

## 7.

Comentario Sentencias Destacadas

## TRANSACCIONES ELECTRONICAS DE FONDOS: MERCADO RELEVANTE, DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y PRESCRIPCIÓN<sup>1</sup>

Análisis de la Sentencia de la Excm.  
Corte Suprema, autos Rol N°125.433-2020

Tomás Menchaca O.

---

### RESUMEN

Se analiza la sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa rol N°125.433, que revocó la sentencia N°174/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pues, a mi juicio correctamente, se estableció un mercado relevante distinto al que había fijado el H. Tribunal, y se concluyó, asimismo, que el plazo de prescripción no empezaría a correr en tanto no cesara la conducta de discriminación arbitraria de precios acusada. Se enfatizan los presupuestos necesarios para determinar el mercado relevante y su importancia en materias de libre competencia. Así, una correcta delimitación del mercado relevante permite identificar adecuadamente quienes tienen poder de mercado y, posteriormente, detectar posibles comportamientos anticompetitivos. Por último, se da cuenta de que una correcta interpretación de la conducta de discriminación arbitraria de precios acusada en este caso no debe vincularse a lo pactado en cada contrato de partícipes, sino al cobro de precios discriminatorios, lo que lleva a concluir que su ejecución existe en tanto se continúen cobrando precios arbitrariamente discriminatorios.

---

1. Se hace presente que el autor elaboró un informe en derecho sobre esta materia, titulado "Análisis Sentencia N°174/2020 del TDLC", el que fue presentado ante la Excm. Corte Suprema en la causa rol N°125.433-2020, caratulada "Itaú Corpbanca con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en que se dictó. Asimismo, que una versión parcial de este artículo fue publicada en la página web del CeCo, en *Investigaciones CeCo*, en septiembre de 2020.

**PALABRAS CLAVES** Corte Suprema; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; mercado relevante; mercado financiero; posición dominante; transferencias electrónicas de fondos; interoperabilidad; abuso de posición dominante; discriminación de precios; prescripción.

**INDICE** I. Introducción. II. Mercado relevante. III. Mercado relevante en las transferencias electrónicas de fondos. IV. Criterio utilizado por el H. Tribunal en la Sentencia N°174/2020. V. Interoperabilidad en las transferencias bancarias. VI. Posición dominante de Banco Estado. VII. Discriminación de precios. VIII. Prescripción. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende analizar la sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada en los autos Rol N° 125.433-2020, con fecha 18 de abril de 2022, especialmente desde dos puntos de vista de especial relevancia para el derecho de la libre competencia: (i) la correcta definición del mercado relevante, y asimismo (ii) los criterios para establecer si un determinado ilícito concursal -distinto a la colusión<sup>2</sup>- tiene el carácter de ilícito continuado o no.

En primer lugar analizaremos cómo una correcta -o incorrecta- definición del mercado relevante puede llevar a conclusiones totalmente opuestas en materia de libre competencia, tomando como ejemplo la Sentencia N°174/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “H. TDLC” o “H. Tribunal”), que concluyó que el mercado relevante, en el caso de las tarifas interbancarias que se cobran a los bancos por las transferencias electrónicas de fondos, sería el de las cuentas corrientes, en el cual el demandado, Banco Estado, no tendría poder de mercado del que pudiera abusar, por lo que rechazó la demanda.

En efecto, el H. Tribunal, desechando tanto la definición de las demandantes<sup>3</sup>, como de la demandada<sup>4</sup>, estimó que el mercado relevante del pro-

2. En el caso de la colusión, por expresa disposición legal, se ha establecido que en general tiene tal carácter. Así, el artículo 20 del DL 211, relativo a la prescripción de la colusión establece: “sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”.

3. Los demandantes señalaron como mercado relevante los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias, dentro del territorio nacional. En este marco, plantearon que en este mercado existiría una situación de interdependencia en que el banco emisor estaría obligado a pagar la tarifa interbancaria cobrada por el banco del cliente receptor, no existiendo ningún sustituto cercano. Scotiabank y BBVA además plantearon como mercado relevante conexo al anterior, el mercado de las cuentas vistas, donde además se circunscribiría el mercado de la Cuenta RUT.

4. Por su parte, Banco Estado señaló que el mercado relevante era 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.” y, a diferencia de las demandantes, agregó que sí existiría sustituibilidad entre los diversos medios de pago. Así, por ejemplo, indica que la transferencia electrónica ha sustituido a los cheques. Y, en respuesta al mercado conexo indicado por Scotiabank y BBVA, indicó que la Cuenta RUT es un producto financiero susceptible de ser imitado y desarrollado por cualquier otra empresa bancaria.

ducto correspondería al de las cuentas bancarias (cuentas corrientes y cuentas vista, incluyendo Cuenta RUT), y que las transferencias electrónicas constituyen uno de los servicios que se adscriben a dichas cuentas. El fundamento para sostenerlo fue que las transferencias electrónicas serían servicios que se encuentran inherentemente ligados a las cuentas bancarias en cuanto permiten a los clientes tenedores de cuentas enviar y recibir dinero entre diferentes cuentas, ya sean propias o de terceros.

Dicha sentencia fue revocada por la Excma. Corte Suprema, quien definió el mercado relevante, a mi juicio acertadamente, indicando que “está constituido, en la especie, por los servicios de transferencias electrónicas de fondos en línea, que se efectúan mediante la interconexión en red de las distintas instituciones bancarias adscritas al sistema, sea que se practiquen desde o con destino a cuentas corrientes o cuentas vista, dentro del territorio nacional”<sup>5</sup>.

Ese mismo presupuesto fue el que permitió detectar la configuración de una discriminación arbitraria de precios, al constatarse el significativo poder de mercado de la demandada en ese mercado. Al ahondar en ese análisis y los presupuestos específicos de la conducta imputada, se pudo constatar que la discriminación de precios no se verificaba a partir de estipulaciones contractuales aisladas, sino a partir de una política de precios, lo que llevó a establecer que su ejecución era continuada en el tiempo.

Finalmente, la sentencia de la Excma. Corte Suprema también resulta de particular interés en las directrices que entrega respecto al cómputo del plazo de prescripción en supuestos de discriminación arbitraria de precios. En concreto, la Sentencia 174/2020 del H. Tribunal, declaró prescrita la discriminación arbitraria de precios acusada, por estimar que no se trataría de un ilícito permanente, como alegaban los demandantes, sino de uno de ejecución instantánea, que se habría cometido cuando se celebraron los contratos en que se fijaron las tarifas interbancarias respecto de cada partícipe. Esta última fue la tesis que acogió la referida sentencia, que en esto también fue revocada -a mi juicio acertadamente- por la Excma. Corte Suprema, al estimar que la prescripción se debía contar “desde la ejecución de la conducta contraria a la libre competencia”, esto es, desde que dejaran de cobrarse precios arbitrariamente discriminatorios.

---

5. Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de abril de 2022, recaída en autos Rol N°125.433-2020, Considerando 24°.

## II. MERCADO RELEVANTE

Para determinar la existencia de una conducta de abuso de posición dominante es necesario, en primer lugar, determinar el mercado relevante para, luego de ello, analizar si el acusado tiene poder de mercado en el mismo del que pueda abusar y, finalmente, analizar si cometió la infracción imputada. Por eso la delimitación del mercado relevante es un paso previo en el análisis de las conductas anticompetitivas, pues sin ella no se pueden definir distintas variables de interés tales como: quiénes son los competidores, cuál es el grado de concentración y la intensidad de competencia, entre otros. Un error en la definición del mercado relevante llevará a errar también en las siguientes etapas de análisis.

En ese sentido, Hovenkamp define al mercado relevante como: “el grupo de ventas más pequeño para el cual la elasticidad de la demanda y la oferta sean lo suficientemente bajas como para que un ‘monopolista hipotético’ con el 100% de ese grupo pueda reducir la producción de manera rentable y aumentar los precios sustancialmente por sobre el costo marginal”<sup>6</sup>. Por ello, el concepto de mercado relevante tiene implícita la idea de que resulta necesario incluir todos aquellos productos que se necesita controlar para poder elevar el precio de manera rentable. Es decir, se deben incluir todos aquellos productos que sean sustitutos lo suficientemente próximos como para afirmar que compiten directamente entre sí.

Parece bastante evidente que para definir un mercado relevante hay que determinar en primer lugar quiénes son los oferentes y los demandantes, así como el proceso de formación de precios en el mismo.

En ese sentido, Posner indica que antes que nada se debe identificar al grupo de compradores y al grupo de vendedores actual o potencial que sirve al mercado que se está analizando<sup>7</sup>. En efecto, un mercado por definición es el lugar donde se compran y venden bienes y servicios, y el proceso de formación de precios en dicho mercado está determinado por sus oferentes y demandantes, por lo que, también por definición, no se puede considerar que pertenecen a un mismo mercado relevante los bienes o servicios que se transan en mercados que tienen oferentes y demandantes distintos.

Sostener lo contrario equivaldría a suponer, por ejemplo, que no existe un mercado de los neumáticos porque los neumáticos forman parte de los automóviles; que no existe un mercado de la leche cruda porque ésta se in-

---

6. Hovenkamp (2007), p. 65. Traducción libre.

7. Posner (2003), p. 149.

corpora en los productos finales que se elaboran con ella; que, en general no existe ningún mercado de insumos porque todos se incorporan en los productos finales que con ellos se elaboran. La prueba más sencilla de que son mercados distintos es que sus oferentes y demandantes son diferentes. Los productores de neumáticos los venden a los productores de automóviles, conformándose así un mercado de neumáticos totalmente diferente al de los automóviles, porque tienen oferentes y demandantes distintos.

