

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil veinticinco.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N.º 4.351-2024, las reclamantes dedujeron el recurso de reclamación contemplado en el artículo 27 del Decreto Ley N.º 211 en contra de la sentencia N.º 189/2019 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") el 21 de diciembre de 2023, que rechazó las demandas por prácticas anticompetitivas.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES:

PRIMERO: Que, a fojas 31, SURBTC SpA dedujo demanda en procedimiento contencioso por infracción al artículo 3º del Decreto Ley N.º 211 (en adelante, "DL N.º 211"), acción dirigida en contra de: (i) Banco Itaú-Corpbanca; (ii) Banco del Estado de Chile; (iii) Banco BICE; (iv) Banco Scotiabank; (v) Banco de Chile; (vi) BBVA; (vii) Banco Santander; (viii) Banco Internacional; (xix) Banco de Crédito e Inversiones; y, (x) Banco Security.

Denunció en su libelo hechos constitutivos de abuso de posición de dominio colectivo y explotación abusiva exclusoria, sustentando ambos ilícitos en los siguientes hechos: (i) el cierre intempestivo, injustificado y unilateral de cuentas corrientes, y la negativa a mantener vigente la relación contractual que vinculaba a la actora con



los demandados Banco Itaú-Corpbanca y Banco del Estado de Chile; y, (ii) la negativa y entorpecimiento para abrir cuentas corrientes bancarias por parte de los demandados Banco BICE, Scotiabank, Banco de Chile, BBVA, Santander, Banco Internacional, Banco de Crédito e Inversiones y Banco Security.

Indicó que es una empresa dedicada a prestar servicios tecnológicos mediante una plataforma online llamada *Buda.com*, portal que permite a sus usuarios registrados comprar y vender activos digitales conocidos como criptomonedas.

Explicó SURBTC SpA (en adelante, "Buda") que funciona de forma similar a una bolsa de valores, permitiendo a sus clientes realizar compras y ventas de criptomonedas a cambio de moneda local, compras y ventas entre criptomonedas, y remesas a cambio de comisiones más bajas que las cobradas por las instituciones bancarias y empresas que prestan dichos servicios.

Aseguró que, entonces, Buda es competidora de los bancos y demás entidades financieras en el mercado de transferencia de remesas y cambio de divisas, dado que presta un servicio de intermediación en que los clientes pueden adquirir o vender criptomonedas pagando o recibiendo en moneda local. Por otro lado, existiría un grado de sustitución, aunque no perfecta, entre los medios de pago (tarjetas y otros) emitidos por los bancos y entidades financieras y las criptomonedas, por cuanto sus clientes adquieren



criptomonedas pagando en moneda local, pudiendo emplearlas como medio para transferir valor económico por internet de forma más rápida y económica que las alternativas tradicionales, destacando que se trata de un medio que se encuentra en crecimiento.

Resaltó, por otro lado, que las empresas que, como Buda, prestan servicios 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.

Reveló que, en ese contexto, logró abrir cuentas corrientes con dos bancos: en febrero de 2015 con Itaú; y, en noviembre de 2016 con Banco Estado. Sin embargo, durante marzo de 2018, tanto Itaú como Banco Estado habrían comunicado a Buda el cierre unilateral de sus cuentas. Aseveró que Itaú sólo le entregó respuestas dilatorias y vagas acerca del motivo de la decisión, mientras que Banco Estado respondió que el motivo del cierre consistió en la política de no operar con empresas activas en criptomonedas, mientras no existiese un reconocimiento regulatorio de dicha actividad.

Señaló que, previo a su relación con Itaú y Banco Estado, intentó abrir cuentas corrientes con los restantes



bancos demandados, a saber: (i) con Banco BICE, en octubre de 2014, sin obtener respuesta positiva; (ii) con Scotiabank, en diciembre de 2014, recibiendo como respuesta, en febrero de 2018, luego de consultar por escrito el estado de la solicitud, que no se autorizó la apertura de cuenta corriente por el giro de la empresa; (iii) con el Banco de Chile, en junio de 2015, entidad que después de un año rechazó la apertura de cuentas por no cumplir con sus políticas bancarias; (iv) con BBVA, en noviembre de 2015 y abril de 2018, sin obtener respuesta formal; (v) con el Banco Santander, en noviembre de 2015, quien informó que Buda no calificaba para la apertura de una cuenta corriente; (vi) con el Banco Internacional, en diciembre de 2015, quien solicitó antecedentes, pero, finalmente, no dio lugar a la apertura de cuentas corrientes; (vii) con BCI, en noviembre de 2014 y enero de 2016, entidad que, luego de varios meses y de requerir diversos antecedentes, decidió no abrir una cuenta corriente a Buda; y, (viii) con el Banco Security, en enero y abril de 2018, sin obtener respuesta.

Refirió que, en abril de 2018, envió una carta por correo certificado a todos los representantes legales de los bancos que no accedieron a la apertura de cuentas, insistiendo en su solicitud, sin que, a la época de la demanda, haya recibido respuesta alguna.

Indicó que, como es de público conocimiento, luego del cierre de sus cuentas bancarias, diversos representantes de



los bancos han declarado que dicha decisión respondería a que clientes como Buda implican un elevado riesgo reputacional, frente a la probabilidad de verse envueltos en ilícitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Replicó la demandante que, con excepción de Banco Estado, en ningún momento los demandados solicitaron a Buda información sobre su operación o de alguna transacción en particular que les pareciere sospechosa, así como tampoco mostraron reparos con sus políticas de cumplimiento normativo, sin que existan antecedentes respecto de vínculos entre actividades de lavado de activos o financiamiento del terrorismo y empresas del giro de Buda, pues, contrario a lo sostenido por los bancos, las intermediarias de criptomonedas emplean la tecnología denominada "*blockchain*", método que, por su trazabilidad, inmutabilidad y publicidad, ha sido utilizado para la prevención de esta clase de delitos, según reconocen reguladores y actores financieros a nivel mundial.

Ejemplificó, sobre este tópico, que todo usuario que quiera transar mensualmente sumas mayores a \$100 dólares de los Estados Unidos de América dentro de su plataforma debe proporcionar su información personal completa, datos que son verificados por la empresa y deben ser periódicamente actualizados por el usuario, en un proceso que denomina "conocimiento del cliente" o "KYC", que se encuentra detallado en manuales internos de gestión de riesgo del lavado de activos, no existiendo abonos ni retiros en



efectivo u otro medio de pago que impida saber la fuente y destino de los fondos que transa.

Reconoció, acto seguido, que el intercambio de criptomonedas es una actividad que no se encuentra regulada en Chile, pero que se somete a controles y fiscalizaciones por parte de autoridades sectoriales, tales como el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, "SII"), la Unidad de Análisis Financiero (en adelante, "UAF") y el Comité de Autorregulación Financiera de la Comisión para el Mercado Financiero, entidad ante la cual se registró voluntariamente. Asimismo, tanto bancos como instituciones internacionales han reconocido a las criptomonedas como activos financieros, de modo que son aceptadas y consideradas legales en la mayor parte del mundo.

Alegó, en el mismo sentido, que la falta de regulación de los criptoactivos no significa que éstos sean ilegales, puesto que no han sido prohibidos por el legislador, son reconocidos por organismos fiscales, y promovidos por autoridades e instituciones del Gobierno de Chile, cuyos reguladores económicos son partidarios de avanzar en su inclusión en el mercado nacional.

Aseguró que, en el contexto anotado, revistiendo los demandados la calidad de competidores de los demandantes, y siendo las cuentas corrientes cerradas, o cuya apertura se ha denegado, un insumo necesario para el ejercicio de la actividad económica de la actora, se ha incurrido en un



ilícito competitivo en un mercado relevante concentrado, pues en el mercado de cuentas corrientes de personas jurídicas el nivel de concentración alcanza los 1.715 puntos del Índice *Herfindahl-Hirschman* (en adelante, "índice HHI"), sumando los tres bancos más grandes el 66% del total de cuentas corrientes vigentes.

Propuso que las conductas imputadas configuran un abuso de poder de mercado o posición dominante, figura contenida en la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N.° 211, acotando que, en la especie, los demandados habrían incurrido en abusos explotativos y discriminación arbitraria, conductas que serían posibles a partir del poder de mercado del que gozarían conjuntamente, considerando la alta concentración del mercado bancario, y del hecho de corresponder, las cuentas corrientes, a un insumo esencial para el emprendimiento de Buda, explicando, en adición, que la empresa ha sido afectada por el comportamiento de todos los bancos demandados, por lo que no podría sustituir un determinado banco por otras instituciones.

Invocó, en complemento de lo dicho, que las conductas acusadas constituyen una explotación abusiva mediante discriminación arbitraria, con el propósito de restarle competitividad e impedir su desarrollo comercial, tornando inviable su actividad económica.

Planteó, en subsidio, para el caso de estimarse que no concurren los requisitos para configurar las conductas



imputadas en términos de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, que cabría igualmente sancionarlas como ilícito de peligro, al "tender" a producir dichos efectos, en los términos del artículo 3°, inciso primero del Decreto Ley N.° 211.

Por todo lo explicado, Buda solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") que declare y disponga: (i) que los demandados han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N.° 211, al ejecutar conductas anticompetitivas consistentes en abuso de posición de dominio colectivo y al realizar una explotación abusiva exclusoria, a objeto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia; (ii) que los demandados se abstengan en el futuro de ejecutar dichas conductas, o cualquier otra que impida o retarde el ingreso de nuevos competidores; (iii) que se sancione, tanto al Banco Estado como a Itaú, con una multa a beneficio fiscal de 30.000 Unidades Tributarias Anuales, o lo que el Tribunal determine; (iv) que se sancione a cada uno de los siguientes bancos con una multa a beneficio fiscal de 15.000 Unidades Tributarias Anuales, o lo que el Tribunal determine: Banco Santander, BCI, Banco de Chile, Banco BICE, Scotiabank, Banco Security, Banco Internacional y BBVA; y, (v) que se condene en costas a los demandados.

SEGUNDO: Que, a fojas N.° 857, obra la demanda interpuesta por CryptoMKT SpA (en adelante, indistintamente "Crypto Market" o "CryptoMKT") en contra de las siguientes



instituciones bancarias: (i) Banco del Estado de Chile; (ii) Scotiabank Chile; (iii) Banco Santander Chile; (iv) Banco de Crédito e Inversiones; (v) Banco de Chile; (vi) Banco BICE; (vii) Banco Itaú; (viii) Banco Security; (ix) Banco Internacional; y, (x) Banco BBVA.

