

En lo principal, promueve fundado incidente de nulidad procesal; **en el primer otrosí**, en subsidio del incidente de nulidad, deduce fundado recurso de reposición; **en el segundo otrosí**, acompaña informe en derecho y opinión legal; **en el tercer otrosí**, solicita oficiar a autoridades que indica, dados los graves efectos sistémicos de la resolución objeto de esta presentación; y, **en el cuarto otrosí**, acompaña documento, y solicita su confidencialidad, acompañando versión pública.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett y **Benjamín Mordoj Hutter**, abogados, en representación de Transbank S.A. (“Transbank” o la “Compañía”), en autos caratulados **“Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020”** (“Consulta”), **Rol NC N°463 –2020**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Dentro de plazo y en virtud de los fundamentos de hecho, jurídicos –particularmente, los artículos 83 y demás normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), así como los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República (“Constitución”)– y económicos que se exponen en esta presentación, interponemos un fundado incidente de nulidad procesal en contra de la resolución de folio 168, dictada por el H. Tribunal con fecha 2 de septiembre pasado, en aquella parte en que se resolvió *“Aclarar la resolución [de folio 158] en el sentido de explicitar que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema”* (“Resolución Incidentada”)¹.

I.

Introducción y contexto

La Resolución Incidentada es catastrófica:

Pone en un imposible a Transbank en lo jurídico y económico, con graves efectos sistémicos para todo el sistema nacional de medios de pago

A modo introductorio, y aunque todos estos aspectos se desarrollarán más latamente en el cuerpo de esta presentación, no podemos dejar de señalar al H. Tribunal que pocas veces hemos enfrentado una situación tan grave como la ocurrida en este procedimiento, como resultado del contenido de la Resolución Incidentada. Ello, en lo procesal, en lo jurídico sustantivo y en lo económico. Lo decimos con sinceridad y sin ánimo de exagerar. Con honestidad respetuosa y cívica, enfatizamos que, en pocas ocasiones, si alguna, hemos observado una resolución tan catastrófica en el marco de algún procedimiento desarrollado ante el H. Tribunal, incluso comparándola con sentencias o resoluciones definitivas de término de procesos que, con tal magnitud, afecten un sistema económico completo. Es lo que sucede en este caso con lo

¹ Resolución Incidentada, resuelvo I.

instruido por la Resolución Incidentada –si ella no es revertida urgentemente conforme a derecho–, en que se trastorna radicalmente todo el funcionamiento del sistema de medios de pago con tarjetas en Chile, y además con un efecto retroactivo de casi seis meses de operación.

Así, por el expediente de una *aclaración* dictada como una mera resolución intermedia en el marco de un procedimiento de consulta, que pudiera estimarse como una simple precisión con efectos acotados y casi formales, lo cierto es que se decide de nuevo aquello que ya estaba resuelto; se altera sustancialmente el objeto del proceso (que había sido fijado en la resolución de inicio de este procedimiento, a folio 11), y sus efectos. Y se decide, ni más ni menos, alterar radical y sorpresivamente decisiones firmes dictadas en este mismo procedimiento y respecto de las cuales, por supuesto, ya operó el desasimio, se dio lugar a la consiguiente preclusión y se generaron situaciones consolidadas en lo jurídico y económico.

