidad financiera- no pueden enfrentar.

5. Pero quizás la razón más importante para afirmar que los bancos privados no pueden desafiar la Cuenta RUT es el hecho que pese a los intentos de algunos bancos privados, el mercado de la Cuenta RUT sigue siendo monopolizado por Banco Estado.

⁸² Absolución de posiciones del gerente general ejecutivo de Banco Estado, Juan Cooper a solicitud de Banco BBVA cuya transcripción rola a fojas 2744, al responder la pregunta N°72 del pliego de posiciones, p. 15.

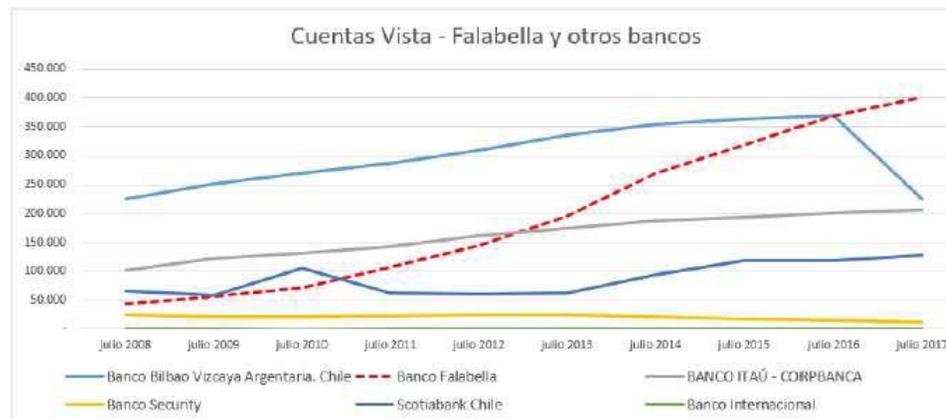
⁸³ Ver Memorias de Banco Estado acompañadas en el N°5 del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE.

⁸⁴ En efecto, como explicó el Sr. Letelier (BBVA), la normativa en materias de prevención de fraudes y lavado de activos hace inviable desarrollar un producto así de masivo (declaración testimonial de fojas 2612). Lo anterior, atendido que, según lo indicó el mismo testigo, “*el 100% de los fraudes tiene como destino una Cuenta RUT*” (fojas 2607), fraudes que ascienden a más de “*300 millones de pesos en total en los primeros 4 meses del año, 200 millones de pesos*” (fojas 2611). Por estos motivos, el Sr. Letelier explicó que el área de seguridad del banco le señaló que no podrían “tener una cuenta que abra con estos requisitos porque ahí creemos que hay algo que no está operando bien que es el debido conocimiento del know your customer” (fojas 2607). Cabe señalar que, como declaró el Sr. Letelier, esta decisión “no es un acto comercial del banco, es un acto de interpretación de la norma y querer proteger lo que mencionaba antes, tema de lavado de activo, tema de conocer al cliente y también tema de fraudes” (fojas 2610).

En este punto, llama la atención que la Sentencia considere que “*la participación de los bancos que han comenzado a ofrecer cuentas vista ha mostrado un crecimiento significativo*” (**Considerando 146°**), apoyándose en el siguiente gráfico:

Imagen 3: Gráfico inserto en la página 72 de la Sentencia

Gráfico N° 3 - Evolución número de cuentas vistas

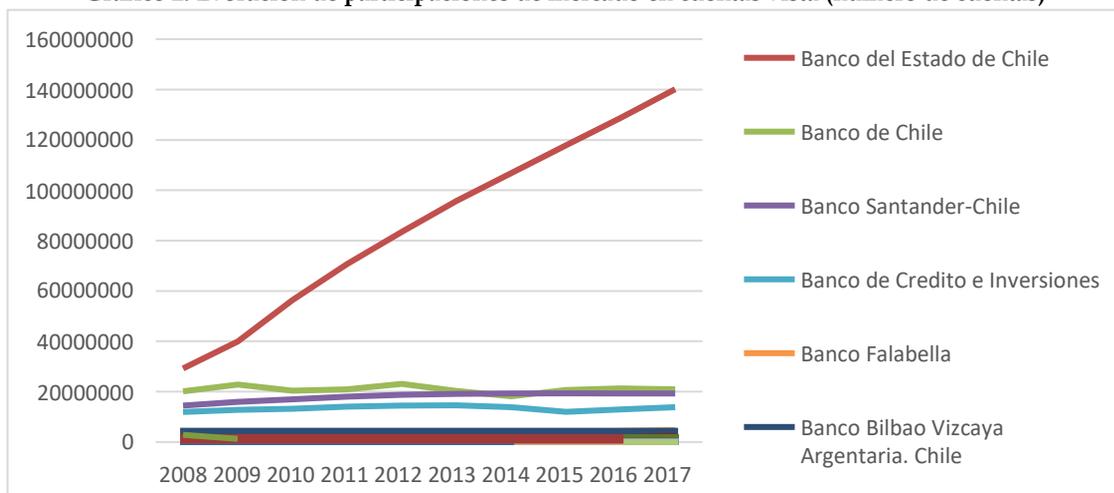


Fuente: elaboración propia en base a información acompañada por la SBIF, fs. 1759.

Como se puede advertir, este gráfico no incluye la Cuenta RUT de Banco Estado, en circunstancias que lógicamente no es posible analizar el comportamiento de los desafiantes sin considerar el del incumbente.

Pues bien, replicando el mismo ejercicio efectuado en el Considerando 146° de la Sentencia, pero incluyendo la Cuenta RUT, el gráfico sería el siguiente:

Gráfico 2: Evolución de participaciones de mercado en cuentas vista (número de cuentas)



Fuente: Elaboración propia en base a información acompañada por la SBIF a fojas 1759

De este gráfico es posible advertir que resulta completamente infundado concluir, a partir de la información aportada por la SBIF, que “*no existen barreras que impidan a los demás bancos de la plaza expandir su participación de mercado con productos de similares características*” (Considerando 147°).

Por el contrario, la evidencia empírica obtenida de la SBIF demuestra, sin lugar a dudas, que los bancos comerciales no han logrado desafiar ni de cerca a la Cuenta RUT durante sus más de 10 años de existencia y que tampoco existen motivos para afirmar que esta situación cambie en el futuro.⁸⁵

En definitiva, es muy abundante la prueba rendida en relación a la manifiesta posición dominante de Banco Estado. Se acreditó suficientemente en el proceso que la misma Cuenta RUT constituye una barrera estratégica a la entrada, que no ha ingresado ningún nuevo competidor con posterioridad a la creación de la Cuenta RUT (así se desprende del Considerando 143°,) y que Banco Estado sí

⁸⁵ Al respecto, ver también el informe “**CUENTAS DE DEPÓSITO A LA VISTA SEGREGADAS GEOGRÁFICAMENTE**” elaborado por la SBIF en julio de 2017 (Documento N° 3 ubicado en el Tomo I del Cuaderno de Documentos Públicos de Banco BICE, pp. 5 y 6); informe económico de los economistas **GUILLERMO PARAJE Y MANUEL WILLINGTON** acompañado por Banco Scotiabank a fojas 4320, p. 12; y el informe de los economistas **SRES. RODRIGO HARRISON Y MARCELO VILLENA**, acompañado por Scotiabank a fojas 4528, p. 73.

actúa de manera completamente independiente respecto de sus competidores, al punto que es el único banco que cobra al resto tarifas diferenciadas según tamaño y excesivas en comparación a las que aplican sus competidores. Así, la Sentencia se equivocó al descartar que Banco Estado goza de posición dominante (Considerando 151°).⁸⁶

Por último, resulta contradictorio que la Sentencia descarte por un lado que Banco Estado tenga posición dominante y afirme que existen suficientes condiciones de competencia, pero que por otro lado señale que las tarifas interbancarias debieran regularse por un tercero.⁸⁷ Evidentemente, si fuera cierto que el mercado es competitivo y que las tarifas no tienen efectos en la libre competencia, no se entiende por qué se justificaría una regulación tarifaria por parte de un tercero.