Tal como lo hizo Buda, Crypto Market acusó a los demandados por ejecutar conductas anticompetitivas consistentes en un abuso de posición de dominio colectivo, y explotación abusiva exclusiva de su posición dominante. En particular, denunció: (i) el cierre intempestivo, injustificado y unilateral de las cuentas corrientes que mantenía con Scotiabank, Banco de Chile y Banco Estado; y, (ii) la negativa y entorpecimiento para abrir cuentas corrientes bancarias por parte de los demandados Santander, BCI, Banco BICE, Banco Security, Banco Internacional, Itaú y BBVA.

Argumentó que presta servicios tecnológicos mediante una plataforma online denominada "CryptoMarket", contando con presencia en diversos países.

Aseveró que, al igual que Buda, se incorporó voluntariamente al registro de entidades supervisadas por la UAF, aplicando los protocolos definidos en su Manual de Prevención en materia de conocimiento del cliente y prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, logrando con ello monitorear debidamente las transacciones de sus usuarios.



Precisó que, siendo las cuentas bancarias indispensables para su giro, llegó a abrirlas con tres bancos nacionales: (i) con el Banco de Chile, en noviembre de 2016, siendo esta cuenta cerrada unilateralmente por el banco en agosto de 2017; (ii) con Scotiabank, en agosto de 2017, cuenta cerrada unilateralmente por el banco el en marzo de 2018; y, (iii) con el Banco Estado, relación que se mantuvo entre el año 2017 y marzo de 2018, sufriendo el mismo derrotero de las cuentas anteriores. A su vez, Crypto Market dijo que intentó abrir cuentas con los restantes bancos demandados, según detalla: (i) con el Banco Itaú, en diciembre de 2017, entidad que rechazó su solicitud por ser una empresa de criptomonedas; (ii) con el Banco BCI, en septiembre de 2016 y abril de 2018, petición que fue rechazada por el mismo motivo anterior; (iii) con el Banco Santander, en 2017, negociaciones que alcanzaron la firma del contrato, pero, con posterioridad, el banco rechazó la apertura de la cuenta; (iv) con el Banco BICE, en diciembre de 2017, siendo rechazada la solicitud; (v) con el Banco Security, en marzo de 2018, sin obtener respuesta; (vi) con el Banco BBVA, en marzo de 2018, siendo rechazada la petición por no contar, la actora, con más de dos años de antigüedad desde su constitución; y, (vii) con el Banco Internacional, en marzo de 2018, entidad que rechazó abrir cuenta a Crypto Market en virtud de su objeto social.



Agregó a lo dicho por Buda respecto de los mercados en que incide la conducta anticompetitiva, que CryptoMKT posee un portal de pagos denominado "CryptoPago", similar a Transbank o Paypal, cuyo uso implica una menor comisión. Asimismo, coincidió con la demandante anterior en cuanto a la descripción del ilícito anticompetitivo, calificando a la conducta de los bancos como una infracción clara al artículo 3° del Decreto Ley N.° 211, tanto en su inciso primero como en su literal b), sea mediante la producción de efectos concretos o como ilícitos de peligro.

Por todo lo explicado, Crypto Market solicitó al TDLC que declare y/o disponga: (i) que las demandadas han infringido el artículo 3° del referido Decreto Ley N.° 211, al ejecutar conductas anticompetitivas consistentes en abuso de su posición de dominio colectivo y al realizar una explotación abusiva exclusoria de su posición dominante, con el objeto o efecto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado; (ii) que las demandadas deben abstenerse, en el futuro, de ejecutar tales conductas abusivas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores; (iii) que se sanciona al Banco del Estado de Chile, a Scotiabank Chile, y al Banco de Chile con una multa individual a beneficio fiscal ascendente a 30.000 Unidades Tributarias Anuales, o lo que el Tribunal en justicia determine; (iv) que se sanciona al Banco Santander Chile, Banco de Crédito e



Inversiones, Banco BICE, Banco Itaú, Banco Security, Banco Internacional, y Banco BBVA, con una multa individual a beneficio fiscal ascendente a 15.000 Unidades Tributarias Anuales, o la suma que el Tribunal en justicia determine; y, (v) que se condena en costas a los demandados.

TERCERO: Que, a fojas 2.064, rola la demanda interpuesta por OrionX SpA (en adelante, "OrionX"), en procedimiento contencioso, dirigida en contra de: (i) Banco de Chile; (ii) Banco del Estado de Chile; (iii) Banco BICE; (iv) Banco Itaú; (v) Banco Scotiabank; y, (vi) Banco Santander.

Denunció en su libelo que las dos primeras instituciones bancarias cerraron las cuentas corrientes que OrionX logró abrir, y las demás negaron o entorpecieron la apertura de las cuentas corrientes bancarias solicitadas por la actora.

Expuso que inició sus operaciones en diciembre de 2017, mediante una plataforma y un medio de pago vía criptomonedas disponibles en sitios web. A través de ellas los usuarios registrados pueden comprar o vender criptomonedas que otros usuarios registrados ofrecen, contando con la opción de pagar en pesos chilenos (transacciones) o en otras criptomonedas (permutas), representando las transacciones el 97,7% de sus operaciones.

Agregó que, en marzo de 2018, implementó una plataforma de medio de pago que permite a sus usuarios pagar con criptomonedas en los comercios afiliados, recibiendo, éstos,



el importe en precios chilenos. Reconoce, en este punto, que logró afiliarse sólo a un comercio: Virgin Mobile.

Describió, en lo atinente a la controversia, que pudo abrir cuentas sólo con dos bancos: (i) el Banco de Chile, en diciembre de 2017, cerrada unilateralmente por el banco el 19 de enero de 2018; y, (ii) el Banco Estado, en enero de 2018, cerrada unilateralmente por el banco el 29 de marzo de 2018.

Refirió que, paralelamente, intentó abrir cuenta corriente con los demás bancos demandados, con resultado negativo: (i) el Banco Itaú le comunicó la imposibilidad de operar con intermediarios de criptomonedas; (ii) el Banco Scotiabank rechazó verbalmente su petición; y, (iii) el Banco Santander dejó de contestar sus correos electrónicos.

Planteó, a diferencia de los demandantes anteriores, que el mercado afectado sería el de medios de pago electrónicos, caracterizado por ser "evolutivo" y susceptible ante innovaciones tecnológicas, y sostuvo que el ámbito geográfico corresponde a la totalidad del país. Con todo, coincidió con sus predecesores en cuanto a que el intercambio de criptomonedas no se encuentra regulado en Chile, pero devela que el Servicio de Impuestos Internos las ha considerado como activos monetarios pactados entre particulares.

Aclaró que los demandados, quienes representan el 76,63% de las colocaciones bancarias y participan del mercado de medios de pago a través de Transbank, incurrieron en una serie de conductas constitutivas del ilícito de abuso,



cometidas con la intención positiva de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o, al menos, con la potencialidad de producir dichos efectos.

Argumentó, además, que los bancos ejercieron dicho poder de mercado al negar la apertura de la cuenta corriente, o al cerrar las cuentas que habían sido abiertas, insumo que califica como esencial para su giro. Dicho ejercicio de poder fue aplicado de forma directa, indirecta y colectiva, de manera organizada, pero no concertada, generando efectos anticompetitivos reales o potenciales.

Por todo lo explicado, solicitó al TDLC: (i) se declare que los demandados colectivamente han vulnerado el artículo 3°, literal b) del Decreto Ley N.° 211, al abusar de su posición dominante en el mercado relevante mediante la denegación de suministros esenciales o negativa de venta, con el objeto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (ii) en subsidio, se declare que los demandados han infringido individualmente las mismas disposiciones mediante las conductas descritas en el punto anterior; (iii) en subsidio, se declare que los demandados han infringido individualmente las mismas disposiciones mediante las conductas descritas, con una aptitud suficiente o tendiente a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (iv) se ordene a los demandados poner fin a las conductas imputadas, abstenerse en lo sucesivo de incurrir en ellas, y abrir una cuenta bancaria a OrionX; (v) se sancione a Banco



Estado y a Banco de Chile, cada uno con una multa a beneficio fiscal de 30.000 Unidades Tributarias Anuales, o lo que el Tribunal determine; (vi) se sancione a Banco Santander, Itaú Corpbanca, Banco Scotiabank y Banco BICE, cada uno con una multa a beneficio fiscal de 15.000 Unidades Tributarias Anuales, o lo que el Tribunal determine; y, (vii) se condene en costas a los demandados.

CUARTO: Que, mediante las resoluciones de 25 de abril, 26 de abril y 7 de junio, siempre de 2018, el TDLC ordenó, como medida cautelar dirigida a los bancos demandados que cerraron cuentas a los demandados, celebrar nuevos contratos *"en los mismos términos de los contratos suscritos entre dichas partes anteriormente"*.

QUINTO: Que, según consta a fojas 9.992, el 21 de diciembre de 2023 el TDLC dictó la Sentencia N.º 189, que, en lo sustancial, rechazó, con costas, las demandas de SURBTC SpA, CryptoMKT SpA y OrionX SpA.

De manera preliminar, rechazó la excepción de incompetencia opuesta por el Banco Estado en su contestación, entendiendo que el Tribunal tiene atribuciones para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, de manera tal que la sola circunstancia de existir contratos entre las partes no supone que sus relaciones estén regidas exclusivamente por éste, sin consideración a lo preceptuado por la legislación de defensa de la libre competencia.



Acto seguido, acogió parcialmente la excepción de prescripción extintiva opuesta por el Banco Scotiabank en su contestación, declarando prescrita la acción respecto de aquellas conductas imputadas por Buda a Scotiabank, que datan del año 2014, en aplicación del plazo de tres años previsto en el artículo 20, inciso 3° Decreto Ley N.° 211.

En cuanto al fondo, analizó la estructura y características del mercado relevante, comenzando por la naturaleza de las criptomonedas, determinando que éstas no corresponden a dinero ni pueden considerarse como su sustituto, por cuanto: (i) no son un buen medio de pago o intercambio, ya que su aceptación es limitada, ningún país las ha reconocido como moneda de curso legal, en la mayoría de los casos validar las transacciones toma más tiempo que las alternativas tradicionales, y su poder liberatorio depende de la voluntad de las partes; (ii) no son una buena unidad de cuenta, debido a su alta volatilidad; y, (iii) no son un buen depósito de valor, en atención a su alta volatilidad y a no existir un emisor preocupado de velar por su estabilidad. Del mismo modo, el TDLC concluyó que las criptomonedas no son monedas digitales, puesto que estas últimas son activos financieros emitidos por un banco central, y pueden ser usadas por el público general en sus transacciones cotidianas, así como tampoco pueden ser consideradas como divisas, pues no satisfacen el concepto normativo desarrollado en el artículo 39 de la Ley N.°



18.840, precepto que define a las divisas como "los billetes o monedas de países extranjeros, cualquiera sea su denominación o características, y las letras de cambio, cheques, cartas de crédito, órdenes de pago, pagarés, giros y cualquier otro documento en que conste una obligación pagadera en dicha moneda". En síntesis, el Tribunal estimó que no es posible considerar a las *exchanges* como competidoras de los bancos en los mercados relevantes identificados por las partes.

