

## TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 11. Criptoactivos, competencia e industria bancaria. Algunos comentarios a la Sentencia 189/2023 del TDLC

José Luis Guerrero B.  
Críspulo Marmolejo G.

**RESUMEN:** la Sentencia 189/2023 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) analiza un conflicto entre un grupo de empresas que intermedian criptoactivos y un grupo de bancos comerciales, imputándoles una serie de conductas incluidas –en general– en la categoría de abuso de posición dominante colectiva. El trabajo analiza los antecedentes generales del caso que motivó estas demandas, algunos aspectos relevantes de la sentencia y en particular el desarrollo que efectúa el TDLC respecto de las categorías conceptuales del derecho de la competencia, el mercado bancario y los criptoactivos.

**PALABRAS CLAVE:** libre competencia; criptoactivos; mercado; sistema financiero.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Antecedentes generales del caso. III. Aspectos relevantes de la sentencia. IV. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), creado por la Ley N°19.911 de 2003, ha cumplido dos décadas desde su instalación en el año 2004. Estos veinte años de labor jurisdiccional en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia han estado marcados por algunos hitos, que pueden entenderse como sentencias relevantes o destacadas<sup>1</sup>. La historia del TDLC ha estado comandada por cuatro liderazgos:

<sup>1</sup> Entre ellas: Sentencia 176/2021 (Caso "Uber"); Sentencia 175/2020 (Caso "Buses de Temuco"); Sentencia 173/2020 (Caso "ANFP"); Sentencia 172/2020 (Caso "Laboratorios"); Sentencia 171/2019 (Caso "Navieras"); Sentencia 167/2019 (Caso "Supermercados" o "Pollos 2"); Sentencia 160/2017 (Caso CMPC o "Papel tissue"); Sentencia 151/2016 (Caso Silcosil o "Tableros"); Sentencia 148/2015 (Caso "Asfaltos"); Sentencia 145/2015 (Caso "Ginecólogos de Ñuble"); Sentencia 139/2014 (Caso "Colusión de empresas avícolas" o "Pollos 1"); Sentencia 122/2012 (Caso Tecumseh o "termostatos"); Sentencia 119/2012 (Caso "Farmacias"); Sentencia 115/2011 (Caso "Tabacos 2"); Sentencia 80/2009 (Caso "Reebok"); Sentencia 76/2008 (Caso "Atravesos"); Sentencia 74/2008 (Caso "Médicos Patagonia"); Sentencia 65/2008 (Caso "consulta Cencosud"); Sentencia 63/2008 (Caso "Guerra del Plasma"); Sentencia 56/2007 (Caso "Cámara Comercio Santiago"); Sentencia 55/2006 (Caso "LAN Cargo"); Sentencia 31/2005 (Caso "Rendic Hermanos"); Sentencia 26/2005 (Caso "Tabacos 1"). Mas recientes, Resolución 80/2023 (caso "arrendamiento locales comerciales"); Resolución 77/2023 (Caso "Consulta Cencosud sobre avenimiento"); Resolución 73/2022 (Microsoft).

las de los presidentes ministros Eduardo Jara, Tomás Menchaca, Enrique Vergara y Nicolas Rojas. En cada una de esas presidencias y diversas integraciones del tribunal se puede trazar la evolución de variados mercados y sobre todo del razonamiento judicial de los integrantes.

El fallo que comentamos corresponde a la Sentencia 189/2023 de 21 de diciembre de 2023, redactada por el ministro Jaime Barahona Urzua. Se trata de un pronunciamiento sobre una controversia referida a conductas que ocurrieron en el mercado financiero/ bancario, en especial por parte de bancos que se habrían negado a abrir, o bien cerraron cuentas corrientes a empresas intermediadoras de criptoactivos, llamadas también “exchanges”. Con algunas reservas que se explicaran durante el trabajo, la controversia reviste interés pues supone un estudio del órgano jurisdiccional antimonopolios chileno sobre criptoactivos, un tema poco estudiado por la doctrina chilena y poco conocido por los órganos jurisdiccionales chilenos.

La tramitación fue extensa, pues comenzó con un conjunto de demandas presentadas en el año 2018, respecto de conductas ocurridas en 2014. Luego de cinco años de tramitación, la sentencia del TDLC desestimó las demandas luego de un análisis sobre la convergencia entre activos digitales y derecho de la competencia. Durante el tiempo de tramitación de este proceso se publicó el 4 de enero de 2023 la Ley N.º21.521, llamada también “Ley Fintec”<sup>2</sup>, que contempla una definición de criptoactivos<sup>3</sup>. En los puntos siguientes exponemos algunos antecedentes generales del caso (2), identificamos algunos aspectos relevantes de la sentencia y el razonamiento del tribunal sobre el mercado y las conductas atribuidas, (3) para terminar con algunas conclusiones sobre la sentencia.