B.3. LA SENTENCIA OMITIÓ PRONUNCIARSE SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, QUE NO TIENE JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA ALGUNA

En el Considerando 169° de la Sentencia, el H. Tribunal resolvió que atendida la supuesta ausencia de posición dominante de Banco Estado *“no se configuran las conductas descritas en la letra b) del artículo 3° del D.L. N° 211, no siendo necesario continuar con el análisis para desestimar las acusaciones respecto a discriminación de precios”*.

Así, el H. Tribunal ni siquiera reparó en el hecho que Banco Estado cobra a Banco Security una tarifa un **200% superior a la que cobra a sus competidores de**

⁸⁶ El referido Considerando concluyó 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. Ello implica que la demandada no está en condiciones de actuar con un grado apreciable de independencia respecto de otros competidores y de sus clientes, debido al poder disciplinador que ejercerían sus competidores actuales y potenciales”*

⁸⁷ De hecho, en el Considerando 166° se señala que *“resulta difícil que la totalidad de los bancos logren auto regularse de modo de determinar de manera conjunta la tarifa a cobrar entre sí. Por esta razón, en este caso en particular, se justificaría que un tercero fije dicha tarifa tomando en consideración los incentivos de todos los actores involucrados, regulación que excede el alcance de este procedimiento”*.

mayor tamaño, lo que jamás podría hacer de no tener posición dominante en el mercado.

En concreto, el H. Tribunal omitió las siguientes circunstancias, plenamente acreditadas en el proceso:

(i) Banco Estado cobra a Banco Security el triple que a sus competidores de mayor tamaño, sin ninguna justificación económica

La sola magnitud de esta diferencia obligaba a Banco Estado a acreditar debidamente alguna justificación económica que la explicara y, sin embargo, no lo hizo.

Se trata de una diferencia gigantesca, que necesariamente debería tener una justificación económica precisa para que pudiera ser lícita. En efecto, el H. Tribunal ha resuelto que diferencias mucho menores a esos niveles (de entre 56% y 250%) forzosamente deben tener una justificación económica o, de lo contrario, evidentemente atentan contra la libre competencia.⁸⁸

Pues bien, Banco Estado no sólo no entregó ni acreditó una justificación económica que explique tales diferencias, sino que además se acreditó plenamente que dicha justificación derechamente no existe. Así lo demostraron, sólo a modo ejemplar, los siguientes antecedentes:

1. El hecho que Banco Estado cobre las mismas tarifas fijadas por el CET a fines de 1990, cuando internet era incipiente, no existían las TEF, ni la Cuenta RUT y las transferencias no eran tan masivas, confirma que ellas carecen, al menos actualmente, de justificación económica.

⁸⁸ Resolución N° 53-2018, (C. 53° y 147°) y Sentencia N° 29/2005 (C. 52° y 55°).

2 En todo caso, ninguno de los ejecutivos bancarios que declararon en el juicio conocía cuál era la justificación de la diferenciación de tarifas establecidas por el CET. Sólo a modo ejemplar, el **Sr. Jorge Díaz** (asesor de Banco de Chile, fojas 2393 y 2394); la **Sra. Paola Reyes** (Banco Security, fojas 2443); el **Sr. Tomás Edwards** (Banco Estado, fojas 2922); el **Sr. Marcelo Clemente** (Banco BICE, fojas 1958); **Sr. Mario Chamorro** (Banco Internacional, fojas 2053), entre otros.