Luego, el fallo impugnado se ocupó del estudio del mercado relevante aguas arriba de provisión de cuentas bancarias en Chile. A su respecto, resaltó que en él no compiten las demandantes con los demandados, pues las actoras no ofrecen este tipo de producto o servicio. Por eso, lo califica como un "mercado relevante conexo aguas arriba", que debe analizarse porque en él se provee un insumo que, de acuerdo con las demandantes, es necesario para que puedan operar y participar en otros mercados relevantes. Dicho aquello, verificó que se trata de un mercado "moderadamente concentrado", pues su índice *Herfindal-Hirschman* es cercano a los 1.500 puntos y no supera los 2.500 puntos, tanto para el segmento de personas naturales como personas jurídicas. Ningún banco cuenta con una participación superior al 30%, sea que se considere el número de cuentas o el saldo existente en ellas. No obstante, en el caso del mercado de cuentas corrientes en moneda extranjera para personas



naturales, según el saldo existente en ellas, el índice ya mencionado alcanza los 2.966 puntos, de manera que este segmento específico puede ser considerado como "altamente concentrado". Hecha aquella acotación, el TDLIC destacó que los demandantes no hicieron referencia a las características asociadas a las cuentas que requieren, como tampoco a sus preferencias por alguna de éstas, centrando sus alegaciones en la necesidad de contar con este insumo para prestar sus servicios. Así, estima que el nivel de participación de cada demandado en este mercado sería irrelevante, pues contando sólo con una cuenta bancaria las actoras podrían haber desarrollado sus actividades, cualquiera sea el banco proveedor del insumo. A continuación, resaltó que en el mercado de provisión de cuentas bancarias existen barreras de entrada relevantes, tales como exigencias legales, regulatorias y tecnológicas, y la necesidad de contar con ciertos activos, desarrollo de marca, capital mínimo, entre otros, barreras que, sin embargo, no han impedido la entrada de nuevos oferentes de menor tamaño en el último tiempo. Por todo lo explicado, entendió que se trata de un mercado relativamente estable, con restricciones a la entrada, por lo que presenta características de oligopolio, donde las decisiones que toman los distintos agentes no son completamente independientes de lo que hacen sus rivales, existiendo, así, interdependencia estratégica.



Continuó el Tribunal con el estudio del mercado de transferencias de remesas y operaciones de cambio de divisas, aclarado que se trata de mercados relevantes diferentes, pero relacionados entre sí, en los que probablemente el cierre de las cuentas corrientes tenga efectos de distinta magnitud. En ese contexto, definió a las operaciones transferencia de remesas como el envío de "dinero" desde y hacia el extranjero, como también dentro de las fronteras del país, y conceptualizó a las operaciones de cambio como la compra y venta de "divisas" para pequeñas y medianas empresas y personas naturales, ya sea en el mercado cambiario formal o informal. Acto seguido, insistió en que las criptomonedas no pueden ser consideradas como dinero o divisas, al menos en Chile, sin desconocer la experiencia comparada (Singapur y China) donde se han desarrollado tecnologías y aplicaciones dedicadas específicamente a remesas mediante criptoactivos. Dicho aquello, enfatizó que el mercado cambiario formal es una actividad regulada en Chile, principalmente por el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, cuyo capítulo II contiene un listado de instituciones autorizadas para desarrollarla, acotando que dentro de él no se encuentran las intermediadoras de criptomonedas, quienes tampoco pueden ser incluidas en el mercado informal, pues, como dijo, no transan moneda extranjera o divisas. Analizó los informes económicos acompañados por las demandantes, confeccionados por el



economista Gonzalo Escobar Elexpuru (en adelante, "Informe Escobar") y Andrés Gómez-Lobo, Ronaldo Bruna y Andrés González (en adelante, "Informe Gómez-Lobo et. al."), estudios donde se sostiene que los operadores de criptomonedas realizan funciones que permiten a agentes económicos transar este tipo de activos, ya sea como moneda propiamente tal o como divisa, compitiendo de forma directa con otros actores como los bancos, con resultados incluso más ventajosos en cuanto a rapidez y costos. No obstante, el TDLC entendió que, incluso de ser efectivos dichos asertos, en el proceso no se acreditó la magnitud en que los servicios ofrecidos por las demandantes de autos han sido utilizados como sustitutos de los de transferencias de remesas y operaciones de cambio ofrecidos por los bancos (número de operaciones efectuadas y montos involucrados). Por todo lo explicado, el Tribunal determinó que no fue posible 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 reconocer que los servicios ofrecidos por las empresas que intermedian criptomonedas pueden, potencialmente, ejercer presión competitiva sobre los servicios ofrecidos por las instituciones bancarias.

En el siguiente acápite el fallo aborda la incidencia de las conductas reprochadas por las demandantes en el mercado de los medios de pago, reprochando la insuficiencia de los



libelos en este aspecto, pues: (i) Buda no señaló cómo participaría del mercado de medios de pago y, por tanto, de qué forma competiría con los bancos; (ii) Orionx sólo contaba con la posibilidad de que sus clientes realizaran pagos a una única empresa inscrita (Virgin Mobile); y, (iii) CryptoMKT no precisó la cantidad de comercios u opciones en las que se podía hacer uso del "CryptoPago" de la empresa. Agregó que los informes económicos acompañados por las partes no son categóricos a la hora de afirmar una competencia real y actual entre demandados y demandantes en este mercado, agregando que, cualquiera sea el caso, ya determinó que los criptoactivos no son sustitutos de los medios de pago ofrecidos por los bancos, por cuanto no cumplen con las características propias del dinero. Por lo indicado, el TDLC concluyó que no fue probado que *exchanges* y bancos sean competidores en el mercado de los medios de pagos, al no ser posible inferir que los consumidores efectivamente consideraban, a la época de los hechos denunciados, a las plataformas de pago con criptoactivos como un sustituto de las alternativas tradicionales ofrecidas por los bancos, sin descartar que los servicios prestados por las *exchanges* puedan, potencialmente, de existir una mayor expansión en las posibilidades de pago a través de estos medios, ejercer presión competitiva sobre los servicios ofrecidos por las instituciones bancarias tradicionales.



A continuación, al Tribunal estudia los efectos competitivos de las conductas respecto del mercado de intermediación de criptomonedas, reprochando a los demandantes no haber expresado, concretamente, cómo compiten con los bancos por servicios como permutas entre criptomonedas o el cambio de criptomonedas por moneda local, y viceversa. Señaló, sobre el punto, que no se aportaron antecedentes que permitan acotar este mercado, atendido que no se cuenta con información respecto de las empresas nacionales o extranjeras que prestan dicho servicio a consumidores domiciliados en Chile, ni sus niveles de participación, resaltando que no aparece probado que los demandados participen en la intermediación de criptomonedas, sin perjuicio que otras entidades bancarias lo hagan en el extranjero. Por lo tanto, el TDLC consideró que, al momento de las conductas imputadas, los bancos demandados no ofrecían un producto o servicio que fuese sustituto de parte de la oferta de productos de las *exchanges*, y, en consecuencia, verificó que no existía presión competitiva respecto de éstos, sin perjuicio de que pueda existir en el futuro.

Similar ejercicio efectuó el fallo respecto del mercado de instrumentos de inversión, precando que la mención a este ámbito es ajena a los escritos de discusión, y sólo figura en las observaciones a la prueba de Buda y CryptoMKT. Sin perjuicio, analizó la prueba documental y testimonial rendida constatando que no todo bien que sirve como instrumento de



inversión es sustituto entre sí. Por aquella razón, los jueces de instancia concluyeron que carece de fundamento afirmar que, en Chile y a la época de los hechos que originan esta causa, los criptoactivos constituían un claro sustituto de las inversiones que los bancos ofrecían.

En síntesis, el TDLC estimó que no se aportó prueba en autos que permita concluir que los bancos y las empresas que se dedican a la intermediación de criptomonedas competían, al momento de los hechos acusados por las demandantes, en los mercados aguas abajo referidos a operaciones de cambio de divisas y envío de remesas, medios de pago electrónicos, intermediación de criptomonedas e inversiones, sin descartar que los servicios ofrecidos por las empresas demandantes puedan potencialmente ejercer presión competitiva sobre los servicios ofrecidos por los demandados, así como tampoco que estos últimos no hayan tenido incentivos para excluir o detener la entrada de las *exchanges*, razón que lleva a los sentenciadores a analizar, a continuación, la existencia de la conducta objeto de las demandas.

En cuanto a la imputación de abuso de posición dominante colectiva, el Tribunal expuso la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia, concluyendo que esta figura se define como *"un comportamiento adoptado de manera individual por varios competidores en un mercado, ninguno de los cuales tiene necesariamente posición de dominio por sí solo, los que, en un escenario de interdependencia*



estratégica, saben que el resultado de su actuar colectivo les otorgará la capacidad e incentivos para generar un efecto anticompetitivo producto del abuso, como podría ser erigir una barrera a la entrada, pero sin que medie un acuerdo explícito o implícito, ni una práctica concertada entre ellos". De aquel concepto extrajo que los elementos estructurales constitutivos de esta figura son: (i) la existencia de interdependencia estratégica entre los agentes que se encuentran ejecutando la conducta; (ii) la transparencia en el mercado relevante, esto es, que los competidores puedan conocer el comportamiento simultáneo de sus rivales, para comprobar si están adoptando o no la conducta colectiva; y (iii) la existencia y sostenibilidad de la conducta interna y externa, que corresponde a los incentivos de no apartarse de ella. Acotó, inmediatamente, que el análisis de esta figura en materia infraccional, como en el caso de las demandas de marras, es distinto a su estudio en operaciones de concentración, puesto que, en el primer caso, se trata de una evaluación de naturaleza retrospectiva, en base a prueba clara y convincente o concluyente, y no prospectiva o especulativa, como en la segunda hipótesis. De la misma manera, acotó que el abuso de dominancia colectiva imputado a los demandados se habría cometido en el mercado relevante aguas arriba de provisión de cuentas corrientes, mediante el cierre o denegación de cuentas bancarias a los actores.



En lo atinente al primero de los requisitos antes desglosados, el TDLC dio por concurrente la existencia de interdependencia estratégica entre los bancos, por cuanto: (i) participan en la provisión de cuentas corrientes un número limitado de firmas; (ii) la evidencia tenida a la vista no sugiere un nivel de diferenciación relevante entre los productos o servicios ofrecidos por los distintos bancos a los intermediarios de criptomonedas (en este caso, cuentas corrientes y cuentas vista); y, (iii) el mercado de provisión de cuentas bancarias se caracteriza por ser estable, advirtiéndose dificultades de entrada, debido a las exigencias legales y las regulaciones con que se debe cumplir para dar el servicio, además de los requisitos de capital y activos tecnológicos, entre otros. Por estas razones, cambios en la oferta del producto por parte de un agente tendrían un efecto directo y perceptible para el resto de las firmas del mercado.