## II. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

### 1. Origen del litigio

El litigio se origina a partir de las demandas interpuestas por tres empresas que intermedian criptoactivos: SurbTC Buda (Rol C - 349 - 2018), CryptoMKT (Rol C - 350 - 2018) y Orionx (Rol C - 354-2018)<sup>4</sup>. Estas acciones fueron acumuladas en la causa más antigua, es decir, la que inició SurbTC o Buda. Los demandados en esta

2 El artículo 1º, inciso segundo de esta ley señala: “Esta ley está basada en los principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al cliente financiero, adecuado resguardo de los datos tratados, preservación de la integridad y estabilidad financiera y prevención del lavado de activos y financiamiento del narcotráfico y del terrorismo, los cuales deberán ser observados por todos los sujetos obligados por ella.

3 El artículo 3 de esta ley establece que existen “Activos financieros virtuales o criptoactivos” entendidos como una “representación digital de unidades de valor, bienes o servicios, con excepción de dinero, ya sea en moneda nacional o divisas, que pueden ser transferidos, almacenados o intercambiados digitalmente.”

4 Sentencia 189/2023. En el considerando primero, el TDLC explica: “ Que Buda, CryptoMKT y Orionx, las denominadas exchanges o intermediadoras de criptomonedas, acusan a un grupo de bancos de infringir los incisos primero y segundo letra b) del artículo 3 del D.L.211, al ejercer un abuso de posición dominante colectivo que tendría pro objeto impedir, restringir o limitar la participación de intermediarios de criptomonedas, a través del cierre de cuentas bancarias, o por medio de la negativa de su apertura. Orionx acusa también, en forma subsidiaria, un abuso de posición dominante de carácter individual por parte de los bancos demandados”

causa fueron diez bancos<sup>5</sup>, produciéndose avenimientos entre el banco BCI con Buda y CryptoMKT y entre el Banco BICE y Buda. La tramitación del caso ante el TDLC se inició en 2018 y concluyó con la sentencia N.º 189/2023 de 21 de diciembre de 2023.

## 2. Tramitación del proceso

Las demandantes plantearon ante el TDLC que un grupo de bancos habrían implementado conductas anticompetitivas, al negarles la apertura o decretar el cierre de sus cuentas corrientes bancarias. La conducta imputada por las demandantes consistió en un abuso de posición dominante colectivo y un abuso de posición dominante individual en un caso específico. Los actores sostuvieron que el cierre de cuentas corrientes sería una manifestación de ese abuso, que habría sido coordinado entre las empresas bancarias demandadas. Por ejemplo, Buda argumentó que “(...) como es de público conocimiento, luego del cierre de cuentas bancarias diversos representantes de los bancos han declarado que dicha decisión respondería a que mantener clientes como Buda implica un elevado riesgo reputacional, ante la probabilidad de verse envueltos en ilícitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT)”<sup>6</sup>. Complementando lo anterior, Buda también sostuvo que “(...) las empresas como Buda, que prestan el servicio de intermediación de criptomonedas operan totalmente a través de internet, en base a las transferencias electrónicas de sus clientes, por lo que el acceso a una red del sistema bancario y a pagos mediante una cuenta corriente bancaria corresponden a una facilidad esencial para su operación, que no puede ser replicada a un costo y en plazos razonables por las entidades aguas abajo”<sup>7</sup>. Por parte de los demandantes estima que la industria de criptomonedas sería competencia directa y creciente frente a diversos productos bancarios, lo que justificaría la reacción de los bancos al negarles abrir cuentas corrientes o cerrarles las ya abiertas.

Las demandas fueron contestadas por los bancos demandados, cuyos principales excepciones y alegaciones analizaremos más adelante.