Se decide, aplicando erróneamente el contenido del Auto Acordado N°5/2004 (“AA N°5”), que en ninguna parte permite darle efectos retroactivos y cubrir actos y contratos previos a la respectiva consulta, ni más ni menos, retrotraer el funcionamiento completo del mercado de sistemas de pago con tarjetas en Chile por casi seis meses (y decimos *completo* por el carácter pivotal que hasta la fecha tiene Transbank en dicho sistema y que cambiará con la profundización del modelo de *cuatro partes* –“M4P”– y la consiguiente competencia incremental que generará); retrotraer el funcionamiento entero del sistema por casi seis meses, decimos, como si fuera una película vista en reversa, cuando lo que está en juego, lo que se implementó en estos casi seis meses de funcionamiento del M4P, fueron centenares de nuevos contratos, la terminación de otros tantos, la modificaciones de miles de ellos con los comercios clientes de Transbank; fueron cerca de 626 millones de transacciones concatenadas entre sí, equivalentes a 21.553 millones de dólares de los Estados Unidos de América, las que se realizaron en este período, como resulta propio de un *sistema* como el de medios de pago, donde cada actuación jurídica y económica genera cientos de otras estrechamente interrelacionadas y entreveradas, y que una *reversión*, lejos de constituir una simple actuación, como podría serlo una que se desarrollara a propósito de un contrato de ejecución instantánea, exigiría en este caso, cuando se trata de un *sistema*, modificar uno a uno los actos jurídicos ya perfeccionados (volver a celebrar los contratos terminados –en el supuesto que esos terceros quieran hacerlo–, resciliar los nuevos acuerdos celebrados con los comercios bajo el M4P, retrotraer las modificaciones contractuales implementadas, incluyendo las licencias otorgadas por las marcas internacionales de tarjetas –“Marcas”–) y desarmar y sustituir las miles de millones de transacciones ya perfeccionadas, con inimaginables costos de transacción, afectación de situaciones consolidadas e incluso de derechos adquiridos en lo jurídico contractual. Por cada comercio, adicionalmente, debieran anularse facturas y emitirse notas de débito o crédito, según corresponda, con el muy complejo efecto relativo al impuesto al valor agregado ya pagado, que también se debiera *reversar*.

Y si estos cientos de contratos y millones de actos concatenados se desarrollaron en estos casi seis meses no fue por capricho o abuso de Transbank. Nada de eso. Fue porque en eso Transbank siguió estrictamente las instrucciones y supervisiones de las autoridades sectoriales, e incluso las resoluciones del H. Tribunal, hasta que las mismas fueran modificadas radical y sorpresivamente por medio de la Resolución Incidentada.

Lo anterior lo decimos con toda convicción. Nos hemos preocupado de actuar en todo momento de acuerdo a lo que nos exige el sistema de libre competencia, hasta encontrarnos con la situación inusitada a que dio lugar la Resolución Incidentada.

H. Tribunal, a modo de apretado resumen nos permitimos recordar que la Excma. Corte Suprema dictó una sentencia de término el 27 de diciembre de 2019 (“Sentencia Corte Suprema”) por la que exigió a Transbank implementar una tarificación para el modelo *de tres partes* (“M3P”) con una estructura única, sin descuentos ni otro tipo de distinciones (salvo por tipo de tarjeta), mientras no se dictaran todas las regulaciones pertinentes para el funcionamiento del M4P. Con esa sentencia ya notificada, Transbank hizo inmediatamente lo que le correspondía, esto es, una vez dictado el *cúmplase* de la Sentencia Corte Suprema por este H. Tribunal, sometió a su aprobación –a la de este H. Tribunal– la estructura tarifaria que aplicaría para el M3P y también aquella que aplicaría para el M4P, una vez que desarrollara todos los actos jurídicos necesarios para cumplir con las regulaciones de este último modelo y confirmar que todas ellas estuvieran dictadas.

El H. Tribunal fue claro en su respuesta. Rechazó conocer de los modelos de implementación de la Sentencia Corte Suprema presentados por Transbank, no por su contenido, el que no analizó, sino que por una materia procesal orgánica formal: estimó que no le correspondía iniciar un proceso de ejecución de la Sentencia Corte Suprema y ordenó derechamente a Transbank darle cumplimiento conforme a la ley. Lo mismo indicó el H. Tribunal a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), frente a una análoga presentación de cumplimiento que ésta realizó, haciéndole presente que el artículo 39 letra d) del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”) pone en las manos de la FNE el velar por el cumplimiento de los fallos y decisiones que dicten los tribunales de justicia en las materias a que se refiere el DL 211. En base a estas resoluciones del H. Tribunal, que indicaban con claridad que correspondía a la FNE supervigilar el cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, y que el H. Tribunal no se estimaba competente al efecto, Transbank concurrió ante la FNE con el objeto de dar cumplimiento a la Sentencia Corte Suprema, de una manera que dicho organismo fiscalizador estimara acorde a derecho, evitando así nueva litigiosidad y controversia al respecto, y buscando la validación proactiva de la autoridad competente para velar por el cumplimiento de las decisiones en sede de libre competencia.