Respecto de la segunda exigencia para la configuración del abuso de dominancia colectiva, el fallo descartó que en este mercado exista suficiente transparencia para la configuración de esta práctica anticompetitiva, pues no constan antecedentes en autos que den cuenta que un determinado banco pudo haber accedido a información respecto de las decisiones de apertura y cierre de cuentas bancarias por parte de sus rivales, y menos aún de las evaluaciones



internas realizadas por los mismos para tomar decisiones respecto de las solicitudes de potenciales clientes.

Finalmente, al Tribunal desechó, también, el tercer elemento estructural del ilícito en cuestión, esto es, la existencia de sostenibilidad interna y externa de la conducta, por cuanto: (i) los bancos no tomaron las mismas decisiones, si se considera que, mientras ciertos bancos negaron la apertura de cuentas bancarias o procedieron al cierre de éstas, otros bancos optaron, en la misma época, por abrir cuentas a las empresas demandantes; (ii) al no ser los bancos competidores de las *exchanges*, los primeros contaban con incentivos para tener un mayor número de clientes y, por lo tanto, a abrir cuentas bancarias a las demandantes, tal como sucedió desde el año 2014 y hasta antes del cierre de cuentas imputado en autos; y, (iii) se trata de un mercado donde no existen importantes costos de cambio ni clientes cautivos.

Resuelto lo anterior, los jueces del grado analizaron el elemento conductual objeto de la imputación, consistente en la negativa de venta asociada a la existencia de un activo indispensable o esencial para operar en el mercado, esto es, las cuentas bancarias. En este extremo, expresaron que la configuración del ilícito exige la acreditación de los siguientes requisitos copulativos: (i) el control de un insumo indispensable para participar del mercado, hecho que, a su vez, exige verificar: la afectación sustancial de la



capacidad de actuar o que impida seguir actuando en el mercado sin el acceso a dicho insumo, la imposibilidad de replicar a un costo económico razonable el insumo por la firma aguas abajo, y que exista posibilidad de dar acceso al insumo o activo indispensable o esencial; (ii) que se haya acreditado un comportamiento susceptible de ser calificado como una negativa; y, (iii) la ausencia de justificaciones objetivas de la conducta.

En lo que guarda relación con el control de un insumo indispensable, el fallo refirió que no todos sus elementos internos concurren en la especie, pues, en primer lugar, no se acreditó la afectación sustancial de la capacidad de actuar o que se haya impedido seguir actuando en el mercado a los demandantes, si se considera que, entre los años 2015 y 2018, ellos pudieron incorporarse a la actividad de intermediación de criptomonedas y desarrollaron su giro usando cuentas bancarias abiertas por cuatro bancos de la plaza, de manera tal que, en dicho período, la negativa de las demás entidades no tuvo aptitud para producir algún efecto de cierre de mercado, ni para levantarse como una barrera de entrada estratégica en perjuicio de las *exchanges*, agregando, en cuanto al cierre de las cuentas ya abiertas, que las demandantes no acreditaron haber realizado esfuerzos serios y suficientes con otros bancos oferentes para obtener la apertura de cuentas bancarias, previo a la interposición de su demanda. Sin perjuicio, la sentencia verificó que para



las demandantes es imposible replicar a un costo económico razonable el insumo por las firmas aguas abajo, puesto que las barreras de entrada ya mencionadas implican que la oferta de cuentas corrientes no es fácilmente replicable por parte de las entidades demandantes en un plazo y a un costo razonable. Con todo, entendi6 no acreditada la existencia de alguna limitaci6n -sea tecnol6gica o de otra 6ndole- que no permitiese a los bancos la apertura de cuentas bancarias a las *exchanges*, circunstancia que denota que los bancos contaban con la posibilidad de atender a las empresas demandantes.

Sobre la existencia de un comportamiento susceptible de ser calificado como una negativa, el TDLC analiz6 caso a caso las imputaciones, y dio por acreditado el rechazo s6lo respecto de los demandados Banco Ita6, Banco Estado, Banco de Chile, Scotiabank, Banco Santander, y Banco BICE, no as6 respecto de Banco BBVA, Banco Security y Banco Internacional, por cuanto, en estos 6ltimos casos, no se acredit6 el despliegue de esfuerzos razonables por quienes pretend6an contratar.

Por 6ltimo, el TDLC calific6 como justificadas las respuestas negativas antes establecidas, pues en cada caso la denegaci6n respondi6 a un proceso objetivo y no discriminatorio, atendidas las obligaciones legales que deben cumplir las instituciones bancarias en materia de prevenci6n de lavado de activos y financiamiento del terrorismo,



adoptándose las decisiones previo análisis y deliberación de sus órganos técnicos internos.

Después de descartar la principal figura anticompetitiva objeto de las demandas, consistente en el abuso de dominancia colectiva, el fallo se abocó al estudio de los demás ilícitos denunciados, consistentes en autotutela, explotación abusiva de una situación de dependencia económica, prácticas exclusorias, discriminación arbitraria anticompetitiva y negativa de venta. En este punto, el TDLC fue de parecer que todas aquellas imputaciones, a la larga, son calificaciones de una misma conducta, formando parte de la acusación principal ya rechazada. En concreto, explicó que la autotutela es el calificativo usado para referirse a los requisitos generales de la figura de abuso de posición dominante y a la eventual ausencia de justificación de la denegación; la explotación abusiva de dominancia descansa en el carácter de insumo esencial de las cuentas bancarias, unido a la discriminación arbitraria del rechazo; y, la negativa de venta es la fuente y origen del cuestionamiento principal de los actores. Con todo, el Tribunal se detuvo a resolver una alegación accesoria desarrollada por OrionX, consistente en el abuso de posición dominante individual de cada uno de los seis bancos por ella demandados, descartando esta figura debido a que, al existir sustitución entre las cuentas bancarias ofrecidas por los demandados, los demandantes podrían haber desarrollado su actividad abriendo



sólo una cuenta con cualquiera de ellos, sustituibilidad que deja en evidencia que los bancos individualmente considerados no gozan de una posición de dominio específica.

Culminó la sentencia justificando la condena en costas de las actoras, por haber sido totalmente vencidas y no haber tenido motivos plausibles para litigar.

II. CONSIDERACIONES GENERALES:

SEXTO: Que, previo al estudio de las reclamaciones interpuestas por las demandantes, resulta relevante dejar asentado, desde ya, que la legislación sobre libre competencia, y en particular el Decreto Ley N.º 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que cumple distintas funciones, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados, tanto por los particulares como por el Estado. Además, desde otra perspectiva, limita y acota el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares, quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, situación que, en último término, se traduce en el detrimento del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.



En este aspecto se ha dicho que *"la libre competencia es un bien jurídico protegido 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. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades según explicaremos y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil"* (Domingo Valdés Prieto, *"Libre Competencia y Monopolio"*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006. Página 188).

También, se ha sostenido que en *"economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos"*, añadiendo el autor que *"libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores"* (Joaquín Garrigues, *"La defensa de la competencia mercantil"*. Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, 1977. Página 142).



Entonces, la libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Así, se ha manifestado que *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado"* (Resolución N.º 368, considerando 2º, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en *"Libre Competencia y Monopolio"*, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 190).

De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretendiendo mantener el orden económico en el mercado mediante la represión de los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa



en él, toda vez que no es posible que, en ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, se afecte la libre competencia que permite a los agentes actuar.

Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, cualidad que corresponde proteger *"no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro"* (Domingo Valdés Prieto, obra citada, página 187).

SÉPTIMO: Que, asentado lo anterior, conviene recordar que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N.º 211 dispone, a la letra: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."*

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:



a) *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*

b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*

OCTAVO: Que, pues bien, agotado el marco doctrinario y normativo antes expuesto, corresponde, en lo venidero, enunciar las reclamaciones de las tres demandantes, para, finalmente, proceder a su análisis conjunto, metodología adoptada por esta Corte Suprema con la finalidad de no incurrir en inoficiosas reiteraciones.

III. SÍNTESIS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE ORIONX SPA EN LO PRINCIPAL DE LA PRESENTACIÓN DE FOJAS 10.157:



NOVENO: Que, en su arbitrio, la demandante OrionX SpA insta por la revocación de la sentencia recurrida y por el éxito de su demanda, en todas sus partes, con costas. En subsidio, requiere que se le absuelva del pago de las costas. En apoyo a sus pretensiones desarrolló los siguientes argumentos:

a. El errado análisis de la estructura y características del mercado relevante, por cuanto los bancos demandados sí compiten con OrionX en los mercados de cambio de divisas, envío de remesas, y medios de pago electrónicos. Sobre este asunto, la reclamante asevera que el Tribunal confundió los activos que transan las actoras con la actividad propiamente tal que realizan, esto es, la intermediación, en circunstancias que lo realmente importante son las necesidades de los consumidores que los oferentes buscan satisfacer. De inmediato, ataca una segunda conclusión del TDLC, consistente en que los criptoactivos no cumplen con las funciones del dinero, aserto basado en una lámina de una presentación ante la Cámara de Diputados, que fue confeccionada acudiendo al Informe de Estabilidad Financiera del Banco Central correspondiente al primer semestre de 2018, estudio que no fue acompañado al juicio y que, como su nombre lo indica, se refiere a una materia distinta a la libre competencia. De la misma manera, estima que la declaración como testigo del entonces presidente del Banco Central, Sr. Mario Marcel, debió ser considerada como los dichos de un



experto en materias distintas a lo competitivo. Asimismo, OrionX disiente de una tercera conclusión contenida en el fallo recurrido, centrada en que los criptoactivos no son sustitutos actuales del dinero, afirmación que califica como "reduccionista", basada en fuentes no especializadas en materia de criptoactivos o libre competencia, y alejada del examen sobre las necesidades que los competidores satisfacen mediante su oferta de productos o servicios. Plantea, en esta dirección, que el examen idóneo consistía en analizar la sustitución de la oferta y la demanda de bancos y *exchanges* en el mercado de intermediación, remesas, pagos electrónicos e inversiones, más allá del dinero y los criptoactivos, proponiendo que en los tres últimos casos los criptoactivos no son más que un vehículo de intercambio de dinero local o bienes. Cierra este capítulo cuestionando que el Tribunal haya descartado el ilícito anticompetitivo denunciado, pese a dar por acreditada la existencia de competencia potencial entre demandantes y demandados, y a haberse probado la explotación o fortalecimiento, por los bancos, de una barrera de entrada artificial, consistente en la negativa para la contratación de un insumo esencial;

b. La omisión del requisito previsto en el artículo 170 N.º 4 del Código de Procedimiento Civil, por la falta de consideración de la prueba aportada al proceso, o, en subsidio, su errada valoración y ponderación. La recurrente alerta, de manera general, que el TDLC reprochó a las



demandantes no haber aportado prueba para acreditar los aspectos centrales de las denuncias, pese a que ellos rindieron profusa prueba documental, testimonial y confesional que no fue analizada por el Tribunal, o sólo fue ponderada parcialmente. Acto seguido, explica cómo los antecedentes aportados por ella lograron acreditar la potencialidad de las criptomonedas como sustituto del dinero; que los demandantes competían con los bancos en los mercados de operaciones de cambio, de transferencia de remesas, de pagos electrónicos, y de inversiones; y, que se configura el requisito de "transparencia" como elemento del abuso de posición dominante colectiva;