El hecho de que los mercados de insumos sean mercados relacionados con el de los productos finales en que se incorporan tales insumos, no permite en modo alguno considerar que este último es el mercado relevante que debe considerarse en sede de libre competencia si queremos juzgar la conducta de oferentes<sup>8</sup> en el primero. En dicha sede, lo que se debe analizar es la capacidad de un actor para influir en el precio de mercado del bien -su poder de mercado-, y el oferente con posición dominante en el mismo (o poder de mercado suficiente para poder abusar) solo puede tener -o no tener- poder de mercado respecto de quien compra los bienes o servicios que él ofrece.

Solo una vez identificados los compradores y oferentes se puede aplicar el test del monopolista hipotético (SSNIP)<sup>9</sup>, que consiste en preguntarse qué sucede si un monopolista decide aumentar el precio del bien que vende en un monto pequeño pero significativo (5% o 10%) por un período prolongando de tiempo. Si ve reducido sus ingresos, significa que el consumidor sustituyó ese bien por el sustituto más cercano y, en consecuencia, debería incorporarse dicho sustituto a la definición de mercado relevante.

Sin embargo, la prueba del SSNIP no es infalible. En general funciona bien, pero puede presentar problemas en algunos casos de abuso de posición dominante. Este es el caso, por ejemplo, de la denominada "falacia del celofán", que consiste en que un monopolista podría haber fijado precios tan altos que un aumento de estos no sería rentable, porque los consumidores reemplazarían el producto por un sustituto inferior. De este modo, la prueba del SSNIP podría indicar que es necesario agregar sustitutos que en un ambiente competitivo no lo serían, ampliando la definición de mercado relevante y conduciendo a pequeñas cuotas de mercado, concluyendo erróneamente que hay ausencia de dominancia por parte de la empresa objeto de la investigación.

El nombre de la falacia viene del caso Du Pont en que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que, al existir una alta elasticidad cruzada

---

8. O demandantes si lo que se está analizando es un abuso de tipo monopsonico, o un abuso de poder de compra.  
9. Por su nombre en inglés *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*.

entre el celofán y otros materiales de embalaje flexible, terminó considerándolos todos parte de un mismo mercado. Sin embargo, el fallo fue bastante criticado porque la existencia de una alta elasticidad de sustitución cruzada era indicativo del alto poder de mercado que tenía Du Pont.

Sin embargo, en el caso de las transferencias electrónicas parece evidente que no se podría dar la denominada "falacia del celofán", dado que no existe sustitución alguna ni actual ni potencial al acceso a la red del banco receptor de una transferencia electrónica para terminar la misma.

### **III. MERCADO RELEVANTE EN LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS**

Parece bastante claro que el caso en estudio, sobre transferencias electrónicas de fondos, se refiere a un servicio que se prestan recíprocamente los bancos entre sí, en que los bancos son tanto oferentes, como demandantes. También es un hecho absolutamente pacífico que el precio -la comisión cobrada por cada banco- es pagado al banco que recibe la transferencia electrónica por el banco del cual se origina la comunicación vía internet.

Considerando lo anterior, podemos sostener que es un error señalar que el mercado relevante sea el de las cuentas corrientes bancarias y el de las cuentas vista. Aquí no se trata de un mercado en que el oferente, frente a sus clientes, sean los bancos y los demandantes los cuentacorrentistas, sino de un mercado en que oferentes y demandantes son los bancos, quienes deben pagar por las transferencias electrónicas que efectúan sus clientes a los bancos receptores de las mismas.

Por ello, parece claro que estamos en presencia de un mercado relacionado con el *otorgamiento de servicios de red* para la terminación de la transferencia en la red del banco receptor de la misma, perfectamente asimilable a los servicios de terminación de las comunicaciones que se cobran las compañías telefónicas entre sí por la terminación de las llamadas, que es la denominada *tarifa de interconexión* o cargo de acceso y que, por expresa disposición legal, debe necesariamente ser regulada, precisamente porque todas las compañías gozan de posición monopólica respecto de la terminación de las llamadas en su red.

En efecto, la ley estableció que el cargo de acceso debía ser regulado para todas las compañías de telecomunicaciones porque, exactamente igual que en el caso bajo análisis, cada compañía actúa como monopolista en la recepción de las llamadas, dado que la compañía de telecomunicaciones en

que se origina la llamada no tiene ninguna posibilidad de evitar que su cliente efectúe una llamada a la compañía receptora de la misma. Por ello, al no haber alternativa alguna de sustitución, a ningún precio, la compañía receptora de la llamada podría, si no estuviera regulada, cobrar prácticamente lo que quisiera por ese acceso a su red<sup>10</sup>. Precisamente por ello, esa tarifa será siempre regulada, según lo dispuesto en el art. 29 de la Ley General de Telecomunicaciones.

La situación es muy parecida en el caso bajo análisis: se trata de la tarifa que cobra una empresa (el banco receptor de la transferencia), por el acceso a su red para la terminación de la transacción en la red de telecomunicaciones de dicho banco. El poder de mercado de ese banco es igual que el de la compañía de telecomunicaciones en el caso antes señalado, porque el cobro es por exactamente el mismo servicio, esto es, la interconexión a la red de telecomunicaciones del receptor de la transacción (o de la llamada en el caso de telecomunicaciones).

Por ello, el carácter de monopolista con poder de mercado casi total existe tanto en el mercado bancario para la terminación de las transferencias electrónicas, como en el de las telecomunicaciones dado que, a diferencia de otros monopolios, el cliente del monopolista no puede sustituir la compra o derechamente dejar de hacerla si los precios son muy altos, pues no es él quien decide efectuarla. Quien toma esa decisión es el cuentacorrentista que efectúa la transferencia electrónica. En el mercado de las telecomunicaciones el cargo de interconexión a la red del receptor de la llamada se encuentra regulado para evitar los abusos que sin duda se darían si no lo estuviera.

La única limitante al abuso de posición dominante en ambos casos -que son totalmente comparables, al punto de ser idénticos- es la característica de que las comunicaciones (transferencias en el caso bancario) son bidireccionales. Esto es, que todas las compañías deben cobrar por el acceso a su red que realizan los otros bancos y a su vez, pagar por el acceso a la red de sus competidores.

Si bien parecería que ello haría disminuir los riesgos de abuso del poder de mercado de la empresa receptora, lo cierto es que los aumenta en el caso de la empresa con mayor tráfico de llamadas en un caso, o de transferencias electrónicas

---

10. Si bien todo monopolista tiene como límite al precio que puede fijar aquel denominado como "precio monopolístico", consistente en el precio que es igual al costo marginal, este precio monopolístico será más alto mientras más inelástica sea la demanda por el bien en cuestión. Si bien la medición de tal elasticidad es algo que excede este trabajo, estimo que el hecho que no sea el consumidor (quien efectúa la llamada) quien efectúa el pago, sino la compañía de telecomunicaciones, ello hace que un mayor precio no influya prácticamente nada en la decisión de consumo, lo que permite suponer que la demanda por llamadas a una determinada compañía será muy inelástica ante cambios en el precio de la misma. Exactamente lo mismo ocurre en el caso de las transferencias electrónicas, en que quien paga la comisión es el banco, y quien decide efectuar la transferencia es el cliente del banco.

cas en el otro, pues si la empresa más pequeña sube los precios, terminará perdiendo más de lo que gana, pues lo que deberá pagar al precio más alto será muy superior a lo que cobrará por ello. Si, por el contrario, quien lo hace es la empresa que tiene un flujo de transacciones neto positivo (más terminaciones de comunicaciones de entrada que de salida), le será muy conveniente subir los precios todo lo que le sea posible, pues podrá obtener rentas monopólicas por ello. Es por ello que el banco con mayor flujo de transacciones puede imponer un precio más alto a aquellos más pequeños, en que la asimetría de ingresos sería mayor, y un precio más bajo a los que tienen mayor flujo, lo que explicaría que los bancos más grandes hayan logrado establecer tarifas más bajas.

Por tal motivo, estimo que existen razones análogas para regular el cargo de interconexión a la red de telecomunicaciones para la terminación de una llamada, que para regular el cargo de interconexión a la red del banco en que se va a producir la terminación de una transferencia electrónica de fondos. En ambos casos se trata de un monopolio sin ninguna posibilidad de sustitución.

Sin embargo, dado que el mercado de las telecomunicaciones se encuentra regulado, no parece complicado establecer una regulación del cargo de acceso o interconexión. Por el contrario, el mercado bancario no está regulado y, en general, opera en condiciones de competencia en los servicios que presta a sus clientes. Por ello, la solución que se planteó para resolver el problema de la falta de regulación de las tarifas de interconexión para las transferencias electrónicas fue que éstas se fijaran por una sociedad de apoyo al giro bancario, con los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación que deben exigirse a los precios fijados en el caso de un monopolio, como es claramente el caso de las tarifas interbancarias que se cobran mutuamente los bancos por la terminación de las transferencias en su red.

Ello funcionó así hasta que, en el año 2002, los bancos decidieron fijar entre sí y de forma bilateral las tarifas interbancarias, quedando únicamente como tarifas “por defecto” aquellas estipuladas en los Contratos de Partícipe, si es que éstas no eran modificadas<sup>11</sup>; por lo que la facultad de modificar los precios quedó dependiendo de la capacidad de negociación de cada parte, la que, como se verá, es muy baja en el caso de los bancos más pequeños.