3 El **Informe de los Sres. Galetovic y Sanhueza**, elaborado con anterioridad a este juicio, concluyó a fojas 1802 que *“no se justifican tarifas interbancarias diferentes entre bancos. Las diferencias de costos que entre estudios que pretendan calcular tarifas distintas para cada banco difícilmente serán defendibles (sic)”*.⁸⁹

4 En el mismo sentido, el testigo **Jorge Díaz**, que presidió Redbanc señaló que *“las diferencias no tenían una justificación económica”*.⁹⁰

5 El *“Informe Estudio de Costos de Escucha”*, elaborado por **QwerTI Consultores** (fojas 3335) demostró que los sistemas de recepción de transferencias de los distintos bancos son sustancialmente similares, no existiendo razones por las que Banco Estado pudiera tener costos superiores a los de nuestra representada por prestar dicho servicio.⁹¹

6 El **Sr. Claudio Sapelli** declaró a fojas 3010 que *“las tarifas difieren muy fuertemente de los costos, en ambos aspectos, por el hecho de ser discriminatorias y por diferir en forma importante de los costos, es que yo afirmo que eran arbitrarias”*.

⁸⁹ INFORME GALETOVIC-SANHUEZA, fojas 1.802.

⁹⁰ Declaración testimonial del **Sr. Jorge Díaz**, fojas 2.398.

⁹¹ Por ejemplo, en la página 24 de este informe se indica que *“[...] es indiferente qué tipo de cuenta o dónde se encuentra el destinatario o receptor de los fondos y desde qué originador o IFO proviene el mensaje, dado que el mensaje recibido sólo proviene desde la CCA y con único formato y protocolos de control y seguridad”*.

Tan injustificada es esta diferenciación, que al negarse a revisar o a negociar sus tarifas Banco Estado jamás arguyó algún tipo de justificación. Sólo con motivo de este juicio se vio en la obligación de invocar algún pretexto por lo que intentó justificar la diferenciación de tarifas en el despliegue de red que ha efectuado en desarrollo de su política de inclusión financiera.⁹²

Sin embargo, no existe ningún motivo por el cual el resto de los bancos debe financiar esa infraestructura, y menos aún que Banco Security deba hacerlo en una medida tres veces mayor que sus competidores de mayor tamaño. Así lo confesó por lo demás el representante de Banco Estado, **Sr. Juan Cooper**, a fojas 2703. Incluso más, la propia Sentencia en el **Considerando 159°** estableció que *“la infraestructura física que aporta cada banco no necesariamente beneficia a los clientes del resto de los bancos, sino que prioritariamente a sus clientes”*.

Tan cierto es que no hay razones reales que expliquen la discriminación que el **primer informe que Banco Estado encargó a Butelmann Consultores** (fojas 2334) jamás se pronunció sobre este tema, ni explicó o se refirió a la necesidad de tener tarifas diferenciadas según el tamaño del banco de origen.

(ii) Las externalidades de red no constituyen una justificación económica

Aunque la Sentencia optó por no analizar la conducta de discriminación de precios, desde el Considerando 152° al 168°, analiza ciertos efectos de red existentes en el mercado que al parecer tendrían por objeto justificar que Banco Estado cobre tarifas diferenciadas.

⁹² En concreto, a fojas 461 Banco Estado afirmó que *“las diferencias de precios se encuentran plenamente justificadas en tanto los bancos de mayor tamaño, que cuentan con mayor número de cuentas, generan asimismo mayor cantidad de transferencias hacia los titulares de CuentaRut de BancoEstado, contribuyen en mayor medida a la red de servicios de liquidación de pagos, de las que todos los bancos se benefician, por lo que la tarifa que deba enfrentar debe ser razonablemente más baja que la de los bancos de menor tamaño”*.

En concreto, la Sentencia argumentó que sería “económicamente esperable” que Banco Estado ofrezca tarifas más bajas a los bancos más grandes, porque éstos “ofrecen una red de clientes más atractiva que los bancos pequeños” (Considerando 167°).