C. La omisión del requisito previsto en el artículo 170 N.º 4 del Código de Procedimiento Civil, por contener, el fallo, las siguientes consideraciones contradictorias: (i) en el considerando 180º, la sentencia distinguió entre el abuso de posición dominante colectiva de las conductas colusorias, precisando que no es dable exigir la acreditación de *"comunicaciones entre ellos para confluir hacia una voluntad colectiva"*, idea que aparece, también, en el considerando 175º, pero que olvidó en el considerando 214º, cuando reprochó a los demandantes no haber acreditado un actuar coordinado entre los bancos; (ii) en los considerandos 56º y 57º del fallo se concluyó que los criptoactivos son potenciales sustitutos del dinero, pero en el considerando 58º el Tribunal se desentendió de aquella afirmación al



sostener que "no se aportó prueba que diese cuenta, a la época de los hechos imputados, de dicha potencialidad"; (iii) en los considerandos 119°, 120° y 121° del fallo se constató que cada demandante posee un servicio similar al de los medios de pago, mientras que, en el considerando 153°, se estimó que no se aportó prueba que permita concluir que los bancos y las empresas que se dedican a la intermediación de criptomonedas competían, al momento de los hechos, en el mercado de los medios de pago; (iv) en el considerando 195° del fallo se concluyó que los bancos tenían incentivos para captar un mayor número de clientes, incluyendo a intermediarios de criptomonedas, pero en el considerando 156° se aseveró que no es posible sostener que los bancos no hayan tenido incentivos a querer excluir o detener la entrada de las *exchanges*; y, (v) en el considerando 12° de la sentencia se rechazó la excepción de incompetencia absoluta planteada por un demandado, y en el considerando 29° se rechazó parcialmente la excepción de prescripción opuesta por uno de los bancos, aspectos de la decisión que, siendo favorables para las actoras, fueron omitidos en el considerando 360°, cuando el Tribunal resolvió condenar en costas a los actores;

d. La omisión del requisito del artículo 170 N.° 6 del Código de Procedimiento Civil, acusando que el TDLC omitió pronunciamiento sobre la alegación de OrionX referida a que las conductas imputadas a los bancos constituyen un ilícito de peligro, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley



N.º 211, norma que sanciona, entre otros, cualquier hecho, acto o contrato que "tienda" a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia;

e. La errónea aplicación del artículo 3º, letra b) del Decreto Ley N.º 211, en el análisis estructural de las conductas imputadas, en especial, en aquella parte que desestimó la existencia de transparencia en el mercado relevante y la sostenibilidad de la conducta. Sobre el primer punto, propone que este requisito fue acreditado, pues se probó que los bancos demandados participan en la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, instancia gremial donde tuvieron la oportunidad de discutir estrategias comunes vinculadas con los negocios de criptomonedas o Fintech, tal como consta en sus actas N.º 373/2017, 377/2017, 383/2018 y 384/2018. Asimismo, la composición accionaria de numerosas sociedades de apoyo al giro bancario es compartida entre los demandados, como es el caso de Transbank, mediando, además, alta rotación entre sus ejecutivos. En lo atinente a la sostenibilidad de la conducta, reprocha al Tribunal por exigir "identidad perfecta" en el actuar de los bancos, cuando lo verdaderamente relevante, a su juicio, es el efecto de su acción, esto es, la privación de un insumo esencial mediante una conducta anticompetitiva, estimando que se debió atender a la cercanía en el tiempo de los actos de negativa y cierre de cuentas bancarias, decisiones que ocurrieron con mayor intensidad en los meses de enero a marzo de 2018, y se



mantuvieron hasta la ejecución de la medida precautoria dispuesta por el Tribunal;

f. La errónea aplicación del artículo 3°, letra b) del Decreto Ley N.º 211, en el análisis del elemento conductual de la imputación. La reclamante disiente de la enumeración de requisitos indicada por el TDLC para la concurrencia de un insumo indispensable, proponiendo, en su lugar, los siguientes: (i) que se trate de un producto indispensable para participar en el mercado; (ii) que sea suministrado por una única firma en el mercado aguas arriba; y, (iii) que no sea replicable a un costo y en plazos razonables por las firmas aguas abajo. Acto seguido, arguye, respecto de las cuentas bancarias, que la primera característica fue demostrada, por cuanto, en junio de 2018, cuando se produjo la negativa y cierre total de las cuentas de las actoras, sus transacciones llegaron a cero, y sólo repuntaron al cumplirse la medida precautoria concedida en autos. Asimismo, recuerda que el mercado de cuentas bancarias es abastecido por un número pequeño de actores que, en su conjunto, detentan una posición dominante colectiva, calculando que los agentes que negaron o cerraron las cuentas de las actoras representan el 99,00% del mercado de las cuentas corrientes para personas jurídicas, según su saldo, y el 99,80% según su número. En lo referido a la imposibilidad de replicar el bien o servicio denegado a costos y plazos razonables por las firmas aguas abajo, la reclamante alega que, tal como fue establecido en



el fallo, las *exchanges* no cuentan con la posibilidad de proveerse cuentas bancarias por sí mismas, por razones regulatorias y de costos. Finalmente, asevera que la negativa a contratar no fue debidamente justificada por los bancos, destacando que el verdadero alcance de las obligaciones en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo se ve satisfecho a través de las medidas de *compliance* con que cuenta OrionX, empresa que, tal como se acreditó mediante un acta notarial, exige que sus usuarios se identifiquen e inscriban sus cuentas bancarias ante la intermediaria, limitando los abonos y pagos de pesos chilenos a dichas cuentas y no a otras, no contando con usuarios anónimos. En este ámbito, analiza las justificaciones esgrimidas por cada uno de los demandados, calificándolas, contrario a la sentencia, como insuficientes, por las razones que indica, y que pueden resumirse en la falta de verificación de un análisis razonado interno del banco, y en la imposibilidad de la cuentacorrentista para allegar los antecedentes requeridos por cada banco; y,

g. La errónea aplicación del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil al haber condenado en costas a las reclamantes. Argumenta OrionX, en primer lugar, que no fue totalmente vencida, por cuanto la excepción de incompetencia opuesta por el Banco Estado resultó rechazada, y la excepción de prescripción incoada por Scotiabank fue parcialmente desechada. En segundo orden, sostiene que tuvo motivos



plausibles para litigar, tal como se recogió en la prevención de los ministros Sres. Gorab y Rojas, pasaje de la decisión al que, por su contenido, debió asignársele el efecto previsto en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil. A ello abona que la concesión y mantención de la medida precautoria concedida denota la plausibilidad de la acción.

IV. SÍNTESIS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE CRYPTOMKT SPA EN LO PRINCIPAL DE LA PRESENTACIÓN DE FOJAS 10.221:

DÉCIMO: Que CryptoMKT solicita, en su recurso de reclamación, que se enmiende conforme a derecho la sentencia recurrida y, en su reemplazo, se dicte una nueva que acoja expresamente las conductas anticompetitivas que han sido materia del proceso, con costas. En subsidio, insta por que devuelvan los autos al TDLC para que éste se pronuncie de manera expresa, razonada y congruente respecto de las conductas anticompetitivas materia del proceso y la evidencia rendida por la reclamante. Nuevamente en subsidio, para el caso que el recurso de reclamación sea rechazado, solicita que decrete que no se le condena en costas. Apoya aquellas pretensiones en los siguientes motivos:

a. La infracción a lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el fallo no se condice con el mérito de autos al no dar cuenta del reconocimiento de los bancos demandados sobre la efectividad



de haber cerrado o denegado la apertura de cuentas, y sobre la falta de justificación de la decisión y la estigmatización de la actividad desarrollada por las actoras. A ello adiciona que el Tribunal omitió la valoración de parte de la prueba rendida, consistente en la confesión real o ficta de los demandados, los informes en derecho y económicos allegados por las demandantes, y la prueba testimonial que señala, así como documentos referidos a la investigación de la FNE respecto del cierre de cuentas bancarias a casas de cambio, contexto donde se dio por establecida y se corrigió una conducta anticompetitiva similar a la de autos. Indica, en igual dirección, que tampoco se ponderó que la apertura de una cuenta bancaria es un contrato de adhesión que no admite cláusulas abusivas, y que debe regirse por condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, resaltando que un grupo importante de bancos ya "trabaja con criptomonedas" (Santander, BBVA e Itaú), dejando en evidencia que su intención fue incorporar barreras artificiales mediante la privación de un insumo esencial para sus competidores;

b. La existencia de graves inconsistencias lógicas en el fallo recurrido, por cuanto: (i) el TDLC analizó la conducta de abuso de posición dominante como si fuera el principal acto denunciado por CryptoMKT, pese a que en la demanda se invocó la infracción al ilícito general previsto en el inciso 1° del artículo 3° del Decreto Ley N.° 211, sin



perjuicio de mencionar posibles formas de comisión: autotutela, explotación abusiva de una situación de dependencia económica, prácticas exclusorias, discriminación arbitraria anticompetitiva, negativa de venta e, incluso, ilícitos de peligro; (ii) en el estudio de la figura de abuso de posición dominante el TDLC erró al exigir la concurrencia de una "*voluntad colectiva*", pese a que no se acusó colusión, y a que se acreditó que en un período acotado la totalidad de la banca impidió o restringió el acceso a las cuentas corrientes a las *exchanges* de criptomonedas; (iii) la sentencia descartó el acaecimiento de efectos anticompetitivos actuales o potenciales en el mercado aguas arriba de provisión de cuentas bancarias, por la falta de dominancia individual de los agentes bancarios, desconociendo que en el caso "Afex" (STDLC N.º 129-2013), asimilable al conflicto de autos, el Tribunal dictaminó lo contrario; (iv) el Tribunal mantuvo por más de cinco años la medida cautelar decretada en favor de los demandantes, dando por concurrente el estándar de peligro exigido por el artículo 25 del Decreto Ley N.º 211, para, luego, en la sentencia, descartar la configuración de las conductas anticompetitivas denunciadas, negar que las partes sean competidores, condenar en costas a los actores, y aprobar diversos avenimientos entre bancos y *exchanges*; (v) el fallo sostiene que no existen barreras de entrada para constituir un banco en Chile, teniendo en cuenta el ingreso al mercado de Falabella, Ripley y Consorcio, pero