---

11. Acta Décimo Novena Sesión del Comité de Normas del “Centro de Compensación Automatizado S.A.” del 30 de mayo de 2002: “1.- Cambio de funciones del Comité de Normas.- 1.1 El Comité de Normas deja a partir de esta fecha de participar en la definición de tarifas interbancarias. 1.2 Los Banco fijarán libremente y en forma bilateral las tarifas de corresponsalía (interbancarias) hacia sus propias cuentas. 1.3 Las actuales tarifas se mantendrán como tarifas “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. 1.4 Los Bancos Partícipes podrán ofrecer a otros Bancos Partícipes servicios de corresponsalía pagando ambos las tarifas operacionales del CCA, según se reglamentó”.

Tras lo anterior, en los hechos, por más de 20 años Banco Estado no bajó dichas tarifas a pesar de que los costos unitarios por transacción han disminuido enormemente desde que se ha universalizado el uso de las transferencias electrónicas de fondos. De hecho, es pacífico que en los mercados de plataformas los costos marginales son cercanos a cero, por lo que el precio cobrado a los usuarios de una red -cuyo costo para servir a pocos o muchos clientes es prácticamente el mismo- debiera disminuir enormemente si aumenta el número de usuarios de la misma.

#### IV. CRITERIO UTILIZADO POR EL H. TRIBUNAL EN LA SENTENCIA N°174

En la Sentencia N°174, el H. Tribunal, al realizar el análisis de mercado relevante, llegó a la convicción de que las transferencias electrónicas pertenecen al mismo mercado relevante que el de las cuentas bancarias, debido a que dicho último servicio está *intrínsecamente unido* a la existencia de cuentas corrientes y cuentas a la vista que tiene cada banco. Si bien esto último es efectivo, a nuestro juicio ello no permite llegar a la definición de mercado relevante del H. Tribunal<sup>12</sup>.

Para fundamentar su decisión, el H. Tribunal se basó en cinco argumentos: (i) la SBIF define las transferencias electrónicas como todas aquellas “operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas”<sup>13</sup>; (ii) en las demandas se indica que “la posibilidad de hacer transferencias se considera como algo inherente a la cuenta bancaria y no como un servicio adicional”<sup>14</sup>; (iii) algunas demandantes señalaron que al ser las transferencias electrónicas inherentes al servicio de cuentas bancarias, termina afectando este último mercado; (iv) que el informe económico acompañado por Banco BICE señala que “los bancos no tienen opción al respecto, tienen que ofrecer este servicio”, refiriéndose al servicio de TEF<sup>15</sup>; y, (v) los representantes de Banco Security y Banco BICE señalaron que las transferencias electrónicas no se pueden separar de las cuentas corrientes y cuentas vista.

12. Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, considerando 113°: “Que las consideraciones antes expuestas dan cuenta de que las cuentas bancarias -ya sea cuenta corriente o cuenta vista- pertenecen al mismo mercado relevante en cuanto instrumentos que permiten captar dinero y, a su vez, demuestran que este no se puede circunscribir a las transferencias electrónicas de fondos entre bancos, ni menos al de recepción de transferencias electrónicas, como argumentan las demandantes, toda vez que dicho servicio está intrínsecamente unido a la existencia de las cuentas corrientes y cuentas a la vista que tiene cada banco. Por ello, 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” (el destacado es propio).

13. Recopilación Actualizada de Normas, Capítulo 1-7, Hoja 1, Transferencia electrónica de información y fondos, pág. 1. Disponible en: [https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articulos-28893\\_doc\\_pdf.pdf](https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articulos-28893_doc_pdf.pdf) Última vista: 14/07/2025.

14. Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, considerando 113°, en el que se hace referencia a demanda Security, fojas 108 y 109; en igual sentido, Demanda BICE, fojas 15 y 16, y Demanda Banco Internacional, fojas 205 y 206.

15. Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, considerando 113°, en la que se cita informe de Claudio Sapelli.

Llama la atención el hecho de que el H. Tribunal haya definido el mercado relevante en base a un criterio intrínseco, elemento que es totalmente ajeno a la doctrina y jurisprudencia clásica, y que, además, presenta graves falencias que se estudiarán en esta sección. Tal vez lo que intentó aplicar el H. Tribunal fue la doctrina de los posmercados, aunque sin cumplir los requisitos necesarios para ello.

El análisis de los posmercados surge como respuesta al problema para definir los mercados cuando existen productos primarios y secundarios. Por ejemplo, puede existir un repuesto (producto secundario) que está diseñado solamente para un producto específico (mercado primario). Por ello, si se define el mercado relevante como el del repuesto para un producto específico, podría dar lugar a una posición dominante del fabricante del repuesto, incluso, si este tiene una posición débil en el mercado primario.

El caso más famoso sobre posmercados es el de *Kodak*, en que se estaba investigando la práctica de esa compañía de atar las ventas de refacciones para sus fotocopiadores con los servicios de asistencia técnica. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos (en una decisión mayoritaria) definió el mercado de manera limitada como el mercado secundario de refacciones y servicios de fotocopiadores de Kodak. Usando esta definición, se encontró que Kodak tenía casi el 100% del mercado de reparaciones de fotocopiadores de Kodak y de 80 a 90% del mercado de servicios y asistencia para las fotocopiadores de Kodak. Esto llevó, a su vez, a la conclusión de que tenía poder de mercado a pesar de que Kodak tenía cuotas de mercado que oscilaban entre 2 y 23% en los mercados primarios<sup>16</sup>.

En el caso bajo análisis puede que el H. Tribunal haya pensado que si definía el mercado relevante únicamente como el de transferencias electrónicas se habría generado el mismo problema de Kodak, por lo que optó por definir el mercado de manera más amplia, llegando a la conclusión de que, como en el mercado primario no existía posición dominante por parte del Banco Estado, entonces no podría existir abuso en el mercado de transferencias electrónicas. Sin embargo, estimo que dicho análisis es incorrecto por las siguientes consideraciones:

- i. En primer lugar, hay que determinar cuáles son los oferentes y consumidores de los mercados a analizar por lo que, para poder aplicar la teoría de los posmercados, es necesario que los consumidores y oferentes, tanto del mercado primario; como del secundario, sean los mismos. Por ejemplo, en el caso de Kodak, los consumidores del

---

16. Motta (2018). p. 148.

mercado primario eran los que compraban las cámaras y los consumidores del mercado secundario de refacciones eran los mismos dueños que habían comprado las cámaras a Kodak; quien, a su vez, era el oferente tanto del mercado primario (venta de cámaras; como del mercado secundario (repuestos y servicio técnico). En el caso bajo análisis los oferentes y demandantes de uno y otro mercado son distintos. En el de las cuentas bancarias, tenemos como oferentes a los bancos y como consumidores a los cuentacorrentistas y, en el de las tarifas interbancarias, oferentes o demandantes son los bancos, que se prestan recíprocamente el servicio.

**ii.** Lo que interesa del mercado relevante es saber *hasta qué grado un producto ejerce una presión competitiva sobre el otro y, en ese sentido, el criterio intrínseco no ofrece ninguna información al respecto.* Pongamos de ejemplo el caso de los neumáticos de automóviles. Estos son indispensables para la producción de autos y, por lo tanto, siguiendo el criterio bajo análisis, la venta de neumáticos debería ser parte del mismo mercado relevante que el de los automóviles. Sin embargo, estimo que no son parte del mismo mercado relevante, a pesar de que uno es intrínseco del otro, debido a que enfrentan presiones competitivas distintas.

**iii.** En este caso el criterio intrínseco nos lleva a un resultado contrario al del test SSNIP. Supongamos que existe un monopolista hipotético que es el único vendedor de transferencias bancarias ¿Sería rentable para este monopolista hipotético aumentar el precio de la recepción de las transferencias por encima del nivel actual de una manera no transitoria? En este caso, si aumenta el precio en 10% la cantidad demandada seguirá siendo la misma, es decir, el cambio total será 0 y la elasticidad de la demanda respecto de su propio precio sería completamente inelástica. Esto se debe a que la cantidad de transacciones a realizar es una variable exógena para el banco. Lo anterior significaría que las transferencias bancarias no enfrentan limitaciones significativas de competencia de otros productos o, en otras palabras, que no hay otros productos que sustituyan lo suficiente a las transferencias bancarias de manera que el monopolista hipotético pudiera perder mucha demanda cuando aumentara el precio de transferencias bancarias. En consecuencia, según el test SSNIP las transferencias bancarias se deben considerar un mercado separado.

**iv.** Si existe un mercado que es competitivo, los precios se deberían fijar libremente entre los agentes de mercado en el punto en que la oferta se intersecta con la demanda. Por el contrario, si un mercado

presenta imperfecciones de gran magnitud, el legislador buscará regular las tarifas a cobrar para buscar un equilibrio óptimo socialmente, como es el caso de los monopolios naturales. Por ello, estimo contradictorio que el H. Tribunal indicara que Banco Estado no tiene posición dominante, pero que indicara al mismo tiempo que, dadas las características de las transferencias electrónicas se justificaría que un tercero fije dicha tarifa. Si no hay posición dominante de ningún agente, ¿por qué debería ingresar un tercero a determinar las tarifas?<sup>17</sup>

v. Por último, las transferencias bancarias presentan las características de una *economía de red*, y, por lo tanto, deben analizarse bajo dicha perspectiva y no la de un posmercado, y eso es lo que se hará a continuación.

## V. INTEROPERABILIDAD EN LAS TRANSFERENCIAS BANCARIAS

Una de las características propias de los mercados de plataformas que utilizan redes de telecomunicaciones, entre los que se encuentra el de las transferencias electrónicas bancarias, es la interdependencia o interoperabilidad, que permite el desarrollo óptimo del mercado al permitir que las plataformas y las aplicaciones producidas por distintos desarrolladores puedan conectarse entre sí<sup>18</sup>.

