

En lo principal: solicita aclaración que indica; **en el primer otrosí:** téngase presente; **y, en el segundo otrosí:** delega poder.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Victoria Ortega Escudero, abogada, en representación de **Multicaja S.A.** (“Multicaja”), en la causa no contenciosa **Rol NC-463-2020**, caratulada “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “H. TDLC”), respetuosamente digo:

Por este acto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, solicito al H. Tribunal que aclare su resolución de fecha 25 de agosto de 2020, que consta a folio 158¹, en el sentido de precisar si el término “Sistema Tarifario objeto de la consulta”, utilizado en esa resolución para los efectos de la aplicación del inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004, comprende únicamente a las distintas etapas del sistema tarifario propuesto por Transbank S.A. (“Transbank”) e indicadas en el Capítulo II de su consulta; o comprende también al régimen excepcional y transitorio de subsidios, al que se refiere en el Capítulo III de su consulta y que se encuentra en actual aplicación por parte de la consultante.

(i) El sistema tarifario de Transbank como hecho, acto o contrato consultado

1. Mediante su consulta, Transbank sometió a consideración del H. Tribunal el “sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020 (Sistema Tarifario), mediante el cual la Compañía se encuentra operando en el mercado de la *adquirencia* de Tarjetas de Pago bajo el denominado *modelo de cuatro partes* (M4P)”².

2. El referido sistema tarifario propuso distintas regulaciones para que rijan en la relación de Transbank con los: (i) comercios; (ii) emisores; (iii) proveedores de servicios para el procesamiento de pagos (“PSP”); y (iv) operadores o adquirentes que deseen interconectarse con Transbank.

¹ En dicha resolución, el H. Tribunal acogió parcialmente el recurso de reposición presentado por Walmart “solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la consulta”.

² Transbank, Consulta, p. 1.

3. En lo que respecta al sistema tarifario aplicable a comercios³ y PSP⁴, Transbank propuso un sistema que contiene distintas etapas:

- a. En una primera etapa, los márgenes adquirentes serían aquellos que constan en los Anexos N° 1 y 3 acompañados a la consulta⁵.

Estos márgenes se encontrarían en aplicación desde el 1° de abril de 2020 y tendrían vigencia, de acuerdo con la consulta, hasta el 31 de marzo de 2021, fecha a partir de la cual empezaría a regir la segunda etapa.

- b. En una segunda etapa, esto es, a partir del 1° de abril de 2021, los márgenes adquirentes serían determinados por un panel de tres consultores independientes, quienes tendrían como misión auditar los cálculos de costo económicos efectuados para el cálculo margen adquirente (“MA”) y, de ser necesario, proponer tablas ajustadas de dicho margen, todo lo cual lo deberán consignar en un informe, que deberán elaborar por una sola vez.

Esta segunda etapa tendría una vigencia indefinida, aunque Transbank solicita que, aprobado el sistema tarifario que propone, se le permita “solicitar un nuevo informe independiente en la medida en que existan cambios tecnológicos, comerciales, operaciones o de otra clase que así los justifiquen”⁶.

4. La consulta da cuenta que aún se está ejecutando la primera etapa del Sistema Tarifario consultado y, por tanto, conforme con lo resuelto por el H. Tribunal, éste no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta.

³ De acuerdo con Transbank, el principio que rige las distintas etapas de la regulación con los comercios consiste en que Transbank se obligaría a fijar su margen adquirente a costo económico, “entendiendo por tal los costos medios de largo plazo asociados a la actividad de adquirencia de la Compañía, lo que en definitiva busca autofinanciar su actividad de adquirencia y no más” (Consulta, p. 5).

⁴ Por su parte, el principio general que regula el sistema tarifario en relación con los PSP, según Transbank, parte del supuesto que los PSP “no tienen ni pueden tener el carácter de comercios” (Consulta, p. 10); y, por lo mismo, “como una forma de maximizar la competencia en este mercado, las tarifas de acceso de Transbank en relación con PSP han sido determinadas a costo económico, entendido éste como los costos medios de largo plazo asociados al uso de la infraestructura de Transbank por parte de dichos PSP” (Consulta, p. 14).