Pues bien, este argumento es equivocado, ya que no sólo contradice la prueba rendida en autos, sino también lo resuelto por el H. Tribunal en ocasiones anteriores, en el sentido que las tarifas deben ser fijadas “sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios”.⁹³

Incluso más, recientemente, en el Caso *Transbank*, la Excma. Corte Suprema resolvió que no correspondía discriminar tarifas por volúmenes de transacciones porque no había ninguna razón de costos u otra explicación económica que lo justificara, que es precisamente lo que ocurre en este caso. En concreto, en el Considerando 23° de dicha sentencia el Excmo. Tribunal resolvió lo siguiente:⁹⁴

“el merchant discount que Transbank habrá de cobrar en lo sucesivo a los diversos establecimientos de comercio que reciben pagos realizados mediante tarjetas de crédito o de débito, además de considerar que éstos deben ser públicos, objetivos, razonables, de general aplicación y no discriminatorios, como lo establece el avenimiento que dio origen al actual Plan de Autorregulación, y que también han de respetar la garantía de igualdad ante la ley consagrada en la Constitución Política de la República, no podrá diferenciar por volúmenes de transacciones, montos totales en un período determinado, categorías ni por rubros entre tales comercios, pues no se logró demostrar la justificación económica de semejante distinción en esta sede”.

De lo anterior se desprende que el *tamaño* del banco originador o la *infraestructura* que éste despliegue no constituye una justificación económica que

⁹³ Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011 en los autos Rol N° 7781-2010, romano II de la parte resolutive (caso OMV).

⁹⁴ Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2019 en los autos Rol N° 24.828-2018 (caso *Transbank*).

permita discriminar en precios, como equivocadamente lo resolvió la Sentencia recurrida.

Pero incluso más. En el caso hipotético que la diferenciación de tarifas estuviera justificada en los beneficios que obtendrían los bancos pequeños, en una industria de red como ésta la discriminación es igualmente anticompetitiva y no hace más que incrementar la posición dominante de la demandada, obstaculizando la competencia.

En efecto, citando una sentencia de la Excma. Corte Suprema, el H. Tribunal señaló lo siguiente: *“Estas dos condiciones, la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, más la mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño [...] a discriminar entre el precio de las llamadas on net y las llamadas off net. Así, esta discriminación de precios, aun cuando puede ser justificable en términos de costos, llevaría a la empresa a incrementar su posición dominante, perjudicando a las más pequeñas y reduciendo la competencia”*.⁹⁵

(iii) La discriminación de precios produce serios efectos anticompetitivos

La Sentencia también omitió lo serios efectos anticompetitivos que produce la conducta de Banco Estado, que quedaron plenamente acreditados en el proceso.

En concreto:

⁹⁵ TDLC. Sentencia N°88/2009 de fecha 15 de octubre de 2009, caratulada *“Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.”*. Considerando 93°; citando el fallo de la Excma. Corte Suprema en los autos caratulados *“Operación de Concentración de Emp. Telefónica Móvil Bellsouth S.A.”*, Rol N°396-2005 (15 de julio de 2005), Considerando 10°. En el mismo sentido, el H. Tribunal ha resuelto que **en economías de red, la discriminación arbitraria de precios puede incrementar una posición de dominio incluso cuando existe una justificación en costos** (TDL, Informe N° 2/2009 del 30 de enero de 2009, Párrafo 153). Lo mismo ha demostrado la literatura económica (David A. Malueg & Marius Schwartz, *Compatibility Incentives of a Large Network Facing Multiple Rivals*, The Journal of Industrial Economics, Vol. 54, No. 4 (Dec., 2006), p 528).

1. Esta conducta **genera un enorme sobrecosto en los bancos pequeños**. En particular, la conducta de Banco Estado ha generado un injustificado sobrecosto para Banco Security de al menos \$1.500 millones entre los años 2014 y 2016, sólo por tarifas asociadas a TEF y pagos masivos.⁹⁶ Y lo más grave es que este sobrecosto se ha ido incrementando exponencialmente año a año y lo seguirá haciendo, en la medida que Banco Estado continúe abusando en la discriminación de tarifas.