En los mercados en que existen redes, la interconexión resulta necesaria para poder desarrollarlas y aprovechar al máximo los beneficios de ésta. Precisamente por ello, en el sector de las telecomunicaciones la Ley N°18.168 (Ley General de Telecomunicaciones), en su artículo 3° letra B), establece la obligación de que las distintas redes deben interconectarse entre sí y establece asimismo la obligación de regular las tarifas de interconexión.

Por lo mismo, el H. Tribunal dictó la Instrucción de Carácter General N°2 para regular las tarifas denominadas *on-net* y *off-net*, indicando que las compañías debían competir por precio o por calidad de servicio y no por la posibilidad de acceso a otros suscriptores, destacando que, de lo contrario, las compañías más grandes tendrían ventajas que imposibilitarían la competencia<sup>19</sup>.

17. Demanda de Banco BICE y otros contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N° 174-2020 considerando 66°: “que por lo anterior 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”.

18. Facuse y Montoya (2019), p.134.

19. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Instrucción de Carácter General N°2, considerando 2°: “Que lo señalado en tales normas no es casualidad, *toda vez que las compañías deben competir por precio y por calidad de servicio y no por la posibilidad de acceso a otros suscriptores*. Tratándose de un servicio público, para cada suscriptor debe estar asegurada la posibilidad de conectarse con los suscriptores de todas las compañías, y la condicionalidad de esa posibilidad no debe ser una herramienta de competencia. Si así fuese, las compañías más grandes tendrían ventajas de tal magnitud que se imposibilitaría la competencia; en el extremo, la compañía más grande podría negar la interconexión a otras y ninguna otra empresa podría entrar al mercado” (énfasis añadido).

Es precisamente eso lo que ocurre en este caso, debido a que si un Banco grande decide no negociar tendrá todas las ventajas para imposibilitar llegar a un acuerdo razonable con otros Bancos y podrá imponer, dada su posición monopólica, las condiciones de la transacción.

Como se dijo antes, tal como ocurre en el mercado de las telecomunicaciones, en el mercado de las transferencias electrónicas bancarias existe interdependencia entre los Bancos, pues cada uno de ellos cuenta con su propia red, por lo que es necesario interconectarse con el resto del sistema para poder satisfacer las necesidades del usuario final.

Si bien en el mercado de las transferencias electrónicas no existe una disposición legal equivalente a la Ley General de Telecomunicaciones, que obligue a tarifificar la interconexión, la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF<sup>20</sup> dispone que el modelo de negocios bancario obliga a que éste se desarrolle por medio de la interconexión. Si un banco tomara la decisión de no interconectarse con otro, simplemente los clientes no contratarían con ese banco porque la calidad de servicio sería muy inferior en comparación a lo ofrecido por otros bancos que sí pueden prestar el servicio de transferencias a todo el resto de los bancos del sistema. Por lo tanto, la interconexión entre las redes de los distintos bancos hoy es de la esencia de la industria bancaria.

De este modo, **todos los bancos tienen el monopolio de acceso a su red.** Efectivamente, los bancos pueden cobrar lo que deseen a otro banco que tenga la intención de conectarse a su red, porque la decisión de transferir no proviene del banco emisor, sino del cliente de dicho banco. Por esto, independiente del valor que cobre el banco receptor, el primero debe pagar para satisfacer la orden de su cliente, y si decide no interconectarse con ese banco simplemente tendría que salir del negocio bancario, o disminuir muy sustancialmente la calidad de sus servicios. Además, y lo que lo hace aún más grave, a los clientes del banco no se les cobra por este servicio, por lo que quien asume el costo es el banco emisor, afectando a los bancos más pequeños que deben enfrentar costos más altos por la diferenciación de tarifas existentes, lo que evidentemente afecta negativamente la competencia en el mercado bancario.

---

20. RAN, Capítulo 1-7, 4.1. “Con el objeto de proveer mayor seguridad y un mejor servicio a sus clientes, los bancos deberán disponer que las transferencias que se realicen a través de canales electrónicos se cumplan de forma inmediata, en la medida que exista la correspondiente provisión de fondos. Así, los respectivos cargos y abonos o puesta a disposición de los respectivos beneficiarios del importe de estas transferencias deben efectuarse simultáneamente y de inmediato, en el mismo día en que se ordena y curse la transferencia. *Esta simultaneidad debe cumplirse tanto en aquellas transferencias que se realicen entre cuentas dentro del mismo banco, como en aquellas en que el abono en cuenta o pago al respectivo beneficiario deba efectuarse en otro banco*” (lo destacado es mío). Disponible en: [https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28893\\_doc\\_pdf.pdf](https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28893_doc_pdf.pdf). Fecha de consulta: 14 de julio de 2025.

## VI. POSICIÓN DOMINANTE DE BANCO ESTADO

Se entiende por poder de mercado la capacidad de un agente económico de influir decisivamente en el precio de un bien o servicio, u otra variable relevante de competencia, generándole una renta sobre lo normal. Tal concepto de poder mercado es consistente con lo señalado en las sentencias 26/2005<sup>21</sup>, 85/2009<sup>22</sup>, y 112/2011<sup>23</sup> del H. Tribunal, entre otras.

Para el derecho de la libre competencia, el poder de mercado de una empresa debe ser tal que le permita cometer los abusos que se le imputan. En ese sentido, lo que caracteriza al poder de mercado de una empresa en un mercado determinado es la capacidad de actuar con independencia de sus competidores, clientes o consumidores<sup>24</sup>.

La determinación del mercado relevante es imprescindible para determinar si existe un agente con posición de dominio. Así, en el presente supuesto, habiendo definido el mercado relevante como el de terminación de las transferencias electrónicas en la red del banco receptor de la misma, que es el oferente en dicho mercado, y siendo el banco en que se origina la transferencia electrónica el demandante del servicio y quien debe pagar por él, parece claro, como se ha dicho, que el banco receptor de la transferencia goza de posición monopólica, por cuanto podría subir el precio no solo un 10% por un periodo de un año, sino mucho más y permanentemente, sin perder ni un solo cliente; ni una sola venta por ello.

Por ello, en el caso *sub lite*, considero que (i) todos los bancos tienen una posición monopólica respecto del cobro de la tarifa de interconexión a su red; y, (ii) si no se les impide abusar de su posición dominante, los bancos probablemente recurrirán a la teoría de juegos e interacción estratégica para determinar cuánto van a cobrar a cada banco por el acceso a su red,

21. Denuncia de Philip Morris, en contra de Chiletabacos, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26-2005 considerando 32: “Que, como ha podido apreciarse en los considerandos anteriores, CCT ha incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un poder de mercado, y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia”.

22. Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., C-79-05, Sentencia TDLC N° 85-2009, considerando 136: “Que, tal como ya se ha establecido en las consideraciones octogésimo octava y octogésimo novena, precedentes, este Tribunal concuerda con la demandante y con la FNE en el sentido que, en las áreas fuera de su área de concesión, pero cercanas a ella, la empresa sanitaria titular de dicha concesión tiene un importante poder de mercado, en tanto disponga de economías de escala relevantes, razón por la cual su actuar no se ve disciplinado por la competencia, lo que conlleva un riesgo de potenciales abusos monopólicos respecto de las empresas constructoras”.

23. FNE contra Corporación de Radio Valparaíso y otros, C-194-09, Sentencia TDLC N° 112-2011, considerando 69: “Que lo anterior también permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder– suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado”.

24. Posner y Landes en su artículo titulado “Market Power in Antitrust Cases”, publicado en la edición de *Harvard Law Review* del año 1980.

es decir, la tarifa que fijarán quedará determinada por la cantidad de veces que se efectúen transacciones hacia el banco destinatario.

Así, para Banco Estado, en su condición de receptor neto positivo de transferencias, le es rentable cobrar una tarifa más alta a bancos más pequeños -con menor número de transacciones-, porque la cantidad de transferencias interbancarias destinadas a los clientes de dichos bancos será menor, por lo que deberá incurrir en este pago una menor cantidad de veces que el número de veces que cobra a dicho banco por tal servicio. En cambio, le es menos rentable cobrar una tarifa muy alta a los bancos grandes, en tanto a esa misma tarifa se sujetará cada vez que sus clientes emitan una orden de transferencia bancaria a uno de esos bancos.

Lo cierto es que, además de que los oferentes y demandantes del servicio (las instituciones bancarias) son interdependientes entre sí de este servicio, es difícil -sino imposible- disciplinar el poder de mercado que tiene la institución receptora sobre sus propios precios, y donde los bancos con menos clientes tienen una menor capacidad de negociación frente a aquellos que tienen una mayor cartera de clientes en el mercado de las transferencias electrónicas de fondos y que son receptores netos de transferencias, como es el caso de Banco Estado.

Así entonces, en un mercado como éste se dan las condiciones para que una empresa que tiene redes más grandes y es, por ende, receptor neto positivo de transferencias, pueda abusar imponiendo condiciones que se alejan a las de un mercado competitivo, generando con ello daño a otros actores del mercado.

Por ello, existiendo una clara posición dominante del Banco Estado en el mercado relevante definido como se ha indicado más arriba, queda pendiente analizar si los precios que cobraba por las terminaciones en sus redes de las transferencias electrónicas de fondos son contrarios a la libre competencia por ser arbitrariamente discriminatorios, como estableció la Excm. Corte Suprema.