⁵ El margen adquirente para los comercios habría sido elaborado asegurando no superar los márgenes obtenidos por Transbank el año 2019 (Consulta, p. 5).

⁶ Consulta, p. 8.

(ii) El régimen excepcional y transitorio de subsidios establecido de modo complementario por Transbank para los comercios y para los PSP

5. La entrada en vigor de la primera etapa del sistema tarifario consultado por Transbank, ocurrida el pasado 1° de abril, habría supuesto, según lo señalado por la consultante, una baja del *merchant discount* (“MD”) a más de 130.000 comercios, respecto a aquél que se aplicaba bajo el modelo de tres partes⁷. No obstante, agrega, “para un número de comercios (alrededor de 17.000), los MD resultantes bajo el M4P resultaban superiores a los MD vigentes hasta el 31 de marzo de 2020 -esto es, de acuerdo a las reglas que se aplicaban antes bajo una operación basada en el M3P-”⁸, ya que en un M4P el adquirente debe pagar la tasa de intercambio al emisor y los denominados costos de marcas.

6. Como consecuencia de lo anterior y a petición de la FNE, según señala Transbank, la consultante debió establecer un régimen excepcional y transitorio de subsidios para absorber las alzas de precios que estos nuevos MD representaban para algunos comercios⁹. Al respecto, se señaló en la consulta que:

En el marco del proceso Rol AE N° 17-20 se planteó en el acuerdo extrajudicial con la FNE un plazo de dos años de absorción bajo las reglas contempladas en ese acuerdo y una absorción sin plazo para las empresas de menor tamaño. Sin embargo, en la audiencia pública correspondiente, los PSP plantearon su inquietud en cuanto a que ese plazo pudiere parecer excesivo, superar lo que debiera ser propio de una transición al M4P, e incluso generar efectos no deseables en la competitividad del mercado. Por ello, es que en este Sistema Tarifario, el que se somete a la revisión y venia de este H. Tribunal, se establece que el régimen transitorio rija para el conjunto de los comercios por el lapso de un año, esto es, hasta el 31 de marzo de 2021, justamente a la espera de la aplicación del Informe del panel de consultores independientes.

Se trata en consecuencia de un régimen absolutamente transitorio, en curso, que habrá regido en total por sólo un año calendario y cuyo objetivo es evitar, por ese plazo, alzas en los MD que puedan afectar al consumidor final¹⁰.

⁷ Consulta, p. 18.

⁸ Consulta, p. 18.

⁹ Consulta, p. 18.

¹⁰ Consulta, p. 18.

7. Adicionalmente, y a pesar de que el acuerdo extrajudicial no lo consideraba, Transbank señaló en la consulta que, por las mismas razones anteriores, con el objeto de evitar un alza que actualmente pagan aquellos PSP que se relacionan con dicha compañía y ser asimismo consistente con el régimen transitorio a comercios, estimó pertinente “seguir absorbiendo, como lo hace desde el 1° de abril de 2020, las alzas de precios que hubiesen afectado a los PSP por el paso al M4P, y ello hasta el 31 de marzo de 2021. Lo anterior, incluso considerando que los MA de Transbank para PSP son fijados a costo económico”¹¹.

8. De este modo, queda claro que, de forma complementaria a la primera etapa del sistema tarifario consultado por Transbank, dicha compañía ha establecido un régimen excepcional y transitorio destinado a otorgar subsidios a determinados comercios y PSP.

9. Este régimen, según reconoce Transbank en su consulta, se encuentra en curso y regiría por un año¹². No obstante, dado el tenor de la resolución que se solicita aclarar, es necesario precisar si este subsidio forma parte del “Sistema Tarifario de Transbank [que] no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancias en que se funda y su contenido”¹³.