Al momento de recibirse la causa a prueba, se fijaron por el TDLC como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes: “(i) Estructura, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos desde el año 2013 hasta la fecha de presentación de las demandas. Participación de las partes en dicho o dichos mercados desde el año 2013 hasta la fecha; (ii) efectividad de que los bancos demandados negaron la apertura de cuentas corrientes bancarias a las demandantes. En la afirmativa, circunstancias de ellos y justificación de dicha negativa; (iii) circunstancias en que los bancos demandados cerraron las cuentas bancarias de las demandantes. Justificación de dicho cierre; (iv) Efectos en la competencia del cierre de cuentas corrientes bancarias o de la eventual negativa de apertura de estas; y (v) circunstancias que inciden en la

5 Los demandados fueron Banco del Estado de Chile; Banco Tau- CorpBanca; Santander Chile; Banco de Crédito e Inversiones; Banco de Chile; Banco Bice; Scotiabank Chile; Banco Security; Banco Internacional; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile S.A.

6 Sentencia 189/2023, 1.12

7 Sentencia 189/2023, 1.14

determinación de una eventual sanción”. El 21 de diciembre de 2023, el TDLC dictó la Sentencia N.º 189/2023 rechazando las demandas de las empresas intermediadoras de criptoactivos, condenando en costas a todas ellas.

### III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

La sentencia se abocó a resolver una controversia en la cual confluyen aspectos de libre competencia, regulación financiera y criptoactivos. En esta decisión, la argumentación del TDLC se expone en 358 considerandos y fue adoptada por unanimidad, pero con un voto de prevención<sup>8</sup>. Esta confluencia entre conceptos financieros y competencia no es nueva. Así, por ejemplo, ya se han empleado categorías financieras para determinar el poder de mercado de empresas tecnológicas, como ha sido el caso de la normativa europea sobre mercados digitales –DMA– que utiliza esas herramientas. Sin embargo, la convivencia entre las normas de derecho de la competencia y de regulación financiera se vuelve más compleja, en razón de la intensidad de ésta última.

Desde una perspectiva jurídica integral, es posible sostener que las reglas sobre competencia y regulación financiera forman parte del Orden Público Económico chileno, entendiendo por tal, entre otras nociones como “como realidad no positivada, referida al conjunto de principios y valores esenciales del sistema jurídico chileno en el ámbito económico” (Guerrero, 2020, p. 135).

El esquema probatorio de este proceso se asemeja, en general, a la mayoría de los casos que se tramitan ante el TDLC, vale decir, se presentaron una gran cantidad de documentos, depusieron testigos y se solicitó absolución de posiciones. En cuanto a los informes especializados, las partes presentaron reportes jurídicos y económicos. Entre los jurídicos destacan los emitidos por expertos, tales como los profesores Tomas Menchaca, Francisco Agüero y Javier Wilenmann. Entre los informes económicos destacan los de los profesores Andrés Gómez -Lobo y Aldo González. De la misma forma, destacan las declaraciones de testigos, en especial una del economista, ex presidente del Banco Central y actual Ministro de Hacienda, Mario Marcel.

#### 1. Determinación del mercado relevante

Como es frecuente en litigios sobre defensa de la competencia, durante el proceso existió controversia en la determinación del mercado relevante, tanto por las demandantes como por los bancos demandados. Por ejemplo, Buda y CryptoMKT sostuvieron que habría tres mercados involucrados: a) el mercado de cuentas

8 Sentencia 189/2023. Hay un voto de prevención del Ministro Rojas y la Ministra Gorab, en el cual comparten la decisión de la mayoría del tribunal, pero estiman condenar en costas solo a SURBTC Spa y a CRYPTOMKT, dado que a juicio de estos ministros, ambas empresas realizaron “(...) maniobras instrumentales para procurarse de prueba de una supuesta negativa de venta en relación con el BBVA Chile, Banco Internacional y Santander Chile, toda vez que en el caso de SURBTC Spa se remitieron solicitudes de apertura de cuenta corriente a esos tres bancos con una antelación de solo de días respecto de la interposición de la demanda, mientras que CRYPTOMKT Spa no acompañó antecedente probatorio alguno de las negativas de venta de las acuso a BBVA Chile, y Banco Internacional. Por su parte, los ministros que suscriben la prevención consideran que Orionx Spa tuvo motivo plausible para litigar”

corrientes bancarias; b) el de cambio de divisas y transferencia de remesas, y c) el de plataformas de pago o medios de pagos<sup>9</sup>. Por su parte, Orionx planteó que el mercado relevante sería el de medios de pagos electrónicos. El rasgo común, es que las tres demandantes compartieron la idea de que las cuentas corrientes bancarias son un insumo necesario para el desarrollo de sus actividades económicas. Sobre el mercado de plataformas de pago, los demandantes Buda y CryptoMKT –invocando las Sentencias 29/2005 y 142/2015 del TDLC– afirmaron que se trataba de un mercado de “dos lados” en el que se generan externalidades de redes, que se traduce en que el “(...) el valor de los usuarios de un mercado se incrementa a medida que existen más usuarios en el otro lado del mercado. En cuanto a su participación en este mercado, dichas demandantes manifiestan que prestarían un servicio similar al de los medios de pago (en el caso de CryptoMKT, denominado “Cryptopago”) dado que permiten a clientes adquirir criptomonedas, pudiendo luego utilizarlas como medio para transferir valor económico de manera más rápida y económica que las alternativas tradicionales” (considerando 36).