Lo anterior permite que **Banco Estado pueda extraer rentas de sus competidores de menor tamaño**, lo que resulta manifiestamente anticompetitivo. Así lo demostró el **informe económico del Sr. Claudio Sapelli**, que explicó que la discriminación de tarifas permitía a los bancos grandes: *“extraer rentas de los bancos pequeños, ya que estos no tienen más opción que ofrecer el servicio, aun cuando sea a pérdida”* (de fojas 757, p. 17). Lo mismo explica el **informe económico de los Sres. Harrison y Villena** respecto de las tarifas que cobra Banco Estado (fojas 4528, p. 73).

2. Por lo anterior, la conducta **afecta seriamente el desempeño competitivo de Banco Security** y de los bancos más chicos. Así lo explicó el **informe económico de F&K Consultores** (fojas 2878 y 2879) y también el **informe económico de A+R Economics** de fojas 4344. En concreto, sus autores, los destacados economistas Guillermo Paraje y Manuel Willington concluyeron lo siguiente:

“Por un lado, el Banco Estado al discriminar en el cargo de terminación por transferencias genera que algunos de los competidores tengan una desventaja de costos respecto de los demás competidores. En particular, los bancos más pequeños a los que el Banco Estado aplica mayores tasas de terminación que los bancos grandes se ven perjudicados. En segundo lugar, el Banco Estado también ve afectados artificialmente

⁹⁶Monto neto de IVA que no considera las transferencias *batch* de débito, pues se desconoce la tarifa que Banco Estado le cobra a los bancos de mayor tamaño por este concepto (que en todo caso es menor, ya que contempla descuentos por volumen).

sus costos para operar aguas abajo, ya que eleva los costos de sus transferencias hacia otros bancos al imponer cargos elevados”⁹⁷

Una muestra patente de lo anterior es lo que ocurre con los servicios de pagos masivos y PAC Multibanco. Estos servicios, que sí se cobran a los clientes finales (a diferencia de las TEF), son más caros de ofrecer para los bancos pequeños, que deben pagar mayores tarifas a Banco Estado (receptor neto) que los bancos grandes. Así, nuestra representada resulta ser menos competitiva que los bancos grandes. Así lo explicaron los testigos **Sra. Paola Reyes** (fojas 2442 y el **Sr. Enrique Villarroel** (fojas 2.161).

3. Adicionalmente, esta conducta **obstaculiza la innovación y desarrollo de nuestros productos**. Por ejemplo, así lo explicó con detalle el **Sr. Francisco Letelier** (fojas 2586 y 2587, y fojas 2592).

4. Incluso más, se acreditó que la conducta de Banco Estado genera un perjuicio directo en el consumidor, según explicó en detalle el **informe económico de los Sres. Harrison y Villena** (fojas 4605)⁹⁸ y también el **informe económico de F&K Consultores** (fojas 2834).⁹⁹

En definitiva, es evidente que la discriminación que ejecuta Banco Estado abusando de su posición dominante vulnera el bien jurídico tutelado por la libre competencia. Ésta tiene por objeto, precisamente proteger el proceso competitivo, esto es, que existan condiciones de competencia en las actividades

⁹⁷ Página 48 del informe.

⁹⁸ Los abusos de Banco Estado generan distorsiones que “[...] *tienen el potencial efectivo de afectar la libre competencia en el mercado bancario y, como consecuencia de ello, al consumidor final*. A nuestro juicio, los antecedentes mostrados en el presente informe dan cuenta de la materialización efectiva de dicho potencial, siendo relevante constatar los efectos concretos y materiales que el eventual abuso de posición de dominio de BE habría provocado en el mercado de las TEF”.

⁹⁹ El informe explica que “la fijación de precios en base a los costos reales de acceso a una red permite obtener resultados eficientes en el mercado de consumidores”, beneficio del cual los consumidores se ven privados por las conductas de Banco Estado.

económicas, a fin de proteger la “eficiencia económica”. Así lo ha dicho el H.