(iii) Es necesario que el H. Tribunal aclare si el régimen excepcional y transitorio de subsidios propuesto por Transbank debe ser considerado un hecho, acto o contrato existente o uno por celebrarse

10. De acuerdo con el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, el H. Tribunal será competente para conocer en un procedimiento no contencioso de consulta de los “hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse”, distintos de las operaciones de concentración, que puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211. Es decir, los hechos, actos o contratos que pueden ser consultados al TDLC pueden referirse a situaciones *existentes* o *por celebrarse*.

11. El H. Tribunal consideró que el “Sistema Tarifario se plantea como una unidad que se compone de distintas etapas”¹⁴ y, por consiguiente, “el hecho consultado es de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni concluido”¹⁵. Por esta razón, dispuso que el “Sistema

¹¹ Consulta, pp. 18 y 19.

¹² Consulta, p. 18. Este régimen complementario desaparecería en la segunda etapa, ya que en esta etapa, cualquiera sea el valor que se determine como MA, implicará que Transbank deje de subsidiar a una cantidad importante de comercios y a todos los PSP, lo que hará que se eliminen barreras a la entrada establecidas mediante este régimen excepcional y transitorio de subsidios.

¹³ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158, consideración octava.

¹⁴ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158, consideración séptima.

¹⁵ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158, consideración séptima.

Tarifario de Transbank no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancias en que se funda y su contenido”¹⁶.

12. Atendido lo anterior, el H. Tribunal resolvió acoger parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Walmart Chile S.A.¹⁷, “solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la consulta”¹⁸.

13. En este contexto, es claro que la referencia al inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004, en lo que dice relación con la prohibición para el consultante de celebrar, ejecutar o concluir el hecho, acto o contrato consultado, impedirá, en la medida que no exista resolución firme de esta consulta, que Transbank pueda el 1° de abril de 2021 pasar de cobrar los márgenes adquirentes establecidos en los Anexos N° 1 y 3 de su consulta, a cobrar aquellos que se fijen de forma definitiva¹⁹.

14. Esta resolución está en línea, por lo demás, con lo expuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), la que también considera que la esencia del sistema tarifario sometido a consulta por parte de Transbank constituye un hecho, acto o contrato por celebrarse, toda vez que:

Es relevante aclarar y explicitar que lo que Transbank ha sometido a consulta de este Tribunal puede ser descrito de una forma distinta a como esta empresa lo ha estructurado en su solicitud. En efecto, Transbank presenta un modelo de autorregulación tarifaria, que aplicará *en régimen* a partir del 1 de abril de 2021, en el que la determinación del MA aplicable a cada comercio será determinada en forma independiente por un panel de expertos independientes²⁰.

¹⁶ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158, consideración octava.

¹⁷ En el primer otrosí de su aporte de antecedentes, Walmart solicitó al H. Tribunal “disponer que no procederá incrementos futuros y eventuales de los MD [*merchant discount*], por cuanto el PAR [Plan de Autorregulación] sigue vigente, específicamente su numeral 1.3.1, y el sistema tarifario relativo al margen adquirente, que Transbank ha planteado separadamente de las tasas de intercambio y de los costos de marcas, es un hecho futuro, por lo tanto, no puede ser ejecutado en lo sucesivo mientras no sea aprobado judicialmente” (p. 17).

¹⁸ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158.

¹⁹ Esto es reconocido por Transbank en su reciente presentación de fecha 28 de agosto, en la que señala que el H. Tribunal, al establecer en su resolución de folio 158 la aplicabilidad del inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5 al sistema tarifario, “implica que el actual régimen transitorio de un año de duración no podría dar paso al régimen definitivo a partir del 1° de abril de 2021, en tanto el H. Tribunal no se pronuncie sobre el fondo” (p. 1). Lo mismo queda claro en la petición de Transbank contenida en el segundo otrosí de la referida presentación.

²⁰ FNE, Aporte de antecedentes, p. 47.

15. Sin embargo, no es claro si el régimen excepcional y transitorio de subsidios contenido en el Capítulo III de la consulta se considera un hecho, acto o contrato existente o por celebrarse. Determinar lo anterior es fundamental, ya que los efectos de ese régimen serán distintos según se trate de un hecho, acto o contrato existente o de uno por celebrarse.