## **VII. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS**

Como una primera aproximación, podemos afirmar que la discriminación de precios se analiza bajo la regla de la razón y, para que se produzca la infracción, se requiere del abuso de la posición dominante del que comete la infracción y que la causa que genera la diferencia de los precios o su cuantía debe ser injustificada o arbitraria, de manera de afectar la libre competencia.

Al respecto, para que la discriminación de precios sea sancionada en sede de libre competencia debe ser abusiva, es decir, arbitraria, carente de una justificación económica razonable, contraria a la libre competencia<sup>25</sup> y ejercida por quien detenta poder de mercado. Así lo ha fallado la jurisprudencia del H. Tribunal<sup>26</sup>.

En particular, en el mercado de transferencias electrónicas existe el riesgo de “discriminación de tercer grado” caracterizada por ser muy costoso o casi imposible para un consumidor cambiarse de categoría, puesto que, como se señaló, los demandantes son los bancos y no pueden prescindir de efectuar transacciones con otro banco, dado que ello significaría excluirlos del mercado. Así, para el caso particular de las tarifas interbancarias cobradas por Banco Estado, éste aplicaría a los demandantes tarifas discriminatorias para las *batch* de crédito y TEF, clasificando a los demandantes del servicio en pequeños, medianos y grandes bancos.

Ahora bien, una diferenciación de tarifas podría tener justificación si existen diferencias de costos para prestar el servicio a unos bancos respecto de otros, o si al cobrar distinto se expande la red atrayendo más clientes. Sin embargo, en un mercado como éste no se producen diferencias relevantes de costos por la terminación de la transferencia de un banco grande o de uno pequeño, ni tampoco se produce ningún efecto de externalidades positivas de red, debido a que una baja en el precio no genera que la red se expanda.

Respecto a los costos de prestación del servicio, el H. Tribunal señaló que el Banco Estado es quien cuenta con la mayor cantidad de infraestructura física para liquidación de efectivo, pero que, no obstante ello, la infraestructura física que aporta cada banco no necesariamente beneficia a los clientes del resto de los bancos, sino prioritariamente a sus propios clientes. Tal inversión tampoco justificaría los costos diferenciados de prestar el servicio, no sólo porque no contribuye a los clientes de aquel banco distinto del que haya realizado la inversión, sino también porque la infraestructura para la liquidación de pagos está destinada también a atender otros servicios diferentes al del mercado relevante objeto de análisis, tales como: la liquidación en efectivo de pagos de cheques por caja, de vales a la vista, u otros.

---

25. En este sentido, Valdés (1992) expresa: “Así, la discriminación de precios no consiste en precios o tratos diferentes, sino en precios o tratos diversos a quienes debía dárseles los mismos o bien en precios o tratos iguales a quienes eran debidos precios o tratos desiguales”.

26. Demanda de Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda. contra Petróleos Transandinos, C- 185-2009, Sentencia TDLC N° 107/2010. La diferencia del precio al que la demandada vendía combustible para su distribución minorista mediante EDS y camiones peddlers, encuentra una explicación razonable en la diferencia de costos que implicaba para esta compañía una y otra modalidad de distribución minorista. También ha sido sancionada la conducta o se ha hecho referencia a la materia en las sentencias N°26/2005, 96/2008, 85/2009, 88/2009, 90/2009, 116/2016 y 156/2016 del TDLC.

Con relación a los efectos de red, el H. Tribunal determinó que las transferencias electrónicas son un sistema con externalidades directas de red positivas, por cuanto permiten conectar cuentas de distintos bancos, sin que sea necesario pertenecer o tener cuenta en el mismo banco del destinatario de una transferencia electrónica para poder transferirle dinero. Debido a lo anterior, justificó la diferencia de precios, ya que, a su parecer, los bancos pequeños ofrecen una red de clientes menos atractiva que los bancos grandes y, por lo tanto, dentro de la negociación se les debe cobrar más caro.

Sin embargo, a mi juicio en un mercado *como éste no se produce ningún efecto de externalidades positivas de red*. Cobrar precios diferenciados, más bajos para aquellos que tienen más clientes y más altos para aquellos bancos que tienen menos clientes, no genera que la red se expanda. En otras palabras, la discriminación no produce que más clientes o más bancos se integren a la red, lo que demuestra la inexistencia de este tipo de efectos. Por el contrario, en mi opinión una política de precios diferenciados lo único que genera es perjudicar a los bancos más pequeños que deben enfrentar costos más altos debido a que se les impone una tarifa muy superior al costo marginal, afectándose con ello la competencia en el mercado bancario y las posibilidades de entrada al mismo.

### VIII. PRESCRIPCIÓN

Finalmente, se analizarán los plazos que deberían considerarse para efectos de determinar si en nuestro concepto debió acogerse -como hizo él H. Tribunal- o rechazarse -como hizo la Excma. Corte Suprema- la excepción de prescripción opuesta por Banco Estado. El análisis de dichos pronunciamientos ilustra los criterios que permiten establecer cuándo la discriminación arbitraria de precios puede constituir un ilícito de ejecución continuada en el tiempo, o cuando cesa su ejecución, a fin de determinar la fecha desde la cual empieza a correr el plazo de prescripción.

El H. Tribunal determinó que el plazo de prescripción debía comenzar a contarse a partir del momento en que se fijaron las tarifas interbancarias respecto de cada partícipe. Para arribar a tal conclusión, atendió a un hecho que estimó de significación jurídica, que a su juicio sería la celebración de los Contratos de Partícipe, pues en estos se habrían establecido las tarifas interbancarias que se reclaman; para lo cual citó la Sentencia N°96/2010 del mismo tribunal:

“que, al respecto, en la jurisprudencia en esta sede se ha señalado que ‘para los efectos de las materias de que conoce generalmente

este Tribunal, la ejecución de actos anticompetitivos ha de entenderse referida a la comisión o celebración de hechos de significación jurídica, sean estos actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales' (convenciones) (c. 9°, Sentencia N°96/2010) [...]”<sup>27</sup>.

Ahora bien, si lo indicado en la sentencia citada parece correcto, estimo pertinente identificar el o los hechos de significación jurídica a partir del cual sea posible obtener información objetiva sobre la temporalidad de los hechos. Para ello es fundamental determinar en primer lugar **cuál es la conducta objeto de reproche**, para luego establecer la naturaleza del ilícito y el momento desde el cual ha de comenzar a contarse el plazo de prescripción del mismo.

## 1. Conducta objeto de reproche

Las demandantes plantearon en sus reclamaciones diversas teorías acerca de la conducta anticompetitiva ejecutada por Banco Estado. Así, Scotiabank e Itaú señalan que el ilícito recae en la “negativa injustificada a ajustar tarifas”<sup>28</sup>; Banco BICE y Security, indican que es el “cobro de tarifas discriminatorias”<sup>29</sup>, y que aplicaría la interrupción<sup>30</sup> de la prescripción cada vez que el demandado se negó a actualizar las tarifas y, finalmente, el H. Tribunal postuló que “debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias”<sup>31</sup>.

Para aclarar la disyuntiva, es necesario dilucidar si la conducta anticompetitiva es la concreción de una estipulación contractual o bien de una política de precios contraria a la libre competencia.

27. Considerando 53°, Sentencia N°174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, Causa Rol C N°323-17 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

28. Página 20 y ss. reclamación Banco Scotiabank y página 2 de la reclamación de Itaú en causa rol C-323-17 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

29. Página 24, reclamación Banco BICE y página 25 reclamación Banco Security en causa rol C-323-17 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

30. En relación a la institución de la prescripción, debemos recordar que ésta sólo se verifica una vez que se encuentra trabada la Litis. Respecto de este último punto, la Excelentísima Corte Suprema ha manifestado lo siguiente: “*Que el fundamento de la institución de la interrupción de la prescripción radica en la necesidad de demostrar fehacientemente la vigencia del interés jurídico que se pretende hacer valer ante un tercero. En efecto, la parte acude a un tribunal para solicitar de éste un pronunciamiento sobre una conducta reprochable de otro y para ello la legislación instaura el procedimiento a seguir para que una vez oídas las partes pueda adoptarse una decisión. En el caso de autos, los demandantes reprochan a las denunciadas una determinada conducta que en su concepto atenta contra la libre competencia; luego el modo de interrumpir la prescripción es mediante la correspondiente notificación de la demanda o del requerimiento en su caso, pues sólo así se traba la litis y se habilita al tribunal para continuar con el procedimiento, de lo contrario la manifestación de mantener vigente el interés jurídico del asunto resulta insuficiente*” (lo destacado es mío). Considerando 5°, Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 20 de julio de 2011, Causa Rol N°2358-2011. Lo cual concuerda plenamente con lo dispuesto abundantemente por el H. Tribunal: “Que, tal como este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades (por ejemplo, en las sentencias números 57/2010, de fecha 12 de julio de 2007, 59/2010 de fecha 9 de octubre de 2007 y 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008), *el plazo de prescripción de la acción debe computarse desde que concluye o cesa la conducta imputada, y que es la notificación de la demanda correspondiente la que interrumpe dicho plazo, pues es en ese momento en el que se entiende trabada la Litis*” (lo destacado es mío). Considerando 4°, Sentencia N°174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, Causa Rol C N°323-17 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

31. Sentencia N°174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, Causa Rol C N°323-17 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 65°.

Si la conducta es la imposición de una estipulación contractual abusiva en un contrato, como ocurriría por ejemplo en una cláusula de exclusividad o de no competencia que se estime anticompetitiva, parece claro que la conducta anticompetitiva recae en la celebración del contrato donde se encuentra dicha cláusula contractual y que el plazo de prescripción debiera empezar a correr desde que dicha **estipulación contractual fue impuesta**, y así se ha fallado<sup>32</sup>.