omite que dichas entidades no ofrecen cuentas a personas jurídicas, menos a PYMES como las demandantes, y olvida que dichos productos constituyen un insumo esencial que le fue negado a las *exchanges* por la totalidad de la banca; (vi) el Tribunal señaló que los servicios ofrecidos por los demandantes a través de los criptoactivos (pagos, remesas e inversiones) no son competidores actuales con aquellos ofrecidos por los bancos demandados, omitiendo que en materia de libre competencia la afectación puede ser actual o potencial, tal como se desprende el artículo 3° del Decreto Ley N.° 211, siendo aquello recogido en la resolución que fijó los puntos de prueba en este juicio, detallando la reclamante prueba documental y testimonial rendida que estima suficiente para acreditar que bancos y *exchanges* son competidores en el mercado de los medios de pago, transferencias, remesas e inversiones; (vii) el fallo omite numerosa evidencia relacionada con los altos niveles de *compliance* que voluntariamente ha desplegado CryptoMKT, incluso antes que fuera obligatorio conforme a la Ley Fintech, realidad que no es concordante con validar las justificaciones esgrimidas por los bancos, explicando, en concreto, que cuenta con un completo proceso de conocimiento del cliente, cruces de información con proveedores de listas restringidas, identificación de clientes PEP, monitoreo de transacciones de sus clientes, bloqueo de usuarios en casos de alto riesgo o negativa de entrega de información, reporte



de operaciones sospechosas ante la UAF, monitoreo de direcciones de criptomonedas sospechosas, y permanente capacitación de sus trabajadores en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, medidas que, insiste, fueron suficientemente acreditadas con el mérito de la prueba rendida, según detalla; y, (viii) la sentencia no es concordante con otras decisiones del propio TDLC (STDLC N.º 176/2021), donde se ha establecido que la innovación disruptiva posee una especial importancia para la libre competencia;

c. La infracción al principio de congruencia, factor que dice relación no sólo con las alegaciones y peticiones de las partes, sino con el procedimiento en su integridad, así como con decisiones adoptadas por el Tribunal en casos similares, reiterando la reclamante lo dicho en el capítulo anterior acerca de las contradicciones que, a su entender, existirían en el fallo;

d. La contravención de jurisprudencia de esta Corte Suprema que vincula el derecho de la libre competencia con el derecho a ejercer una actividad económica lícita, garantía, esta última, que se vio afectada por el cierre y la no apertura de cuentas bancarias bajo pretexto de la ausencia de un estándar de *compliance* no exigible a las actoras;

e. La necesidad de actuar decididamente en favor de la libre competencia, atendida la relevancia del mercado financiero en Chile y la tensión surgida entre incumbentes y



agentes innovadores, tal como ocurre en este caso y en otros análogos (telecomunicaciones y transporte de pasajeros), conflicto que, en la materia de que se trata, ha sido abordado por la Ley Fintech N.º 21.521, que reconoce diversas actividades asociadas con criptoactivos, definiéndolos como un instrumento financiero, y facultando al Banco Central para regularlos como medio de pago o intercambio. En ese contexto, asegura que las decisiones de los bancos deben ser fundadas y adoptadas con especial cuidado en atención a la posición dominante en que se encuentran frente a las Fintech, reprochando al TDLC por haber perdido la oportunidad única de aplicar el rigor del Decreto Ley N.º 211 para evitar que, en la especie y a futuro, una industria decida colectivamente bloquear a otra que aumenta la competencia a través de la innovación tecnológica, consecuencia que pide sea corregida por esta Corte Suprema; y,

f. La improcedencia de la condena en costas, teniendo en cuenta que las demandantes no fueron totalmente vencidas y litigaron con motivo plausible.

V. SÍNTESIS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE SURBTC SPA (BUDA) EN LO PRINCIPAL DE LA PRESENTACIÓN DE FOJAS 10.283:

UNDÉCIMO: Que, en su arbitrio, Buda requiere la revocación de la sentencia reclamada y que, en su lugar, se declare: (i) que se acoge la demanda interpuesta en contra del Banco Itaú-Corpbanca, Banco del Estado de Chile,



Scotiabank Chile, Banco de Chile, BBVA, Santander Chile, Banco Internacional y Banco Security, condenándolos expresamente en costas; (ii) que se rechaza la excepción de prescripción interpuesta por Scotiabank; y, (iii) que se deja sin efecto la condena en costas impuesta en su contra. Sostiene aquellas pretensiones en los siguientes argumentos:

a. La impertinencia de exigir la acreditación de hechos y circunstancias propias de una coordinación o voluntad colectiva, al no haberse denunciado un actuar coordinado, concierto o acuerdo entre los bancos demandados, sino la adopción de decisiones unilaterales, consistentes, por un lado, en la negativa a abrir cuentas, y, por otro, en la apertura de cuentas y su posterior cierre, acciones cuyos efectos anticompetitivos obedecen al conjunto de decisiones de los bancos, sin que ello signifique imputarles coordinación. En específico, refiere que la negativa de contratación y el cierre de cuentas no fue controvertido por las demandadas, y así fue asentado en la sentencia. Plantea que logró acreditar que un 54,5% de los bancos negaron expresamente la apertura de cuentas a Buda, y un 25,2% señalaron en sus contestaciones que se encontraba prohibido abrir cuentas a intermediarios de criptomonedas en general. Entonces, a la fecha en que fueron cerradas las cuentas de la actora, un 79,7% del mercado había decidido negarse a mantener con ella una relación comercial. No obstante, el TDLC descartó la imputación por no haberse acreditado un



actuar coordinado, figura no alegada en autos, recalcando que lo relevante a la hora de diferenciar un abuso de dominancia colectiva de un acuerdo anticompetitivo es la existencia de un comportamiento paralelo o propio de una interdependencia oligopólica, más que una estrategia coordinada o común entre los actores, careciendo de relevancia, en el primer caso, la voluntad de los agentes, sea individual o colectiva, en tanto se logre un resultado o efecto similar a aquel que se produciría para el caso de su concurrencia;

b. La elección de una, entre las múltiples aproximaciones doctrinarias a la dominancia colectiva, sin justificar su decisión y resultando imposible distinguir esta alternativa de la colusión, refiriendo, la reclamante, que la doctrina comparada autorizada, especialmente de Estados Unidos y Europa, así como cierta jurisprudencia nacional que cita, concluye que esta figura anticompetitiva puede ser satisfecha con actuaciones independientes o unilaterales de oligopolistas que provoquen, en su conjunto, efectos anticompetitivos;

c. El errado análisis de los requisitos para la calificación de una conducta como abuso de dominancia colectiva. En cuanto a los requisitos estructurales de la imputación, Buda cuestiona al TDLC por descartar la existencia de transparencia en el mercado sobre la base del acceso concreto que los bancos tuvieron a la información de decisión de apertura, cierre y negativa del servicio de



cuentas bancarias a las demandantes, pese a que se trata de un elemento estructural y no conductual. En el caso concreto, destaca la existencia efectiva de transparencia y la posibilidad de monitoreo entre los bancos, debido a su participación conjunta en la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, así como en diversas sociedades de apoyo al giro bancario, además de haber sido difundida por la prensa la información relativa a la política bancaria respecto de las *exchanges*. Disiente, asimismo, de aquella parte del fallo que descartó la sostenibilidad de la conducta enfocándose en la acción concreta desplegada por los bancos y en una eventual coordinación entre ellos, más que en los incentivos anticompetitivos existentes frente a requerimientos de un competidor potencial, destacando que dichos incentivos fueron expresamente reconocidos por el Tribunal en el considerando 156° del fallo. Ahora bien, en lo que dice relación con los requisitos conductuales propios de la imputación, insiste en que, con ocasión del cierre de sus cuentas, en 2018, las *exchanges* se vieron imposibilitadas de seguir operando y debieron cerrar, o, a lo menos, sufrieron limitaciones significativas, restringiendo su actividad sólo al intercambio de criptomonedas, y actualmente mantienen presencia en el mercado exclusivamente gracias a la medida prejudicial otorgada por el Tribunal, efectos que denotan que las cuentas bancarias son un insumo esencial. Siempre en este tema, Buda aseveró haber desplegado esfuerzos razonables para



obtener cuentas bancarias con los actores de dicho mercado, recibiendo respuesta negativa por el 71,7% de la banca, llegando a avenimiento con el 21,8% (BCI y BICE), restando sólo el 4% del mercado. Finalmente, reprocha al TDLC por haber calificado la motivación de los demandados como "objetiva" y "no discriminatoria" por el sólo hecho de mediar un razonamiento interno de los bancos previo a su decisión, sin testearlo a la luz de la regulación sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y omitiendo que una debida justificación exige ser "transparente", tal como lo ha resuelto previamente la FNE en las investigaciones que indica, característica que debe ser concretada en condiciones de contratación claras, accesibles y no discriminatorias. En el mismo orden de ideas, afirma que el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo en que se centran las justificaciones de los bancos pudo ser abordado mediante medidas menos gravosas, como la aplicación de las exigencias reforzadas previstas en la regulación sectorial para las casas de cambio y empresas de remesas, tal como lo hizo Scotiabank, BICE y Banco de Chile, entidades que actualizaron sus políticas de apertura de cuentas;

d. La no consideración de antecedentes aportados en autos pese a su relevancia para la decisión del asunto controvertido, por referirse al carácter de insumo esencial de las cuentas corrientes para las *exchanges*, el daño producido en esta industria producto de la imposibilidad de



acceso a dichos servicios, la existencia de competencia potencial entre bancos e intermediarias de criptoactivos, la transparencia entre los agentes del mercado de cuentas corrientes, y la existencia de vínculos entre los bancos, tanto en su propiedad como mediante asociaciones o empresas relacionadas;

e. La incorrecta evaluación del efecto anticompetitivo basada en la posibilidad de Buda para operar antes de la negativa colectiva de contratación, insistiendo en que, al producirse el cierre de las cuentas con que contaban las *exchanges*, en 2018, se produjeron los siguientes efectos perniciosos: (i) la reducción de los bienes y servicios suministrados por las intermediadoras a sus consumidores; y, (ii) la salida del mercado de este tipo de empresas, competidores potenciales de los bancos en la provisión de servicios financieros, resaltando que Buda debió cerrar sus operaciones y reembolsar a sus clientes la totalidad de los fondos recibidos, consecuencia revertida sólo a través de la medida prejudicial que fue ordenada por el TDLC;

f. La improcedente declaración de prescripción de las conductas que datan de 2014, considerando que los bancos demandados han incurrido en un ilícito permanente, sin que ello se vea alterado por la apertura de cuentas por algunos agentes en el intertanto, y teniendo especialmente presente que aquellas cuentas fueron cerradas al enterarse de los pormenores del giro de las actoras. En ese entendido, postula



que la negativa de venta denunciada por Buda ocurrió en febrero de 2018; y,

g. La injusta e improcedente condena en costas, explicando que la plausibilidad de su acción queda se manifiesto por: (i) el reconocimiento del TDLC sobre la importancia práctica, teórica y económica del conflicto; (ii) el reconocimiento de las partes como competidores potenciales; (iii) el reconocimiento del carácter necesario de las cuentas bancarias para el giro de las *exchanges*; (iv) la ausencia de desarrollo jurisprudencial previo sobre el abuso de dominancia colectiva; (v) la concesión de la medida cautelar solicitada por las demandantes; y, (vi) el avenimiento al que llegó Buda con BCI y Banco BICE.