(iv) La importancia de aclarar si el objeto de la consulta da cuenta de un hecho, acto o contrato *existente* o uno *por celebrarse* radica en que los efectos en uno y otro caso son diversos

16. Determinar si el hecho, acto o contrato consultado se refiere a una situación existente o por celebrarse es relevante por al menos dos razones:

- a. Primero, porque de someterse a consulta un hecho, acto o contrato por celebrarse, el mismo no podrá celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante hasta que haya sido aprobado por el H. Tribunal o por la Excma. Corte Suprema²¹. En cambio, si el hecho, acto o contrato consultado dice relación con una situación existente, no será necesario esperar una aprobación por parte de los tribunales para poder seguirlo ejecutando; y,
- b. Segundo, porque si la situación consultada es una situación por celebrarse, entonces, no procederá la interposición de una demanda por esos mismos hechos²². En cambio, si la situación consultada dice relación con una situación existente, existe la posibilidad para que legítimos contradictores se opongan o presenten una demanda en contra de dicho hecho, acto o contrato, con lo que se pondría término a la tramitación de la consulta bajo un procedimiento no contencioso²³.

17. Por consiguiente, se hace necesario comprender con precisión el alcance que el H. Tribunal otorga al sistema tarifario planteado por Transbank cuando señala que “el Sistema Tarifario de Transbank no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancias en que se funda y su contenido”²⁴.

18. En este contexto, un primer sentido en el que puede ser aclarada la resolución de fecha 25 de agosto de 2020, implica considerar que el sistema tarifario que se considera

²¹ Auto Acordado N° 5/2001, Acuerdo Tercero, inciso segundo.

²² Auto Acordado N° 5/2001, Acuerdo Tercero, inciso primero.

²³ Auto Acordado N° 5/2001, Acuerdo Segundo.

²⁴ H. TDLC, resolución de fecha 25 de agosto de 2020, folio 158, consideración octava.

como una unidad comprende también el régimen de subsidios excepcionales y transitorios mediante los cuales Transbank ha absorbido, por una parte, las alzas de precios que la implementación del M4P ha significado para determinados comercios; y, por otra, las alzas de precios que hubiesen afectado la capacidad competitiva de los PSP.

19. De considerarse que este régimen excepcional y transitorio es un hecho, acto o contrato por celebrarse, la consecuencia será que el mismo no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, sin que previamente haya sido aprobado por el H. Tribunal (o la Excma. Corte Suprema) el cambio de circunstancias en que se funda la consulta, y su contenido²⁵. Por consiguiente, Transbank deberá abstenerse de absorber las pérdidas como consecuencia de la implementación voluntaria de esta medida (nótese, a este respecto, que aunque Transbank sostenga que incorporó este régimen a petición de la FNE, ello no obsta a considerar que su inclusión es voluntaria, ya que la Fiscalía carece de las facultades de ordenarle dichas medidas).

20. Con todo, incluso de considerarse que los subsidios constituyen un régimen excepcional y transitorio que no se puede ejecutar sino hasta su autorización por parte del H. Tribunal, ello no podrá afectar las tarifas que actualmente Transbank cobra a los comercios. Lo anterior, porque igualmente Transbank se encuentra obligada por el Plan de Autorregulación (“PAR”) para con los comercios, de modo tal que no puede alzar las tarifas que le cobra sino hasta que el H. Tribunal haya aprobado el cambio de circunstancias.

21. Por el contrario, si la resolución de fecha 25 de agosto de 2020 es aclarada en el sentido de que régimen de subsidios excepcionales y transitorios otorgado por Transbank a determinados comercios y a los PSP es un hecho, acto o contrato existente, entonces, la consultante no deberá esperar la resolución de este asunto para poder ejecutar dichos subsidios.

22. Ahora bien, es importante precisar y destacar que, independiente de si el régimen excepcional y transitorio de subsidios da cuenta de un hecho existente o de uno por celebrarse, los efectos serán distintos según se trate de un comercio o de un PSP. Esto se explica en el hecho que los PSP no son comercios y, por consiguiente, la regulación establecida en su oportunidad en el PAR no le es aplicable.