Por su parte, los bancos demandados contradijeron estas afirmaciones, pues sostuvieron que en el caso del mercado de cambio de divisas y transferencia de remesas, los bancos no compiten con empresas que intermedian criptomonedas, ya que éstos solo pueden participar en el mercado de medios de pago legalmente reconocidos, y las criptomonedas –en sus diversos tipos– no son medios legales de pago ni comúnmente aceptadas para adquirir bienes o servicios. Adicionalmente, los bancos explicaron que la definición amplia del mercado de medios de pagos que plantearon las demandantes fue errónea, pues no pueden considerarse en el mismo mercado los medios de pago tradicionales y las criptomonedas.

En los considerandos 40 a 68, el TDLC analiza la naturaleza jurídica de las criptomonedas. El TDLC al no existir a la fecha de las demandas una definición legal de cryptoactivos, recoge una definición mencionada en la declaración del testigo Mario Marcel, quien en su declaración (considerando 41), señala: “Que los cryptoactivos (tokens) son un tipo de activo financiero que se genera utilizando la tecnología de contabilidad distribuida o DLT ( Distributed Ledger Technology), que consiste en una base de datos o sistema electrónico que permite registrar información generada por distintas entidades que está basada en la validación por parte de un conjunto de actores que observan y validan esa transacción simultáneamente” ( Transcripción Audiencia testimonial, Mario Marcel, fojas 5144, p.8).

<sup>9</sup> Fiscalía Nacional Económica (2022) Guía para el análisis de operaciones de operaciones de concentración horizontales. En este documento, la agencia de competencia señala que: “En general, las plataformas digitales son un caso particular de plataformas que se caracterizan por un uso intensivo de datos y tecnologías. Hay diversos tipos de ‘plataformas digitales’: Sin que la enumeración sea taxativa, y de acuerdo con el ámbito o segmento en que participan, se pueden mencionar las siguientes: i) Plataformas digitales de información; ii) Plataformas digitales de comunicación; iii) Plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios; iv) Plataformas digitales para cadenas de suministro y logística (*supply chain and logistics platforms*); v) Plataformas digitales que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y vi) Plataformas digitales que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (fintech)”. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>

## 2. La conducta de abuso de posición dominante colectiva

Una buena parte de la teoría del caso propuesta por las demandantes se funda en sostener que existe un abuso de posición dominante colectiva exclusoria implementado por los bancos demandados. Como se sabe, la conducta de abuso de posición dominante, en una aproximación general, parece identificarse exclusivamente a partir de una posición destacada de un agente económico, que le permite efectuar maniobras individuales y que buscan la obstaculización de la competencia en un mercado relevante determinado. Es decir, se puede identificar –a primera vista– el abuso de una posición dominante con conductas unilaterales exclusorias. Sin embargo, la construcción de la dominancia colectiva es una extensión del análisis inicial, pero que también está contemplada en el D.L.211 en la expresión “(...) *la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos*” (art. 3, b DL 211/73).

El Diccionario Panhispánico de Español Jurídico entiende el abuso como un concepto objetivo<sup>10</sup>, pero también lo clasifica en abusos de exclusión, desleal, explotativo o restrictivo. La exclusión, en la práctica, se identifica con un cierre del mercado.