Si la conducta en cambio es la imposición de una política de precios arbitrariamente discriminatoria, que no puede desprenderse de cada cobro ni de cada contrato con cada uno de los bancos, sino de la política de precios del imputado de abusar, entonces la práctica restrictiva de la libre competencia se mantiene vigente y en ejecución en tanto no se ponga término a dicha política.

Parece del todo evidente que en este caso el abuso no surgió en cada contrato individualmente considerado, sino de la discriminación arbitraria que surge del análisis de los cobros efectuados a unos y otros, y de la comparación de los mismos, en que se cobra más a los que tienen menor capacidad de negociación, y menos a aquellos a quienes no puede imponer sus condiciones abusivas, sin que para ello exista una explicación económica razonable. En este caso, a mi juicio la voluntad no se expresa en el consentimiento dado por los bancos individualmente en cada Contrato de Partícipe, sino al momento de cada cobro de tarifas arbitrariamente discriminatorias. De hecho, todas las demandas se dirigieron contra Banco Estado y no contra el CCA, con el cual se pactaron los Contratos de Partícipe.

Por lo anterior, estimo que las conductas acusadas en los autos y de las cuales se discutió su prescripción, corresponden a la discriminación arbitraria e injustificada de precios y no a las estipulaciones contractuales que individualmente se fijaron en cada uno de los Contratos de Partícipe, hace ya muchos años, con un tercero distinto de la demandada y en condiciones de mercado muy diferentes a las actuales.

En efecto, no se discutió en el proceso si la tarifa fijada originalmente en cada Contrato de Partícipe -la estipulación contractual- es anticompetitiva

---

32. "Que la conducta reprochada, esto es, *el establecimiento de cláusulas de exclusividad a favor de la demandada se verificó y se agotó en el momento de suscribir o celebrar los respectivos contratos en que ellas se incorporaban, pues es en ese momento en que se materializa la conducta que se estima atentatoria contra la libre competencia, aun cuando los efectos que ella produzca se prolonguen en el tiempo.* De tal forma que la sentencia reclamada ha procedido de acuerdo a la ley al acoger la excepción de prescripción de todas aquellas conductas que hayan ocurrido antes del 30 de septiembre de 2009, considerando la fecha en que fue notificada la demanda, a saber, el 30 de septiembre de 2011. De esta forma la reclamación que en este sentido formula ACAM S.A., en cuanto persigue que la alegación de prescripción sea desestimada íntegramente, no puede prosperar " (lo destacado es mío). Considerando 4º, Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 01 de julio de 2013, Causa Rol N° 94.27-2012.

por sí misma; lo que se discute es si la tarifa cobrada -impuesta- por Banco Estado a los bancos más pequeños -a la fecha de la demanda- era arbitrariamente discriminatoria respecto de la cobrada a los más grandes, conducta abusiva que no surge del análisis de las estipulaciones contractuales de cada uno de los Contratos de Partícipe, sino de la política de precios de Banco Estado, que debe ser, de acuerdo a lo dispuesto reiteradamente por nuestra jurisprudencia antimonopolios, una política de precios objetiva, transparente y no arbitrariamente discriminatoria.

A mayor abundamiento, los Contratos de Partícipe no fueron celebrados con el Banco Estado y no disponen expresamente cuál es el cobro para las TEF (uno de los tipos de transferencias electrónicas cuestionados). Tampoco existe un contrato en que Banco Internacional se haya obligado a pagar determinadas tarifas, y sin embargo también es afectado por la política de precios de Banco Estado, que es idéntica a la que aplica al resto de los bancos.

En definitiva, lo que debe analizarse en este caso es si hay alguna justificación económica razonable para la gran diferenciación de precios existente, que no se produce en el Contrato de Partícipe celebrado por cada uno de los bancos, sino que se puede constatar de la comparación y diferencia entre lo que Banco Estado cobra a unos y otros bancos, que es lo único que permitirá determinar si las tarifas son objetivas, transparentes y no arbitrariamente discriminatorias, como exige nuestro derecho de la libre competencia<sup>33</sup>.

Ahora bien, podríamos preguntarnos -respecto a los bancos demandantes distintos a Banco Internacional- ¿cómo las partes iban a reprochar aquello que por su propia voluntad aceptaron?

Al respecto, debemos tener en cuenta la especial naturaleza del servicio al que nos enfrentamos, respecto del cual no es factible para un banco dar por terminado pura y simplemente el contrato. Lo anterior por cuanto nos encontramos frente a un servicio interdependiente sin el cual el banco

---

33. “Que, con todos los antecedentes que constan en autos, este Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado en que la tasa de descuento utilizada en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento. En consecuencia, no habiéndose acreditado que el nivel de las tasas de descuento aplicadas por las requeridas haya sido injustificado, no se acogerá el requerimiento en esta materia, sin perjuicio de que, como ya se señaló, en lo resolutivo de esta sentencia se ordenará que el cálculo de este parámetro, así como el de todos los incluidos en los cobros, se base en *condiciones objetivas, generales, públicas y no arbitrariamente discriminatorias*” (lo destacado es mío) considerando 113°, Sentencia N°85/2009 de fecha 12 de julio de 2009, Causa Rol C N°79-05 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; “ORDENAR a la Compañía Chilena de Fósforos S.A. que se abstenga en lo sucesivo de celebrar con sus clientes o distribuidores, directa o indirectamente, que incluyan términos o condiciones discriminatorios respecto de las características de quién adquiera o distribuya sus productos, salvo que ello se funde en *circunstancias generales, uniformes y objetivas, o basadas en condiciones justificables en razón de sus costos*, y que sean aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones” (lo destacado es mío). En lo resolutivo, Sentencia N°90/2009 de fecha 14 de diciembre de 2009, Causa Rol C N°165-08 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; entre otras; “Por las razones antes expuestas, se declara que el Plan de Autorregulación actual de Transbank no cumple con establecer *merchant discounts públicos, objetivos, de general aplicación y no discriminatorios* y, por tanto, no es compatible con la *normativa de libre competencia*” (lo destacado es mío). En lo resolutivo, Resolución N°53/2018 de fecha 05 de septiembre de 2018, Causa Rol C N°435-16 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; entre otras.

originario no podría concretar la orden encomendada por sus clientes. Tal característica fue reconocida consistentemente por todas las partes del juicio y fue tratada en el capítulo sobre Mercado Relevante.

En un caso fallado por el H. Tribunal, éste tuvo presente justamente el carácter vinculante de ciertas normas impuestas por quien tiene posición dominante, a aquellos que no tienen otra opción más que aceptar las condiciones impuestas por la misma. Nos referimos a la Sentencia N°173/2020 que dio término a la causa Rol C-343-2018, Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (“ANFP”), en el que la conducta imputada en autos recaía en la imposición de una regla por la ANFP a sus asociados, consistente en exigir una cuota de incorporación y otra como requisito a los clubes deportivos de fútbol profesional chileno para ascender a la división Primera B. El H. Tribunal estimó que no se trataba de un acto cometido unilateralmente por un competidor, sino de una norma general (aplicable a toda una categoría de sujetos) y que esta norma era de carácter vinculante toda vez que la regla impuesta era un requisito ineludible para estar afiliado a la Asociación.

En efecto, prácticamente todos los casos de abuso de posición dominante se refieren a la imposición por parte de la empresa que detenta el poder de mercado suficiente como para poder abusar del mismo, de condiciones contractuales abusivas, que no dejan de serlo porque sean aceptadas por las víctimas del abuso. Por ello el art. 3 inc. 2° letra b) del DL 211, luego de señalar algunos ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante, termina generalizando la conducta como la imposición de abusos “...o imponiendo a otros abusos semejantes”.

Así, en los casos de venta atada, por ejemplo, el abusado consiente (aunque no tan libremente), en comprar el bien atado a aquel que necesita comprar; en la discriminación anticompetitiva de precios, los compradores aceptan comprar a los precios discriminatorios que cobra el monopolista, pues no les queda alternativa; en todas las restricciones verticales, los clientes o proveedores de quien comete el abuso aceptan las condiciones contractuales impuestas por quien abusa de su posición dominante; y en todos esos casos las autoridades de libre competencia están habilitadas para sancionar el abuso, a pesar del aparente consentimiento de la víctima del mismo.

En el caso bajo análisis, las tarifas interbancarias (*batch* de crédito y *batch* de débito), se establecieron en los años 90’ no por Banco Estado, sino por el CET, comunidad formada por los tres bancos privados de mayor tamaño de la época (Banco de Chile, BCI y Banco Santiago) y que posteriormente se transformó en la sociedad anónima de apoyo al giro bancario CCA. En

esa época existía un desarrollo bastante incipiente de la libre competencia; recordemos que el H. TDLC comenzó a funcionar recién en el año 2004.

Por otra parte, en los años 90' no existía el desarrollo y la masividad que hoy en día tienen estos servicios. Así, si bien las tarifas pactadas en los Contratos de Partícipe eran diferenciadas según tamaño, no necesariamente restringían la libre competencia, al representar una parte muy marginal en el negocio bancario. Sin embargo, este escenario cambió radicalmente y, en la actualidad, el pago por la recepción de transferencias electrónicas de fondos representa un costo o ingreso importante -y por lo tanto, una variable competitiva relevante- para cada banco.

Además, en el año 2002, el CCA decidió dejar de intervenir en la fijación de las tarifas interbancarias, con lo que cada banco debía negociar las tarifas con sus pares. Sin embargo, siguieron en el intertanto cobrándose las tarifas fijadas por el CET por defecto, dejando la determinación al poder de negociación de cada banco.