Una vez más, entonces, Transbank acató. Entonces compareció ante la FNE, quien además había abierto una investigación para fiscalizar el cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, con el Rol N°2605-20. La indicación de la FNE fue que Transbank debía migrar a toda velocidad al M4P que es aquel que, según lo ha expresado la FNE en múltiples oportunidades y formalmente, garantiza en su opinión un sistema competitivo y por lo tanto una competencia estructural en el mediano plazo y, en definitiva, mayores beneficios para el conjunto de los actores del mercado del sistema de pagos con tarjeta. Y con ello –habiendo obtenido además la confirmación oficial recibida por Transbank de parte del Banco Central de Chile (“BCCh”), único órgano competente para dictar e interpretar la vigencia de las normas jurídicas en materia del sistema de pagos en Chile, en cuanto a que todas las regulaciones exigibles para el funcionamiento del M4P se encontraban ya dictadas por el mismo BCCh (véase su Oficio N°507 que consta en este expediente y que ha sido tantas veces mencionado a este H. Tribunal)–,

Transbank se dio a la titánica tarea de desarrollar prontamente todos los actos jurídicos destinados a estar funcionando en el M4P en el corto plazo, todo ello bajo la supervisión de la FNE². Esto es, de aquel órgano al cual la había remitido el propio H. Tribunal para efectos de asegurar la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema.

Así fue como Transbank hubo de negociar la urgente puesta de término de todos los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con los emisores bancarios y no bancarios de Chile bajo el antiguo M3P; hubo de negociar urgentes licencias adquirentes con las Marcas, proceso de enorme complejidad y que normalmente puede durar años, pero para el cual Transbank puso ingentes recursos para lograr conseguir las licencias con la urgencia requerida; y reestructuró toda su relación financiera con las decenas de emisores y con los cientos de miles de comercios con los que se relacionaba, para estar apta para funcionar en un M4P a partir del 1° de abril de 2020, plazo que coincidía con la revisión anual de tarifas establecida en los contratos de afiliación suscritos con los cientos de miles de comercios afiliados a Transbank.

Todo ello fue detalladamente informado a la FNE en respuesta a diversos oficios fiscalizadores que ella dirigió a Transbank en la materia, no sólo en el Rol N°2605-20, sino que también en el marco de otras investigaciones vigentes a esa fecha y que sirvieron de base para la supervisión de la FNE. El detalle de los distintos actos y contratos ya implementados por Transbank para pasar al M4P, incluida la terminación de los contratos de operación y de los mandatos de afiliación con los emisores bancarios y no bancarios, en virtud de lo cual Transbank ya no opera ni puede operar en representación de tales emisores, y ello de manera irreversible, se acredita al H. Tribunal por medio de la documentación que se acompaña en el cuarto otrosí.

Habiendo hecho Transbank todo lo anterior durante el verano de 2020, y habiendo ello sido constatado por la FNE –insistimos, la misma entidad a la cual debió ocurrir, por indicación del H. Tribunal, para efectos de cumplir adecuadamente con la Sentencia Corte Suprema– la FNE celebró con fecha 31 de marzo de 2020 un acuerdo extrajudicial con Transbank (“AE”), de aquellos a los que se refiere el artículo 39 letra ñ) del DL 211, por medio del cual estampó oficialmente su consentimiento a todos estos actos desarrollados por Transbank para pasar al M4P, algunos ya implementados, otros en curso de implementación a esa fecha –pero todo ello dando cuenta de sucesivos avances irreversibles al entender de todos los involucrados–, y en el cual además Transbank, como parte de la negociación desarrollada al efecto con la propia FNE en su calidad de supervisora del cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, se comprometió a implementar un sistema de tarificación (“Sistema Tarifario”) de su *margen adquirente* (el único bajo su control en el M4P) que asegurara el cumplimiento de las normas de libre competencia y a un régimen transitorio, exigido por la propia FNE, destinado a evitar alzas de precio a un conjunto de 17.000 de entre los 180.000 comercios clientes (que representaban un volumen de aproximadamente 58% de las transacciones totales, en rubros tan sensibles como salud, educación o servicios básicos), por un determinado período, alzas no atribuibles por supuesto a Transbank sino que a los costos de marca y a las tasas de intercambio (“TI”) fijadas por las Marcas; todo lo cual hizo precisamente con el objeto de evitar que el tránsito al M4P fuera