23. En relación con lo primero, es la propia regulación la que confiere a los PSP una calidad especial dentro del sistema. En efecto, el Título I del Capítulo III.J.2 del

²⁵ Auto Acordado N° 5/2001, Acuerdo Tercero, inciso segundo.

Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile reconoce que los PSP realizan actividades de sub-adquirencia, entendida ésta como la provisión de servicios que incluyen la liquidación y/o el pago de las sumas que correspondan a las entidades afiliadas por concepto de transacciones efectuadas con tarjetas de pago, sin quedar por ello sujetos a los requisitos y obligaciones que la regulación impone a los operadores.

24. Este hecho, por lo demás, se encuentra reconocido de manera generalizada en este procedimiento, ya que mientras Transbank señaló en su consulta que los PSP “no tienen ni pueden tener el carácter de comercios”²⁶, la asociación gremial que reúne a los PSP sostuvo que los PSP, en su calidad de sub-adquirentes, “operan en el mercado en calidad de competidores totales o parciales de Transbank de cada a los comercios”²⁷.

25. Lo anterior es relevante, ya que el PAR está establecido exclusivamente respecto los comercios, y no tiene por qué ser replicable a los PSP, ya que estos últimos, como se dijo, participan del M4P como sub-adquirentes.

(v) Conclusiones

26. En suma:

- a. El H. Tribunal en su resolución de fecha 25 de agosto de 2020, reconoció que “el Sistema Tarifario de Transbank no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancias en que se funda y su contenido”.
- b. Sin embargo, no es claro si el régimen excepcional y transitorio de subsidios, contenido en el Capítulo III de la consulta, se considera parte del sistema tarifario para los efectos de lo dispuesto por el H. Tribunal. En otras palabras, no es claro si el régimen excepcional y transitorio de subsidios es un hecho, acto o contrato existente o por celebrarse.
- c. Aclarar lo anterior es fundamental, ya que los efectos de ese régimen serán distintos según se trate de un hecho, acto o contrato existente o de uno por celebrarse (y, con independencia de ese régimen, serán distintos también según se aplique a los comercios o a los PSP).

²⁶ Consulta, p. 10.

²⁷ Aporte Antecedentes Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile, Asociación Gremial, p. 4.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respetuosamente pido: tener por interpuesta solicitud de aclaración, respecto de la resolución de fecha 25 de agosto de 2020, que consta a folio 158, en el sentido de precisar si el término “Sistema Tarifario objeto de la consulta”, utilizado en esa resolución para los efectos de la aplicación del inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004, comprende o no al régimen excepcional y transitorio de subsidios, al que se hace referencia en el Capítulo III de la consulta y que se encuentra en actual aplicación por parte de la consultante.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tener presente que Multicaja comparte la solicitud realizada por Transbank en lo principal de su presentación de fecha 28 de agosto de 2020, pues también considera necesario que se cite a la audiencia pública prevista en el artículo 31 N° 3 del Decreto Ley N° 211 en el más breve plazo posible.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tener presente que, sin perjuicio de mi derecho a reasumirlo por el solo hecho de realizar una gestión cualquiera, vengo en delegar el poder con que actúo en estos autos en los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Andrés Fuchs Nissim, cédula de identidad N° 15.642.740-3, y doña Rosario García Matte, cédula de identidad N° 17.698.010-9, ambos domiciliados, para efectos de estos autos, en Avenida Américo Vespucio Norte N° 1090, oficina 801, comuna de Vitacura, quienes podrán actuar, indistintamente, en forma separada o conjunta con los demás apoderados y quienes firman el presente escrito en señal de aceptación.

Andres
Ariel
Fuchs
Nissim

Firmado digitalmente por Andres Ariel Fuchs Nissim
Fecha: 2020.08.31 15:30:57 -04'00'

Rosario
García
Matte

Firmado digitalmente por Rosario García Matte
Fecha: 2020.08.31 15:28:39 -04'00'