Posteriormente, el año 2003, surgieron las transferencias electrónicas en línea, las que representan un porcentaje significativo del total de las transferencias electrónicas bancarias; y a las que se le aplicó consensualmente, sin que medie un documento expreso, la tarifa por *batch* de crédito, cuya naturaleza es distinta<sup>34</sup>.

Recién el año 2016 los bancos acordaron bilateralmente cobrarse nuevas tarifas, salvo Banco Estado, que no estuvo dispuesto a actualizar su política de precios en el contexto de la negociación multilateral y tampoco frente a requerimientos individuales y bilaterales de algunos bancos.

Lo anterior da cuenta que no es el Contrato de Partícipe la conducta cuya ilicitud se analiza por haberse fijado allí las tarifas (ni siquiera se encuentran allí estipuladas todas las tarifas), puesto que no tiene significación jurídica para la libre competencia. La conducta denunciada, y respecto de la cual debe analizarse su eventual prescripción, consiste en la política de precios que mantiene Banco Estado respecto de los pequeños, medianos y grandes bancos con quienes efectúa transferencias electrónicas.

Confirma lo anterior el hecho que en el año 1996 se pactó que las tarifas serían determinadas por el Comité Coordinador. Eso es totalmente distinto

---

34. Existen tres tipos de transferencias electrónicas: las transferencias electrónicas de crédito, de débito y de fondos en línea. Las dos primeras, más conocidas como *batch* de crédito (también llamadas "pagos masivos") y *batch* de débito (también conocidas como PAC Multibanco), se procesan en lote y se ejecutan el día siguiente hábil; en tanto las transferencias electrónicas de fondo en línea, se procesan inmediatamente en línea.

a sostener que se establecería en ese contrato una tarifa que debiera quedar fija por casi un cuarto de siglo, sin considerar los cambios en el mercado, que en el caso de las transferencias electrónicas de fondos han sido enormes. Lo que pactaron los bancos es que el Comité Coordinador podría modificar las tarifas comerciales entre partícipes, con un límite de dos veces en un año calendario<sup>35</sup>. El H. Tribunal en las consideraciones decimoquinto y decimosexto de la Sentencia reconoce este hecho. Lo anterior, sin perjuicio que el 2002 se adoptara la decisión de que los bancos negociaran de manera bilateral las tarifas, lo que supeditó su determinación al poder negociador de cada institución.

Este es un argumento adicional para sostener que el hecho jurídico relevante para determinar el inicio del plazo de prescripción no podría ser la fecha de un contrato que estableció un mecanismo de modificación de precios que, a pesar de los evidentes cambios que se han producido en el mercado, Banco Estado no estuvo dispuesto a aceptar.

## **2. Naturaleza del ilícito y plazo de prescripción**

Existen dos planteamientos acerca de la fecha a partir de la cual se contaría el plazo de la prescripción para efectos de determinar si la acción está prescrita o no.

Por un lado, tenemos a las demandantes, quienes plantean que, al tratarse de una conducta reiterativa que se verifica con cada cobro que efectúa a Banco Estado, ésta seguiría ocurriendo, por ende, aún no podría comenzar a contabilizarse el plazo de la prescripción, encontrándose, por tanto, las acciones plenamente vigentes, sin perjuicio que, siguiendo esa tesis, las conductas discriminatorias cometidas con más de tres años de anterioridad a la notificación de la demanda, estarían prescritas.

Por otro lado, tenemos al H. TDLC y el Banco Estado, quienes plantean que el plazo de prescripción debe contarse a partir del momento en que se fijaron las tarifas interbancarias respecto de cada partícipe, y que dicha determinación corresponde a un instante preciso y determinado en el tiempo.

Pues bien, una vez identificada la conducta anticompetitiva ejecutada por el demandado, debe analizarse si la negativa de Banco Estado a establecer una política de precios con aquellos criterios que exige el DL 211, antes indicados, constituye un abuso de su poder de mercado dentro del mercado de las transferencias electrónicas bancarias.

---

35. Cláusulas III N°9 letra a) y b) y Anexo N°1 cláusula 2.2.

Si la política de precios es injustificadamente discriminatoria, fue impuesta por quien tiene poder de mercado (sea de manera positiva o de manera negativa, esto es, negándose a modificarla) y las diferencias de precios no tienen una justificación económica razonable, dicha conducta seguirá ejecutándose en tanto no se establezca una política de precios objetiva, transparente y no discriminatoria por parte del banco que la impone, y solo desde ese momento podrá comenzar a correr el plazo de prescripción. Así lo ha fallado el H. Tribunal, que ha señalado que, por tratarse de una norma de aplicación general, no debe contarse el plazo de prescripción a partir de ningún momento específico, sino hasta el cese de la conducta:

“que, dado lo anterior, mientras la ANFP no deje de aplicar la norma (configurada por todos los elementos antes señalados), la conducta sigue ejecutándose y, por consiguiente, la acción de la FNE no se encuentra prescrita”<sup>36</sup>;

Ese mismo fue el criterio utilizado por el H. TDLC en la Sentencia N°76/2008, demanda de GTD Teleductos S.A. (“**GTD**”) en contra la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (“**EFE**”) y la Sentencia N°70/2008 demanda de los pequeños productores mineros en contra de la Empresa Nacional de Minería (“**ENAMI**”); concluyendo que la conducta denunciada no se materializaba con la dictación del respectivo reglamento donde se contienen las tarifas cuestionadas, sino en la aplicación del mismo.

En el primer caso, GTD acusó que la demandada ejercía conductas de abuso de posición dominante que se configurarían en la imposición de precios abusivos por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos de la faja vía, cuyas tarifas habrían estado determinadas en el “Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos” en base a un modelo que no sería uniforme, general y no discriminatorio, y que tampoco se basaría en costos ni en el modelo de una empresa eficiente. EFE opuso la excepción de prescripción extintiva, señalando que la conducta anticompetitiva en que se fundaba consistiría en aplicar tarifas contenidas en un reglamento que data de 1993. El H. TDLC rechazó la excepción de prescripción por cuanto comprendió que la infracción de autos no recaía en el Reglamento, sino en el cobro de las tarifas reprochadas que constituían una actividad continuada o de tracto sucesivo:

“que, por consiguiente, a juicio de este Tribunal, la infracción atribuida a EFE no consiste en la dictación del Reglamento –que data de

---

36. Sentencia N°173/2020 de fecha 25 de junio de 2020, Causa Rol C N°343-18 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 45°.

1993–, sino en su aplicación a los atravesos de GTD mediante el cobro de los precios abusivos reprochados; *lo cual 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 estos 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, o modificado el Reglamento en base a los cuales estos son calculados, pues sólo en ese momento la ejecución de la supuesta infracción habría terminado<sup>37</sup> (lo destacado es mío).

Lo mismo ocurrió en la demanda de los pequeños productores mineros en contra de ENAMI. La empresa demandada opuso excepción de prescripción extintiva, señalando que los actos acusados se habrían cometido en la dictación y posteriores modificaciones del “Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros” aprobado por su directorio en 1995, y modificado en 1996 y 1999. El H. Tribunal rechazó la excepción de prescripción por cuanto determinó que los hechos que configuraban la infracción correspondían a la imposición de precios y otras condiciones de compra abusivas por parte de ENAMI:

“que, a juicio de este Tribunal, la negativa de compra denunciada no se materializaría con la dictación del Reglamento de Compra, ni con la determinación o especificación posterior de las leyes mínimas de liquidación o de “levante a pluma” a que alude el primero, sino cada vez que ENAMI adquiere gratuitamente minerales por los que, según la demandante, debería pagar. Por consiguiente, es preciso contabilizar la prescripción considerando las fechas de emisión de los certificados de análisis de minerales que no eran susceptibles de ser pagados por no cumplir con los requisitos de calidad que exigiría ENAMI, pues tales fechas corresponden a la de ejecución de la conducta denunciada”<sup>38</sup>.

En efecto, de acuerdo a la legislación vigente, las acciones prescriben en el plazo de tres años contado desde la “ejecución” de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan<sup>39</sup>. El hecho de que la conducta

37. Sentencia N°76/2008 de fecha 14, de octubre de 2008, Causa Rol C N°100–06 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 9°.

38. Sentencia N°70/2008 de fecha 2 de julio de 2008, Causa Rol C N° 118–08 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando 10°.

39. Artículo 20 del DL 211, inciso final: “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”.

sea la política de precios que impone una de las partes a otras de manera arbitraria, discriminatoria y/o injustificada, hace que esta se mantenga ejecutándose en tanto dicha conducta no cese, sin que comience a correr el plazo de prescripción sino desde ese momento. Al respecto la Excelentísima Corte Suprema ha dicho:

“que si bien la sentencia en análisis dice que el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución, ello no se contradice con el texto de la ley, por cuanto el cómputo se hace a partir de la ejecución de la conducta. *Lo que sucede es que en ese evento la ejecución coincide con el momento de término del comportamiento criticado, por cuanto la ley no distingue entre ejecuciones aisladas con efectos anticompetitivos o ejecuciones que se mantienen en el tiempo con efectos de igual carácter*”<sup>40</sup> (lo destacado es mío).

Ahora bien, este último criterio es el que sigue el H. Tribunal respecto de la discriminación arbitraria efectuada por Banco Estado en contra de Banco Internacional, el cual, atendido que los cobros no se fundamentaban en un contrato, consideró que debía estimarse una *actividad continuada o de tracto sucesivo*<sup>41</sup>. Se ha dicho que existe una infracción de este tipo:

“cuando en su comisión persiste el infractor de forma continua y realiza acciones u omisiones que infringen el mismo o semejante preceptos administrativos, en ejecución de un plan concebido o aprovechando idéntica ocasión. En este tipo de faltas, como la infracción se continúa cometiendo hasta que se abandona la situación antijurídica el plazo de prescripción no se inicia hasta ese momento”<sup>42</sup>.