Cabe hacer presente que la dominancia abusiva es una práctica difícil de abordar ya que presenta dispersión conceptual, aunque se reconocen rasgos comunes más o menos definidos. En el análisis de esta conducta no solo debe atenderse a un sustrato íntegramente jurídico, sino que se requiere un fundamento microeconómico robusto. Por ello, se aprecia que una comprensión adecuada de la conducta de dominancia abusiva requiere conocer su fundamento económico, pero antes que eso, supone un conocimiento de prácticas comerciales reales y concretas. Por tanto, es una conducta que tiene su origen en el diseño de prácticas comerciales sofisticadas y por ello su configuración ha progresado en la medida en que se complejizan dichas prácticas. Así, el análisis jurídico de la dominancia se debe plantear siempre desde el derecho, pero complementando dicha perspectiva con el análisis microeconómico. Entre variadas clasificaciones, se conoce la división entre abusos exclusorios o explotativos, pero también otras que se refieren a la determinación o no de los precios<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Diccionario Panhispánico de Español Jurídico. La cita es: “Se prohíbe por el derecho de la competencia. LDC, art. 2; TFUE, art. 102 “Desde la sentencia Hoffman La Roche de 13-II-79, el TJUE mantiene habitualmente el criterio de que abuso es un concepto objetivo que se refiere a comportamientos que pueden influir en el funcionamiento de un mercado usando medios diferentes de los que rigen la competencia normal, impidiéndola o debilitándola. Por ejemplo, imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, limitaciones de la producción, la distribución o el desarrollo técnico, negativa injustificada a satisfacer las demandas de compras de productos o de prestación de servicios, la aplicación de condiciones desiguales en las condiciones comerciales colocando a unos competidores en relación desventajosa respecto de otros, etc.” (Muñoz Machado, S. Tratado, IV, 738)

<sup>11</sup> Por ejemplo, Whish y Bailey (2021) sostienen que la dominancia abusiva puede clasificarse dependiendo de si se trata de cuestiones que no se refieren a precios (non pricing) y las que se refieren a estos (pricing). I. En lo referido a non pricing, se tiene: a. Acuerdos de negociación (distribución) exclusiva; b. Ataduras (Contractual, Negativa de suministro, Retiro de garantía, vinculación tecnológica; Algunos tipos de bundling (Puro: Dos productos necesarios entre sí; Mixto: Lleve uno y el segundo con descuento); c. negativa de venta o provisión; d. Abusos dañinos que afectan el mercado interno; e. Abusos misceláneos (Dañar la estructura competitiva del mercado; Litigación vejatoria; Settling litigation; Imponer condiciones comerciales injustas; Trato preferente a propios productos (self preference). II. Las conductas referidas a “pricing”: Requieren conceptos de costos (costos fijos, costos hundidos, costo marginal, costos variables, costos evitables. a. Precios excesivos; b. Descuentos condicionales; c. Bundling (paquetización); d. Precios predatorios; e. Estrangulamiento de márgenes; f. Discriminación de precios; g. Prácticas de precios que afectan el mercado interno.

Una reciente sentencia en la jurisprudencia italiana señala que: “(...) se podría establecer abuso de posición dominante, entre otras cosas, cuando la conducta denunciada produjo efectos de exclusión respecto de competidores que fueran tan eficientes como el autor de esa conducta en términos de estructura de costos, capacidad de innovación, calidad o cuando dicho comportamiento se haya basado en la utilización de medios distintos de los que entran en el ámbito de la competencia «normal», es decir, la competencia en cuanto al fondo”<sup>12</sup>.

En la sentencia que analizamos, como anticipáramos, la tesis del caso de las demandantes apunta a la generación de un abuso exclusorio colectivo. A continuación, revisaremos el análisis del TDLC sobre esta materia.

### **3. Razonamiento del TDLC sobre el mercado y las conductas atribuidas por los demandantes**

Como ya se ha indicado, el caso se estructura sobre la tesis de que, empresas que intermedian criptoactivos, se habrían visto afectadas en el desarrollo de su actividad económica, por la decisión de actores bancarios que les negaron la apertura o decretaron el cierre de sus cuentas corrientes bancarias. En el primer caso, las demandantes advierten que se trataría de un verdadero bloqueo de ese servicio (impedimento de acceder al servicio) y en el segundo lugar, estiman que se trataría de una conducta arbitraria (dejar de prestar un servicio ya contratado). Las demandantes estiman que ambas decisiones –propias de la política comercial y de riesgo de los bancos– constituirían conductas anticompetitivas, ejercidas por los bancos en contra de dichas empresas, abusando de su posición dominante de manera colectiva y excluyendo a estas “*exchanges*” del mercado. Por tanto, intentan estructurar un caso de libre competencia, argumentando alguna relación de rivalidad entre ellas y los bancos, en uno o varios mercados relevantes.

A primera vista, el análisis que debe efectuar un órgano de la Administración o jurisdiccional de libre competencia consiste en estimar si la contienda que se somete a su conocimiento es coherente con el ámbito de sus competencias. En este sentido, el TDLC estimó que este conflicto jurídico planteado por las empresas intermediadoras de criptomonedas afectaba a un mercado relevante, y por tanto merecía el análisis del juzgador de libre competencia. Esto es, que, a partir del examen de los hechos planteados, dichas conductas o actuaciones de los bancos podrían implicar una potencial afectación a la libre competencia.