Tribunal:

*“lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no **en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo**. Lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, **a fin de evitar que se ocasionen pérdidas de bienestar social** o, en otras palabras, que se afecte negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos”¹⁰⁰*

Pues bien, claramente en este mercado no prevalecen las condiciones que existirían de haber un mercado competitivo, lo que es muestra evidente de la serie de errores en que se incurrió al pronunciar la Sentencia recurrida.

¹⁰⁰ TDLC, Sentencia N° 92/2009, *Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Antofagasta*. Rol C 172-08 (29 de diciembre de 2009).

III. CONCLUSIONES

1. Banco Estado discrimina arbitrariamente contra Banco Security al cobrarle el triple que a los principales bancos del país (Banco de Chile, Santander y BCI) por exactamente el mismo servicio: recibir transferencias electrónicas. Esta diferencia no tiene ningún tipo de justificación económica ni jurídica.
2. Esta tarifa discriminatoria genera un grave daño anticompetitivo a todos los actores del mercado, y especialmente a Banco Security, por lo que la demanda debía ser acogida, con costas.
3. Sin embargo, **la Sentencia equivocadamente resolvió declarar la demanda prescrita y no se pronunció sobre las conductas denunciadas.**
4. La conducta denunciada no está prescrita porque se sigue ejecutando hasta esta fecha, cuestión que reconoce la propia Sentencia (**Considerando 41°**).
5. Se trata de una conducta de ejecución permanente, por lo que su plazo de prescripción sólo puede iniciarse cuando ésta cesa, lo que no ha ocurrido. Así, la Sentencia contradice la numerosa jurisprudencia del H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema en esta materia.
6. De hecho, la conducta más grave es el hecho que, entre los años 2015 a 2016, Banco Estado se negó sistemáticamente a igualar las tarifas de Banco Security con las de los bancos más grandes, por lo que una acción interpuesta el año 2017 jamás podría estar prescrita.
7. La Sentencia erradamente fijó el plazo de prescripción en 2001. Sin embargo, en esa fecha malamente podría iniciar la prescripción porque la conducta ni siquiera había comenzado a ejecutarse ni era relevante desde el punto de vista de la libre competencia.

8. En una especie de argumento subsidiario, la Sentencia erradamente sostuvo que el plazo de prescripción se podría contar desde 2007, que es cuando se inventó la Cuenta RUT. Eso también es un grueso error, pues a esa fecha evidentemente ese producto no era relevante. Recién en 2014 alcanzó una participación que superó con creces a la del resto de sus competidores, permitiéndole ganar la posición dominante de la cual hoy abusa, generando el daño anticompetitivo que se denuncia.

9. La Sentencia también se equivocó y sentó un gravísimo precedente al omitir pronunciarse sobre las conductas denunciadas por Banco Security por el sólo hecho de haber acogido la prescripción. Bajo ese criterio, si un agente con posición dominante celebra cláusulas anticompetitivas, le basta con negarse a negociarlas y mantener el contrato vigente para perpetuar su ilegalidad en el tiempo, por siempre, sin reproche alguno y sin que nadie pueda evitar que sigan ejecutándose.

10. De este modo, incluso si la acción de Banco Security estuviese prescrita, ello jamás puede ser obstáculo para que el H. Tribunal ejerza las facultades preventivas, correctivas y prohibitivas que le confiere la ley y que le permiten hacer cesar las conductas anticompetitivas.

11. **La Sentencia omitió pronunciarse sobre las conductas denunciadas por Banco Security.** No obstante, al pronunciarse sobre la demanda de Banco Internacional, **la Sentencia también incurrió en varios errores que la llevaron a concluir que Banco Estado supuestamente no tendría posición dominante.**

12. Respecto a la definición del mercado relevante, **la Sentencia erró gravemente al definirlo como el de las cuentas bancarias.** Todas las partes y expertos que participaron en el proceso estuvieron contestes de que el mercado era el de la recepción de transferencias electrónicas de fondos (Banco Estado sólo alegó que era más amplio). Negarle el carácter de mercado contradice conceptos

básicos de libre competencia y los criterios expuestos en la jurisprudencia del mismo H. Tribunal, en otros casos en que existen mercados relacionados por ser uno “inherente” al otro.