VI. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS RECLAMACIONES INTERPUESTAS POR LAS DEMANDANTES ORIONX SPA, CRYPTOMKT SPA Y SURBTC SPA (BUDA), EN CONTRA DE LA SENTENCIA N.º 189/2023 DEL TDLC:

DUODÉCIMO: Que, de la lectura comprensiva de las reclamaciones reseñadas en los tres motivos anteriores, es posible extraer que los cuestionamientos de las reclamantes, en su conjunto, dicen relación con los siguientes aspectos abordados por el fallo impugnado: (i) la estructura y características de los mercados relevantes y conexos; (ii) la sustituibilidad entre dinero y criptoactivos; (iii) la efectividad de ser, demandados y demandantes, competidores actuales o potenciales; (iv) la selección de una teoría determinada para establecer los requisitos estructurales y



conductuales del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (v) la transparencia entre los agentes dominantes y la improcedencia de exigir una voluntad colectiva o concertación, como elemento estructural del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (vi) la sostenibilidad de la conducta de los agentes dominantes como elemento estructural del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (vii) la efectividad de tratarse, las cuentas bancarias, de un insumo esencial para la actividad económica de las *exchanges*, en tanto elemento conductual del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (viii) la efectividad de haber existido una negativa de contratación por los agentes dominantes, como elemento conductual del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (ix) la ausencia de justificación de la negativa de contratación, como elemento conductual del ilícito de abuso de dominancia colectiva; (x) la eventual configuración de otros ilícitos anticompetitivos o formas de comisión; (xi) la vulneración del derecho a ejercer una actividad económica lícita y la necesidad de fomento de actividades innovadoras o disruptivas; (xii) la prescripción de ciertas conductas denunciadas; (xiii) la contravención de jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de esta Corte Suprema sobre la materia; (xiv) la falta de valoración de la prueba rendida; (xv) la existencia, en el fallo, de consideraciones contradictorias; y, (xvi) la justificación de la condena en costas.



DÉCIMO TERCERO: Que, en cuanto a la estructura y características de los mercados relevantes, el fallo dedica largos y detallados pasajes a su estudio, entre sus considerandos 30° a 156°, donde aborda la naturaleza de los criptoactivos y su relación con el dinero; el mercado relevante de provisión de cuentas bancarias en Chile; y, los mercados de transferencias de remesas, operaciones de cambio de divisas, medios de pago, intermediación de criptomonedas e instrumentos de inversión.

DÉCIMO CUARTO: Que, de manera preliminar, y por su efecto decisivo para la resolución del asunto, esta Corte Suprema no puede sino compartir el reproche formulado por el TDLC a los demandantes por no haber satisfecho, mínimamente, la carga probatoria que les asistía respecto de los presupuestos de su acción, en especial, en lo relacionado con la caracterización básica de los mercados en que influyen las conductas denunciadas, de manera de permitir al órgano jurisdiccional determinar, a lo menos, qué empresas participan en aquellos mercados y cuál es su nivel de participación, omitiendo las actoras, incluso, precisar y probar la cantidad, naturaleza y monto de las operaciones que realizaron antes y después de las imputaciones formuladas en sus libelos, mínimo exigible por tratarse de información emanada de la propia parte e indispensable para el análisis de la contienda.



DÉCIMO QUINTO: Que el déficit probatorio antes detectado impide en este estadio arribar a una conclusión distinta a la alcanzada por el TDLC sobre la sustituibilidad entre el dinero y los criptoactivos, al existir total incertidumbre sobre la aceptación de estos últimos como medio de pago de bienes y servicios, y su estabilidad como unidad de cuenta y depósito de valor. En efecto, sólo es posible tener establecida la existencia de ciertas plataformas digitales de pago mediante criptoactivos, desconociéndose la cantidad y monto de las transacciones procesadas por ellas. Asimismo, no se ha aclarado, de forma alguna, qué criptoactivos transacciona cada demandante, y cuál ha sido su valor unitario a lo largo del tiempo.

Esta misma razón impide estudiar si, tal como lo proponen los reclamantes, dinero y criptoactivos deben ser considerados como productos destinados a satisfacer una misma necesidad, ante la total ausencia de prueba técnica, objetiva y elaborada conforme a una metodología verificable, resultando insuficiente la declaración de testigos y absolventes para subsanar las carencias específicas que se ha detallado.

DÉCIMO SEXTO: Que, bastando lo antedicho para descartar que las demandantes puedan ser considerada competidoras actuales de los bancos demandados, esta Corte Suprema coincide con las conclusiones contenidas en la sentencia impugnada en cuanto a que no existe competencia entre las



partes en el mercado de transferencia de remesas y operaciones de cambio de divisas, puesto que, no existiendo antecedentes que permitan afirmar que los criptoactivos son sustitutos del dinero, resta agregar que en nuestro país las divisas poseen un concepto normativo que el producto transado por las actoras no satisface.

A su vez, en lo referido al mercado de los medios de pago, lleva razón el TDLC cuando sostiene que no es posible dar por cierta la competencia entre las partes sólo por existir portales digitales de pago administrados por las demandantes, como es el caso de "OrionX Pay" y "CryptoPago", pues se desconoce totalmente cuál es su incidencia cuantitativa y cualitativa frente a los servicios ofrecidos por la banca.

Con más claridad aparece la ausencia de competencia entre las partes en el mercado de intermediación de criptoactivos, al ser pacífico que, a la época de los hechos demandados, la banca no realizaba esa clase de operaciones, en tanto que la actual intermediación de criptoactivos por algunas entidades bancarias no es más que una afirmación de las recurrentes, carente de sustento probatorio.

Por último, tampoco es dable sostener que *exchanges* y bancos compitan en el mercado de las inversiones, si se considera que, siendo extensible a esta actividad la misma incertidumbre cuantitativa y cualitativa ya criticada a las demandantes, no se ha especificado, en particular, la



rentabilidad del producto por ellas transado, el tiempo de retorno de una eventual inversión, los costos de administración, la existencia de tiempos y tasas de rescate, entre otros factores cuya aclaración es necesaria para indagar si se trata de medios aptos para satisfacer una misma necesidad.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, con todo, el Tribunal de instancia decidió analizar las conductas anticompetitivas denunciadas, habida consideración a que, eventualmente, los servicios ofrecidos por las actoras podrían ejercer una presión competitiva potencial respecto de las actividades desplegadas por los demandados.

Con tal finalidad, conceptualizó la imputación principal atribuida a los bancos, consistente en el abuso de dominancia colectiva, como: *"un comportamiento adoptado de manera individual por varios competidores en un mercado, ninguno de los cuales tiene necesariamente posición de dominio por sí solo, los que, en un escenario de interdependencia estratégica, saben que el resultado de su actuar colectivo les otorgará la capacidad e incentivos para generar un efecto anticompetitivo producto del abuso, como podría ser erigir una barrera a la entrada, pero sin que medie un acuerdo explícito o implícito, ni una práctica concertada entre ellos"* (considerando 182°).



Sobre aquella base, explicitó que la configuración de esta infracción requiere la acreditación de ciertos elementos estructurales y conductuales.

Entre los primeros se encuentra: (i) la interdependencia estratégica entre los agentes ejecutores de la conducta; (ii) transparencia en el mercado relevante; y, (iii) la sostenibilidad interna y externa de conducta.

A su vez, el fallo menciona como elementos conductuales del abuso de dominancia colectiva, a: (i) el control de un insumo indispensable o esencial para participar en el mercado; (ii) un comportamiento susceptible de ser catalogado como una negativa de venta; y, (iii) la ausencia de justificación objetiva de la conducta.

DÉCIMO OCTAVO: Que, previo al estudio de los cuestionamientos de las reclamantes a las conclusiones específicas contenidas en la sentencia recurrida, es indispensable recalcar que la existencia de teorías económicas alternativas que postulan requisitos diversos para la configuración del ilícito de abuso de dominancia colectiva no conlleva que el razonamiento del TDLC pueda ser calificado como ilegal, por haber optado por un desarrollo teórico y no por otro, más allá de la discrepancia e insatisfacción de las actoras.

DÉCIMO NOVENO: Que, en lo referente a los elementos estructurales del abuso de posición dominante, el Tribunal dio por concurrente, en favor de las *exchanges*, la



interdependencia estratégica entre los bancos demandados, descartando, por el contrario, la transparencia en el mercado de provisión de cuentas bancarias y la sostenibilidad de una eventual conducta individual denegatoria.

VIGÉSIMO: Que, tal como fue concluido por el TDLC, la transparencia en el mercado relevante exige que quien demanda acredite que los agentes en cuestión pudieron conocer el comportamiento simultáneo de sus rivales, para comprobar si adoptaron o no la conducta colectiva específica que se reprocha.

En el caso específico de que se trata, era menester que las *exchanges* probasen que los bancos, a la época de los hechos, contaban con la posibilidad de conocer las políticas apertura y cierre de cuentas a las intermediadoras de criptoactivos o *exchanges*, de manera tal que, sin mediar acuerdo, adoptasen la misma decisión.

Pues bien, los elementos de convicción allegados al proceso no permiten dar por establecido que los bancos demandados tuviesen acceso a las políticas de sus pares acerca de la apertura y cierre de cuentas a las *exchanges*, no siendo suficiente la existencia de instancias de coordinación entre las entidades bancarias, tales como asociaciones, empresas relacionadas, o la circulación de ejecutivos.