La estructuración de un caso sobre afectación de normas de libre competencia supone la determinación adecuada –o al menos la proyección– de alguna lesión a los bienes jurídicos protegidos por esta normativa, tales como promover y defender la libre competencia en los mercados, el dinamismo de uno o varios, la eliminación de barreras o bien la prohibición de prácticas exclusorias o derogatorias de la competencia. En esencia, los conflictos que afectan la libre competencia deben circunscribirse a

---

<sup>12</sup> Sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartados 69, 71, 75 y 76.

un mercado relevante –cuya determinación es dificultosa y exhaustiva– y no sólo interferir en una relación comercial de carácter privado, cuyo sustrato normativo puede ser el derecho civil, el derecho comercial, o bien una regulación administrativa específica.

Para el profesor Domingo Valdés, citando al jurista alemán Birn Baum, "(...) la libre competencia es, más que un mero derecho subjetivo, un bien jurídico tutelado....Es en ese sentido que cabe afirmar que la libre competencia es un bien jurídico de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan" (Valdés, 2006, p.188)<sup>13</sup>. También en la doctrina chilena, el profesor Marcelo Mardones explica que "(...) el derecho de la competencia tiene por objeto asegurar la libre competencia en los mercados. Así consta en el mensaje de la Ley 19.610 de 1999 que introdujo una serie de modificaciones para fortalecer la FNE, en el que señala: "El bien jurídico protegido por esta legislación no es la libertad del consumidor ni del vendedor; tampoco evitar que el mercado sufra un daño. Lo que se persigue es la libre competencia. De ahí que las conductas que se penalizan no necesiten ocasionar perjuicios al consumidor para ser reprochables" (Mardones, 2020, p. 325)<sup>14</sup>. La posición del profesor Mardones se sustenta en el mensaje del proyecto de ley que se motiva en que el objeto de la regulación es la libre competencia en los mercados.

En línea con la doctrina señalada, el TDLC conoce esta causa en cuanto revisa si las conductas denunciadas pueden afectar la libre competencia en los mercados. En ese análisis, el juzgador recoge la idea central de que el examen del mercado bancario, desde el punto de vista de su estructura, está diseñado sobre barreras de entrada legales y regulatorias que, siendo naturales, no serían infranqueables.

El TDLC citando la Sentencia N.º 174/2020 (C. 143º) señala "que sin perjuicio de que existen ciertos requisitos legales que debe cumplir un banco que quiere iniciar sus operaciones en el país, no existían antecedentes en dicho expediente que permitiesen concluir que tales requisitos establecidos en la Ley General de Bancos sean de una entidad tal que impidiesen o restringiesen la entrada de nuevos competidores al mercado nacional"<sup>15</sup>.

Cabe señalar que esta posición del TDLC es cuestionable, ya que el giro bancario es restringido y por lo mismo protegido. Por ello, la Ley General de Bancos establece lo que se denomina el giro bancario exclusivo o también llamado monopolio bancario<sup>16</sup>, el que es protegido por el legislador mediante la formulación de sanciones penales a quienes lo vulneren; ello, en función de un principio económico-jurídico, a saber, que los bancos solo pueden hacer lo que la ley les permite hacer, lo que constituye una excepción en cuanto este tradicional principio del derecho público, se aplica –en

13 VALDÉS, Domingo (2006) Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p.188

14 MARDONES, Marcelo (2020) Lecciones de Derecho Económico. Regulación Económica de los Mercados. Tirant Lo Blanch; Valencia. Volumen I. p.325

15 Sentencia 189/2023, considerando 87.

16 Art. 39 de la Ley General de Bancos, Decreto con Fuerza de Ley N.º 3 de 1997.

este caso— a entidades de derecho privado (incluyendo el Banco del Estado que debe someterse a las mismas normas de los particulares), siendo una excepción que se justifica por cuanto la regulación del sector bancario debe velar por la protección de los ahorrantes, velando por evitar o minimizar situaciones que generen riesgo sistémico, dado que éste no solo afecta a los bancos o sus clientes, sino a la economía en general.