² Véase la sección de declaraciones unilaterales de la FNE (§III) en escrito de 3 de abril de 2020 presentado conjuntamente en causa AE N°17-2020, así como la §II.2 del Acuerdo Extrajudicial, que da cuenta de dos investigaciones de la FNE.

traumático para el *sistema* de medios de pago en su conjunto, incluso a pesar de que ello no respondía a hechos bajo su control³.

Así, Transbank, una vez más cumplió lo que le exigía la autoridad; esta vez con implementar un tránsito al M4P conforme con las exigencias regulatorias del BCCh y a los requerimientos económicos de la FNE, ante quien, nos permitimos insistir todas las veces que sea necesario, Transbank tuvo que ocurrir por indicación del mismo H. Tribunal, para efectos de dar adecuado cumplimiento a la Sentencia Corte Suprema, al no haber aceptado el H. Tribunal supervisar dicho cumplimiento (decisión que no cuestionamos, sino que sólo referimos para hacer íntegro el relato).

Presentado el AE a la decisión de este H. Tribunal, con fecha 22 de abril pasado, el H. Tribunal, conociendo perfectamente toda la historia que hemos relatado, y el hecho de que los actos para el paso al M4P ya habían sido desarrollados e implementados bajo la supervisión de la FNE, pues así se relataba en el mismo texto del AE⁴, rechazó aprobar el referido acuerdo, por considerar que se trataba de una materia de lato conocimiento que el H. Tribunal debía conocer bajo un procedimiento acorde a esas latas características.

Notificada de lo anterior, Transbank no recurrió ni reclamó; una vez más, acató. Y lo hizo presentando la Consulta de autos, de fecha 13 de mayo de 2020 (fecha que no refleja una desidia ni demora de la Compañía, sino que deriva del hecho que la materia se había sometido al H. Tribunal bajo un AE que se había negociado, presentado y tramitado ante el mismo, para luego ser rechazado por razones formales y no sustantivas); una Consulta que describía exactamente todo lo que aquí se viene indicando, así como dejaba en evidencia la realidad ineludible, y ésta era que Transbank ya había implementado todos los actos propios del paso al M4P bajo la supervisión estrecha de la FNE y de las autoridades sectoriales (y aquí incluimos también a la Comisión para el Mercado Financiero –“CMF”–) puesto que, por confirmación del mismísimo BCCh, ya se habían desarrollado todas las regulaciones propias del M4P como lo indicaba la Sentencia Corte Suprema, y que se había ya desarrollado y puesto en ejecución un único Sistema Tarifario, aplicado respecto de los comercios, de las Marcas y de los emisores, que era entonces **existente**, como se explicitó en reiteradas ocasiones, que contaba con dos fases de implementación, y cuya conformidad definitiva con la libre competencia se pedía al H. Tribunal constatar y aprobar en definitiva.

El H. Tribunal, habiendo conocido el AE, que contenía con claridad todo este mismo relato, y en conocimiento también de que el Sistema Tarifario ya se había implementado, incluyendo las terminaciones de los contratos de operación y mandatos de afiliación con los emisores bancarios y no bancarios, la suscripción de licencias con las Marcas y la comunicación del nuevo Sistema

³ Esto fue reconocido por la FNE en la citada §III del escrito de 3 de abril de 2020 por el cual se acompañó el AE y se dio inicio al proceso Rol AE N°17-2020 ante este H. Tribunal.