La conclusión anterior no implica, en caso alguno, que se exija para la configuración del abuso de dominancia colectiva la acreditación de un acuerdo de voluntades o



concertación entre los partícipes. Aquel elemento, propio de la colusión, es ajeno al ilícito específico de que se trata, consistente, en lo que interesa, en un comportamiento individual adoptado conociendo la decisión de otro u otros competidores quienes, junto con el autor, ostentan una posición de dominio en el mercado relevante.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en lo atingente a la sostenibilidad de la conducta, contrario a lo que se postula en los arbitrios, el Tribunal no ha exigido una "identidad perfecta" en el actuar de los bancos demandados, sino que se ha limitado a constatar que, en determinados períodos, ellos actuaron de manera diametralmente opuesta, accediendo, algunos, a abrir cuentas a las *exchanges*, mientras que, simultáneamente, otros las denegaban o cerraban. Aquello, unido al incentivo presente en las instituciones bancarias para captar nuevos clientes, los bajos costos de cambio y la inexistencia de cautividad, llevó a los sentenciadores a la conclusión que las reclamantes no comparten.

Lo dicho no varía por la asentada competencia potencial entre las *exchanges* y los bancos, por cuanto, como se aclaró, el fallo arribó a aquella conclusión sobre la base de circunstancias futuras, inciertas e inespecíficas, que no alcanzan a ser entendidas como un incentivo concreto para que la banca, de manera individual pero simultánea, persevere en la decisión denegatoria que se reprocha.



VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, zanjado lo anterior, a la hora de resolver la concurrencia del primer elemento conductual necesario para el abuso de dominancia colectiva, al TDLC indicó que se está en presencia de un insumo indispensable o esencial, cuando: (i) su denegación produce en quien lo necesita una afectación sustancial de su capacidad de actuar o le impide seguir actuando en el mercado; (ii) no es posible que quien lo necesita lo replique a costos y en tiempos razonables aguas abajo; y, (iii) quien lo deniega cuenta con la posibilidad de dar acceso a quien lo solicita.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, de las características reseñadas en el motivo anterior, las dos últimas se tuvieron por concurrentes en el fallo recurrido, en favor de las actoras. Sin embargo, se descartó que entre los años 2015 a 2018 el actuar de los bancos tuviese aptitud para generar un cierre de mercado en perjuicio de las *exchanges*, por cuanto éstas pudieron desarrollar su giro utilizando cuentas abiertas por algunas entidades bancarias.

Sobre el particular, incluso de ser efectivo que en un momento específico las actoras cesaron sus operaciones ante la imposibilidad absoluta de acceder a cuentas bancarias, lo cierto es que la denegación de un insumo esencial, individualmente considerada, no es susceptible de ser calificada como un ilícito anticompetitivo.

Por ello, la inconcurrencia de los requisitos mencionados en los motivos que anteceden, unido a la



insatisfacción de las exigencias que se indicarán en lo venidero, llevan a esta Corte Suprema a entender que, incluso de haber errado el TDLIC en la desestimación de las cuentas bancarias como insumo esencial, tal yerro no poseería una influencia sustancial en lo decisivo de la contienda.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por otro lado, el Tribunal de instancia tuvo por acreditado que seis de los nueve demandados incurrieron en un comportamiento susceptible de ser calificado como negativa de contratación, desestimándolo respecto de los otros tres.

Frente a esta última conclusión no cabe alterar lo resuelto, por cuanto las reclamantes, más allá de sus dichos, no han desvirtuado que, según sea el caso, no cumplieron con aportar la información requerida por las entidades bancarias para la apertura de las cuentas que solicitaron, no esperaron la respuesta de los bancos, o, derechamente, no probaron haber efectuado solicitud alguna, circunstancias que develan la falta de razonabilidad de los esfuerzos desplegados por las *exchanges* para acceder al insumo en cuestión.

VIGÉSIMO QUINTO: Que el último requisito conductual del ilícito de abuso de posición dominante colectiva consiste en la ausencia de justificación en aquellos casos en que se produjo una negativa de contratación.

En este extremo, esta Corte Suprema estima indispensable destacar que la provisión de cuentas bancarias se estructura en base a contratos entre privados, gobernados, en principio,



por la libertad contractual, limitada sólo por el bloque regulatorio sectorial aplicable.

En el caso concreto, se dio por establecido que las decisiones negativas objeto de la contienda fueron adoptadas por cada banco de manera individual; previo análisis de riesgo por sus organismos internos; se sustentaron en la imposibilidad de descartar el peligro de lavado de activos y financiamiento del terrorismo con los antecedentes aportados por las solicitantes; se comunicó cada denegación y su motivo a las interesadas; no consta que un banco determinado adoptase una decisión distinta respecto de otra persona jurídica en iguales circunstancias que las *exchanges*; y, no se ha alegado por las actoras la transgresión de norma sectorial bancaria alguna.

Por lo dicho, la negativa de contratación, en los casos en que ello ocurrió, aparece provista de justificación suficiente y razonable, sin que la disconformidad de las demandantes pueda ser considerada como un motivo de ilegalidad.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, una vez desestimada la infracción por abuso de dominancia colectiva, la sentencia recurrida dedica sus considerandos 333° a 345° al estudio de otras conductas acusadas en los libelos, concluyendo que todas ellas comparten ciertos requisitos o exigencias de la imputación principal. Tal sería el caso de la autotutela, la



explotación abusiva, prácticas exclusorias, discriminación arbitraria anticompetitiva, y negativa de venta.

A lo dicho por el Tribunal de instancia es dable agregar que, encuadrándose los hechos propuestos en las demandas en una figura anticompetitiva específica, no resulta pertinente acudir a ilícitos residuales ante el incumplimiento de la obligación probatoria que pesaba sobre las demandantes, especialmente cuando aquellos aspectos no acreditados constituyen elementos indispensables en la configuración de todas las figuras alegadas.

Por otro lado, no habiéndose probado siquiera una relación competitiva entre demandantes y demandados no es atendible estudiar la concurrencia de la figura infraccional genérica prevista en el artículo 3, inciso 1° del Decreto Ley N.° 211.

Finalmente, yerran las reclamantes al afirmar que no fue resuelta su imputación de ilícito de peligro, por cuanto el Tribunal, en el considerando 340° de la sentencia recurrida, dijo: *"no advirtiéndose conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos. Por tales razones, las acusaciones antes descritas serán igualmente rechazadas"*.

Con todo, es preciso destacar que, en sus demandas, las exchanges que han propuesto esta figura aluden genéricamente al ilícito de peligro, citando normas, doctrina y jurisprudencia sobre la materia, sin explicar a qué riesgo se



refieren en el caso concreto, cómo se configura el peligro o tendencia anticompetitiva, y cuál es su relevancia frente al bien jurídico que se busca proteger, omisiones que insalvablemente obstan al éxito de su pretensión.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en otro aspecto, siendo efectivo que todo ilícito anticompetitivo es apto para privar, perturbar o amenazar el derecho a ejercer una actividad económica lícita, lo cierto es que, de contrario, no todo atentado en contra de dicha garantía constituye un ilícito anticompetitivo. Por ello, la intervención de la institucionalidad fiscal en materia de libre competencia exige la acreditación de alguna de las conductas previstas en la ley, requisito que, en la especie, fue desestimado.

Ahora bien, la necesidad de fomento de actividades económicas innovadoras, tecnológicas o disruptivas, por loable y conveniente que parezca, no puede ser esgrimido como excusa para soslayar la ausencia de acreditación de los requisitos necesarios para la configuración de los ilícitos anticompetitivos denunciados.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que se estima inoficioso emitir pronunciamiento respecto del cuestionamiento a la declaración de prescripción parcial realizada por el TDLC, limitada a las conductas acaecidas con anterioridad al año 2015, por cuanto aquellos hechos en nada distan de los ya analizados en este fallo, de manera tal que, incluso de no estar prescrita la acción, la imputación habría sido igualmente desestimada.



VIGÉSIMO NOVENO: Que tampoco es posible entender que el fallo en análisis haya desatendido la jurisprudencia asentada que citan las reclamantes, si se considera que, más allá del efecto relativo de cada decisión jurisdiccional, las actoras no proporcionaron antecedentes suficientes para justificar la similitud de las circunstancias fácticas de cada controversia, reconociendo, ellas mismas, que existe un escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los ilícitos anticompetitivos por abuso de dominancia colectiva.

TRIGÉSIMO: Que, en lo atinente a la valoración de la prueba rendida, valga reiterar lo previamente dicho a propósito de la insuficiencia de los medios de convicción allegados al proceso para la acreditación de cada uno de los presupuestos de hecho de la imputación, debiendo agregarse que la disconformidad de las reclamantes con el resultado del ejercicio de ponderación efectuado por el TDLC no configura un yerro jurídico susceptible de ser enmendado en sede de reclamación.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, por otro lado, incluso de ser efectivo que la sentencia contiene pasajes que formalmente parecieran resultar contradictorios, tal circunstancia no lleva a confusión alguna sobre las razones jurídicas y fácticas que motivaron la decisión del Tribunal de instancia. Por ello, de existir, tales desaciertos han de ser considerados como intrascendentes para modificar lo resuelto.



TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, finalmente, esta Corte Suprema coincide con el TDLC en cuanto a la condena en costas de las reclamantes, habida consideración que fueron totalmente vencidas, al haber sido rechazados todos sus postulados, derrota que no varía por la denegación total o parcial de ciertas excepciones opuestas por los bancos, por cuanto fueron las demandantes, sobre la base de sus propias imputaciones, quienes proyectaron la acción hacia los demandados, forzando su comparecencia en juicio.

Ahora bien, tampoco es posible afirmar que las demandantes tuvieron motivos plausibles para litigar, en la medida que su pasividad probatoria fue el factor principal que impidió al Tribunal dar por concurrentes los elementos básicos e indispensables de las imputaciones anticompetitivas denunciadas, omisión que no era previsible al momento de conceder la medida precautoria otorgada en favor de las reclamantes.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, descartadas todas y cada una de las alegaciones desarrolladas en los arbitrios, corresponde que éstos sean rechazados.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N.º 211, **SE RECHAZAN** los recursos de reclamación deducidos por OrionX SpA, CryptoMKT SpA, y SURBTC SpA, en lo principal de las presentaciones de fojas 10.157, 10.221, y 10.283,



respectivamente, en contra de la sentencia N.º 189/2023 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Simpértigue.

Rol N.º 4.351-2024

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Diego Simpértigue L. No firman los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, no obstante haber concurrido entrambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber ambos cesado en sus funciones. Santiago, diecinueve de mayo de dos mil veinticinco.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz Gajardo, Angela Francisca Vivanco Martínez, Adelita Inés Ravanales Arriagada, Mario Rolando Carroza Espinosa y Diego Gonzalo Simpertigue Limare. No firma, por estar ausente, los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz Gajardo y Angela Francisca Vivanco Martínez. Santiago, diecinueve de mayo de dos mil veinticinco.

En Santiago, a diecinueve de mayo de dos mil veinticinco, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