El TDLC, reconociendo las barreras de entrada al mercado bancario - en una mirada más sistémica o pragmática - reconoce el fenómeno incipiente de los mercados digitales en el mercado financiero, sin que sea siempre posible identificar la normativa aplicable; por lo que el TDLC señala que aún , ante la existencia de estas barreras legales y regulatorias propias del mercado bancario, la convergencia tecnológica y la innovación que es característica de los mercados digitales, ha acercado los niveles de competencia entre los bancos tradicionales y las empresas que intermedian criptoactivos (considerando 107).

En ese sentido, el TDLC es claro en afirmar que, en el contexto de este litigio, “ (...) y más allá de si las criptomonedas , por definición , podían entenderse como “monedas”, “dinero” o “divisas”, o de los beneficios que tenderían a ofrecer por sobre la banca tradicional, los informes y otros antecedentes aportados en autos no acreditan la magnitud (número de operaciones efectuadas y montos involucrados) en que los servicios ofrecidos por las demandantes de autos hayan sido utilizados como sustitutos de los de transferencias de remesas y operaciones de cambio ofrecidos por los bancos” (Considerando 108).

El TDLC afirma que el análisis del mercado relevante del producto (o servicio) “debe incluir a aquellos bienes que ejercen presión competitiva sobre el mismo. Por lo tanto, en este caso, se analiza si los servicios ofrecidos por las demandantes a través de las criptomonedas eran, a la época de los hechos imputados en esta causa, un sustituto relevante —y, por lo tanto, si ejercían presión competitiva— respecto de los productos o servicios ofrecidos típicamente por instituciones bancarias en los mercados de remesas y operaciones de cambio de divisas, y en el mercado de medios de pago” (considerando 91).

Por lo anterior, el análisis debe incluir las criptomonedas, el dinero y divisas. La estructura que propone el juzgador es que, a partir de este núcleo central, habría un mercado relevante aguas arriba, de provisión de cuentas corrientes bancarias en Chile y otros mercados relevantes aguas abajo tales como el mercado de transferencias de remesas y operaciones de cambio de divisas, el mercado de medios de pago, el mercado de intermediación de criptomonedas y el mercado de intermediación de instrumentos de inversión.

El TDLC da cuenta de que la industria bancaria ha enfrentado la presión competitiva que han ejercido actores del mercado tecnológico quienes han agilizado las transacciones, pero sin los estándares de certeza y confiabilidad que exige la regulación financiera, y también porque a la fecha de la demanda, existiría una

competencia potencial, pero no al nivel de los medios de pago tradicionales<sup>17</sup>. Cabe recordar que la Ley N.º 21.521/2023 (llamada también Ley Fintech) de 4 de enero de 2023, se publicó con posterioridad, ya con el proceso avanzado y pronto a su sentencia. Esta ley contempla un concepto legal de “criptoactivos”, por lo que al momento de las demandas dicha noción no contaba con una definición de carácter legal, definiéndose desde la fecha de publicación de la ley y solo para efectos de ésta, por “activos financieros virtuales o criptoactivos: representación digital de unidades de valor, bienes o servicios, con excepción de dinero, ya sea en moneda nacional o divisas (Art. 3 N.º 3 Ley 21.521/2023). Esta ley genera un contexto regulatorio distinto al que se enfrentó el análisis de este caso, ya que podría considerarse a algunos de estos productos como sustitutos a aquellos que ofrecen los bancos, ya sin la limitación de supuesta ilegalidad de la oferta no bancaria, pero ello escapa al análisis de la sentencia que comentamos.

#### 4. Decisión del TDLC

El TDLC en definitiva rechazó las demandas, condenando en costas a las demandantes por ser completamente vencidas, estimó que no se acreditó que las demandantes pudieran ser competidoras de los bancos, sin perjuicio que podría existir un potencial competitivo futuro (por cambios regulatorios, que habrá que analizar luego de la publicación de la Ley FINTEC). El TDLC no obstante el primer argumento formal y considerando la potencialidad de afectación de la competencia, adicionalmente rechaza las demandas ya que no se acredita ni se aprecia en la prueba rendida que la negativa de apertura de cuentas corrientes haya sido arbitraria sino que responde al cumplimiento de análisis de riesgos, en particular en la prevención de los ilícitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT), que los bancos conforme a sus políticas de *compliance* y normativa legal pueden y deben realizar, sin que se haya demostrado por los demandantes que cumplieran con dichas normas.

#### IV. CONCLUSIONES

La sentencia 189/2023 recoge un análisis de interés respecto de la relación entre Derecho de la Competencia y conductas en mercados financieros, en especial respecto de una controversia sobre agentes que intermedian criptoactivos.