13. Banco Estado tiene una posición dominante en el mercado de la recepción de transferencias electrónicas. Se acreditó que el demandado tiene una participación de 72,6% y que existen serias barreras a la entrada - principalmente la Cuenta RUT- que impiden desafiar esa posición.

14. Y lo que es más importante, se demostró que **Banco Estado actúa con total independencia de sus competidores**, siendo el único banco que insiste en imponer unilateralmente las mismas existentes desde 1996. Esto es la definición misma de una posición dominante, evidencia económica que la Sentencia omitió inexplicablemente.

15. Incluso si el mercado relevante fuese el de las cuentas bancarias, igualmente se debería concluir que Banco Estado tiene una posición dominante. La Sentencia reconoce que el demandado tiene una alta participación en ese mercado (57%), y que ésta es indiciaria de posición dominante, pero luego omite que Banco Estado ganó ese dominio gracias a que ofrece un producto absolutamente indesafiante e inviable como lo es la Cuenta RUT. Tan indesafiante es este producto, que desde su creación hace más de 13 años no han ingresado nuevos competidores al mercado.

16. Incluso más, la Sentencia omitió completamente y de forma inexplicable los numerosos reconocimientos del propio Banco Estado agregados al expediente, en que admite que la Cuenta RUT le genera millonarias pérdidas, es inviable y que la mantiene únicamente por su función social.

17. De hecho, la propia Sentencia concluye que la tarifa que Banco Estado cobra por la recepción de transferencias debería ser regulada por un tercero. Esto

sólo tiene sentido económico cuando estamos en presencia de un poder monopólico que requiere ser regulado, reconociendo la posición dominante del demandado.

18. La Sentencia no se pronunció sobre la conducta de discriminación de precios, al entender que ello era innecesario ante la supuesta ausencia de posición dominante. Sin embargo, sin mayores fundamentos y con total liviandad, señaló que resultaba “económicamente esperable” que los bancos pequeños obtuvieran peores condiciones comerciales de parte de Banco Estado, ya que aportarían menos que los bancos grandes a la red de interconexión bancaria.

19. Lo anterior contradice toda la prueba en autos que acreditó que las tarifas que cobra Banco Estado carecen de justificación económica y también la jurisprudencia unánime en materia de libre competencia. En efecto, se resolvió recientemente, en el contexto de una industria de red (Caso *Transbank*), que **la discriminación de precios por volumen de transacciones o por otros motivos ligados a las características de quienes demandan el servicio carecen de justificación económica, que es precisamente lo que ocurre en estos autos.**

20. Por estas consideraciones, corresponde que la Sentencia reclamada sea dejada sin efecto, de modo que se acoja la demanda de Banco Security, se ordene a Banco Estado el cese de las conductas anticompetitivas demandadas y se le imponga la multa de 11.000 Unidades Tributarias Anuales, o aquella otra suma que la Excm. Corte estime procedente de acuerdo al mérito del proceso, con costas.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto el recurso de reclamación de Banco Security en contra de la Sentencia N°174/2020, dictada el 21 de agosto de 2020, darle tramitación y, en definitiva, elevarlo a la Excm. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del mismo, acoja la demanda de Banco Security en todas sus partes, con costas.

**Pedro
Ignacio
Rencoret
Gutiérrez** Firmado digitalmente por Pedro Ignacio Rencoret Gutiérrez
Fecha: 2020.09.04 12:19:48 -04'00'

**FERNANDO
GAZZELLA
CONTRERA
S** Firmado digitalmente por FERNANDO GAZZELLA CONTRERAS
Fecha: 2020.09.04 12:08:24 -04'00'