El razonamiento dispar del H. Tribunal de que la conducta, que es la misma acusada tanto por Banco BICE, Banco Security y Banco Internacional, (discriminación arbitraria e injustificada de precios) no es reiterativa para unos y para otros sí; deja en indefensión a los demandantes por la sola circunstancia de considerar un hecho de significación jurídica distinto para uno y otro caso, siendo que la conducta anticompetitiva acusada es la misma tanto por BICE, Security y Banco Internacional, lo que es corroborado con la acumula-

---

40. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 14 de enero de 2011, Causa Rol N° 6615-2011, considerando 10°.  
41. Así, la Sentencia 174/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia expresa en su considerando 81°: “Que, en consideración a las características antes indicadas y a diferencia de los casos anteriores, la infracción atribuida a Banco Estado por parte de Banco Internacional, **constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo**. Ello implica, según se ha resuelto en esta sede, en el caso de cobros que se califican de abusivos y que no se establecen en un contrato, que la conducta “se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE [el demandado] exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que estos dejan de aplicarse o son reestructurados (Sentencia N° 76/2008, c.9°)” (el destacado es propio).

42. Núñez Ojeda (2011).

ción de los autos. Por ende, el razonamiento aplicado debería ser el mismo, en tanto el ejercicio abusivo de poder de mercado de Banco Estado, de existir en el mercado bajo análisis, se concreta para unos y para otros en la política de precios que impone actualmente a los diversos bancos.

Por tanto, siendo la discriminación arbitraria de precios de Banco Estado en contra de los bancos reclamantes un acto que se mantuvo en ejecución en el tiempo, en el cual la declaración de voluntad por parte del ente que abusa es constante (del cual el demandado no alega ni consta en el expediente que le haya puesto fin, aún más, se niega a ponerle fin en reiteradas ocasiones), a mi juicio correspondía rechazar la excepción de prescripción, y por ende, acoger las reclamaciones de Banco BICE y Banco Security en este aspecto; procediéndose al análisis de fondo de las mismas.

Esto fue lo que hizo la Excma. Corte Suprema al rechazar la excepción de prescripción opuesta por la demandada y declarar que, de lo dispuesto en el artículo 20 inciso tercero del DL 211 “se desprende que el plazo de tres años allí previsto se debe computar ‘desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia’, esto es, desde que el demandado aplicó precios excesivos y desde que efectuó cobros discriminatorios de precios, conductas ambas que, como resulta evidente, se producen día a día y se mantienen mientras el demandado exija a los demandantes el pago de sumas excesivas o discriminatorias en relación a las cantidades que, por el mismo servicio, presta a terceros”<sup>43</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

Es bastante evidente que para definir un mercado relevante del producto hay que determinar en primer lugar quiénes son sus oferentes y demandantes, así como el proceso de formación de precios en el mismo. La definición de mercado relevante es un paso previo a la identificación de agentes con posición de dominio y, en consecuencia, a la detección y sanción de conductas de abuso de posición dominante como la discriminación arbitraria de precios.

En este caso, el mercado sobre el que recayó el pronunciamiento corresponde a un servicio que se prestan recíprocamente los bancos entre sí, en que los oferentes son los bancos y los demandantes también, y que el precio -la comisión cobrada por cada banco- es pagado al banco que recibe la transferencia electrónica por el banco del cual se origina la comunicación vía internet.

---

43. Sentencia Excma. Corte Suprema de 18 de abril de 2022, causa rol N°125.433-2020, considerando 14°.

Por ello, parece claro que el mercado relevante es uno relacionado con el otorgamiento de servicios de red para la terminación de la transferencia en la red del banco receptor de la misma, asimilable a los servicios de interconexión que se cobran las compañías telefónicas entre sí por la terminación de las llamadas, cuyo precio es regulado por tratarse de un monopolio natural.

Ahora bien, una diferenciación de tarifas podría tener justificación si existen diferencias de costos para prestar el servicio a unos bancos respecto de otros o si al cobrar distinto se expande la red atrayendo más clientes. Sin embargo, en un mercado como éste no se producirían diferencias de costos por la terminación de la transferencia de un banco grande o de uno pequeño y tampoco se produce ningún efecto de externalidades positivas de red, debido a que una baja en el precio no genera que la red se expanda.

Debido a lo anterior, a mi juicio, una política de precios diferenciados parece carecer de justificación económica y perjudica a los bancos más pequeños, quienes deben enfrentar costos más altos debido a que se les impone una tarifa muy superior al costo marginal y a la que se cobra a los bancos más grandes, restringiéndose con ello la competencia en el mercado bancario, tal como resolvió -a mi juicio acertadamente- la Excma. Corte Suprema en la resolución de alzada.

En cuanto a la prescripción, estimo que la conducta acusada en autos corresponde a la discriminación arbitraria e injustificada de precios a partir de la comparación de los precios que cobra Banco Estado a los distintos bancos (su política de precios) y no a las estipulaciones contractuales que individualmente se fijaron en cada uno de los Contratos de Partícipe celebrados por cada uno de las demandantes con el CCA. Tal apreciación es determinante para concluir si el comportamiento está o no prescrito, como se desprende de lo determinado por el H. Tribunal y por la Excma. Corte Suprema.

En efecto, no se está discutiendo en autos si la tarifa fijada originalmente en cada Contrato de Partícipe -la estipulación contractual- es anticompetitiva por sí misma; lo que se discute es si la tarifa cobrada a los bancos más pequeños es arbitrariamente discriminatoria respecto de la cobrada a los más grandes, conducta abusiva que no surge del análisis separado de las estipulaciones contractuales de cada uno de los contratos, sino de la política de precios de Banco Estado. Dicha política, dado el poder de mercado que tiene en su determinación, debe ser, de acuerdo a lo dispuesto reiteradamente por nuestra jurisprudencia antimonopolios, una política de precios objetiva, transparente y no discriminatoria.

La conducta acusada, es decir, la imposición de una política de precios arbitrariamente discriminatoria, es una que por naturaleza no puede desprenderse de cada cobro ni de cada contrato con cada uno de los bancos, individualmente considerado, sino de la política de precios del imputado de abusar, es decir, de la discriminación arbitraria que surge del análisis de los cobros efectuados a unos y otros, y de la comparación de los mismos, en que se cobra más a los que tienen menor capacidad de negociación, y menos a aquellos a quienes no puede imponer sus condiciones abusivas, sin que para ello exista una explicación económica razonable.

Es pacífico en nuestra jurisprudencia antimonopolios que el plazo de prescripción de una política de precios arbitrariamente discriminatoria no empieza a correr sino desde que dejan de cobrarse los precios discriminatorios. Por ello, siendo la discriminación arbitraria de precios de Banco Estado un acto que se mantuvo en ejecución en el tiempo, parece ajustado a derecho lo resuelto por la Excma. Corte Suprema al señalar que la conducta acusada se produce día a día y se mantiene mientras el demandado exija a los demandantes el pago de sumas excesivas o discriminatorias en relación con las cantidades que, por el mismo servicio, cobra a terceros. Es decir, que la ejecución de la conducta existe en tanto se sigan cobrando precios discriminatorios, sin que comience a correr el plazo de prescripción mientras ello ocurra.

## X. BIBLIOGRAFÍA

### Libros, artículos e informes

Facuse, Vanessa, y Montoya, Ana María (2019): *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica* (Thomson Reuters), p.134.

Hovenkamp, Herbert (2017): *Principles of Antitrust* (West Academic 2017), p. 65.

Landes, William y Posner, Richard (1980): "Market Power in Antitrust Cases" en *Harvard Law Review*, Vol. 94; 937, pp. 937-996.

Motta, Massimo (2018): *Política de Competencia, Teoría y práctica* (Fondo de Cultura Económica), p. 148.

Núñez Ojeda, Raúl (2011): "Prescripción de la Acción para Perseguir el Ilícito Anticompetitivo" en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, pp. 547-578

Posner, Richard (2003): *Antitrust Law* (The University of Chicago Law Review), p.149

Valdés, Domingo (1992): *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico* (Editorial Jurídica Conosur Ltda.), p. 105.

### Jurisprudencia Citada

Instrucciones de Carácter General N°2 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de diciembre de 2012, en causa rol NC-386-10.

Resolución N°53/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 5 de septiembre de 2018, en causa rol C-435-16.

Sentencia N°26/2005 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 5 de agosto de 2005, en causa rol C-11-04.

Sentencia N°70/2008 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 14 de octubre de 2008, en causa rol C-118-08.

Sentencia N°76/2008 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 14 de octubre de 2008, en causa rol C-100-06.

Sentencia N°85/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 2 de julio de 2009, en causa rol C-79-05.

Sentencia N°90/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 14 de diciembre de 2009, en causa rol C-165-08.

Sentencia N°107/2010 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 7 de diciembre de 2010, en causa rol C-185-09.

Sentencia N°112-2011 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 22 de junio de 2011, en causa rol C-194-09.

Sentencia N°173/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 25 de junio de 2020, en causa rol C-343-18.

Sentencia N°174/2020 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del 21 de agosto de 2020, en causa rol C-323-17.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 14 de enero de 2011, en causa Rol N°6.615-2011.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 1 de julio de 2013, en causa Rol N°9.427-2012.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 18 de abril de 2022, en causa Rol N°125.433-2020.