El ámbito temporal en el cual se dicta el fallo del TDLC corresponde a un período de expansión de mercados digitales –en la especie de aplicaciones financieras– y más concretamente de explosivo crecimiento de aplicaciones que intermedian criptoactivos. Al momento en que se presentan las demandas (2018) no existía

<sup>17</sup> Sentencia 189/2023. En efecto el TDLC afirma en el considerando 111: “que, por lo tanto, en consideración de este Tribunal, y en base a la prueba aportada en autos, no se ha podido establecer que las demandantes competían con los bancos en los mercados de operaciones de cambio y transferencias de remesas al momento de los hechos acusados. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, atendido lo expuesto en cuanto a que existen ventajas de la intermediación a través de criptomonedas en comparación con la banca tradicional – en particular mayor rapidez, seguridad y menores costos –Gómez-Lobo et al. (pp. 10-12) – como se analizará más adelante, no se descarta que los servicios ofrecidos por las empresas que intermedia–criptomonedas puedan potencialmente ejercer presión competitiva sobre los servicios ofrecidos por las instituciones bancarias”.

una regulación específica sobre intermediación de criptoactivos, por lo que el fallo finalmente se hace cargo de ese fenómeno.

La regulación financiera es uno de los modelos más paradigmáticos de intervención selectiva de mercados, dada la importancia de la protección de la fe pública y la confianza en ese mercado que los usuarios y consumidores financieros requieren. En ese sentido, y aunque no implique una debilidad del *enforcement*, la intensidad de la regulación financiera puede estrechar la aplicación de las normas de protección de la competencia tradicionales, sobre todo en las cuestiones conductuales y no estructurales.

Respecto de las condiciones de mercado, es efectivo que la innovación y la convergencia tecnológica han aproximado los niveles de competencia entre la industria bancaria y algunas actividades desarrolladas por operadores de criptoactivos. Sin embargo, la característica relevante del mercado bancario es su operación y funcionamiento sobre medios de pago legítimos, autorizados y de curso legal, como es el dinero propiamente tal, unido a un contexto de regulación legal intensa atendido el interés general por el debido cuidado de los ahorrantes y de la prevención del riesgo sistémico.

Las criptomonedas en Chile no son dinero de curso legal, por lo que las condiciones de competencia en ese mercado debieran suponer la interacción entre actores de esos mercados en específico, y no necesariamente a través de un ejercicio litigioso que puede forzar la proximidad con el mercado bancario.

Esto no significa negar que la industria bancaria está evolucionando dramáticamente debido a la presión competitiva que las plataformas financieras o de medios de pago ejercen. Pero otra cosa es sostener –por ahora– una equivalencia legal entre criptoactivos con el dinero como medio de pago legal y los bancos –por mandato legal– operan en la intermediación del dinero y servicios asociados o de divisas pudiendo actuar en el mercado cambiario, sin que a la fecha de esta sentencia se les habilitara legalmente para operar en el mercado de criptomonedas o sus servicios conexos.

Más aún la Ley Fintec (Art. 3 N°3 de la Ley 21.521 de 2023) al definir los activos financieros virtuales o criptoactivos, excluye expresamente al dinero sea en moneda nacional o divisas, lo que no impide que los bancos puedan abrir cuentas corrientes a instituciones financieras fiscalizadas por la Comisión del Mercado Financiero, pudiendo también no proceder a la apertura por motivos justificados que deberán informar (art. 29 de la Ley 21.521 de 2023).

Por ello la apertura o no de cuentas corrientes no es un problema de libre competencia, sino de regulación bancaria y financiera, por lo que la sentencia del TDLC, aun no basándose en la Ley Fintec que es posterior a los hechos demandados, está en la línea que siguió el legislador el año 2023.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) Guía para el análisis de operaciones de operaciones de concentración horizontales. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>

GUERRERO, José (2020) La Constitución Económica Chilena. Bases para el cambio. DER Ediciones, Santiago.

LEY GENERAL DE BANCOS, Decreto con Fuerza de Ley N.º 3 de 1997.

MARDONES, Marcelo (2020) Lecciones de Derecho Económico. Regulación Económica de los Mercados. Tirant Lo Blanch; Valencia. Volumen I

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico de Español Jurídico.

VALDÉS, Domingo (2006) Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

WHISH, Richard y BAILEY, David (2021) Competition Law. Oxford University Press; Oxford.

**SENTENCIAS**

Sentencia 189/2023, TDLC.

Sentencia, 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379