⁴ Véase, a modo de ejemplo, los ¶11 y ¶12 del AE: “A la fecha de suscripción de este Acuerdo, se ha acordado el término de 20 de los 21 contratos de operación suscritos entre Transbank y los emisores bancarios y no bancarios, de forma tal que el rol adquirente será desempeñado, respecto de ellos, autónomamente y a nombre propio por Transbank, sin necesidad de mediar un contrato de operación con el respectivo emisor y con cobros a ser efectuados directamente por Transbank de acuerdo al M4P. Respecto de cualquier emisor que a la fecha no haya concurrido con su voluntad para la terminación de los referidos contratos, Transbank le dará aviso de término anticipado dentro del plazo de 3 días hábiles contados desde la suscripción de este Acuerdo”.

Tarifario de manera previa a los cientos de miles de comercios clientes de Transbank (todo ello acreditado en el cuarto otrosí mediante un resumen de tales actos y su ubicación en el tiempo); esto es, en conocimiento de todos estos antecedentes que habían sido supervisados por la FNE⁵, siguiendo la delegación –reiteramos– del propio H. Tribunal, dictó la resolución de inicio de este procedimiento a folio 11, resolución que reconocía con claridad meridiana e indudable todo lo anterior: reconocía que el Sistema Tarifario de Transbank ya se había implementado transparentemente desde el 1° de abril de 2020 y era por lo tanto **existente**; caratuló estos autos, dando cuenta clara de su objeto como “**Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020**”; y, no ordenó suspensión alguna de tal Sistema Tarifario, reconociendo que ya se había puesto en marcha. Con ello, el H. Tribunal indicaba al mercado y al *sistema* de pagos con tarjetas de Chile, a sus agentes económicos y a sus autoridades, perfectamente lo que entendía, esto es que se iba a pronunciar sobre un Sistema Tarifario **existente**, ya implementado bajo la supervisión de las autoridades sectoriales y de la FNE, en base a las competencias de éstas, pero cuyo contenido se sometía a la decisión definitiva del H. Tribunal en cuanto a si el mismo era acorde o no a la libre competencia, como bien lo autoriza el artículo 18 N°2 del DL 211.

Tan claro era todo lo anterior, que la FNE dio por cerrada su supervisión del cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, sin imputar por supuesto infracción alguna a Transbank, archivando entonces la investigación respectiva, asociada a la verificación de tal cumplimiento⁶. Y tan cierto es que el mercado completo, el *sistema* íntegro de medios de pago de Chile, entendió perfectamente y acogió lo ordenado e interpretado entonces por el H. Tribunal, que ni una sola entidad, persona ni una sola empresa, ni una sola autoridad pública, **de entre las 24** que aportaron antecedentes en el marco de esta Consulta, **ni una sola, nos permitimos repetir, teniendo toda la facultad para hacerlo, presentó recurso de reposición** respecto de la resolución que declaró admisible esta Consulta y que le entregó un determinado y preciso alcance y objeto a este procedimiento. Así es, H. Tribunal, cómo se consolidó el objeto de este proceso, a partir de allí inmodificable, inalterable, y de la misma manera se consolidaron las situaciones jurídicas y los actos jurídicos implementados por Transbank para el paso al M4P, cuya licitud definitiva, por supuesto, quedó sujeta a la decisión del H. Tribunal, una vez que la Consulta puso en marcha sus facultades decisorias. De esa manera H. Tribunal, respecto de la resolución de folio 11, que dio inicio a este procedimiento, y fijó su objeto o ámbito material, operó el desasimiento, lo que significa que el H. Tribunal no podría modificar o alterar con posterioridad su contenido, a riesgo de violentar normas procesales de orden público.

Ya estamos en pleno septiembre de 2020, H. Tribunal. **Han pasado cerca de seis meses desde el funcionamiento de Transbank en un M4P bajo la supervisión de las autoridades competentes**, sin perjuicio de la vigencia de la medida transitoria de congelamiento de tarifas a ciertos comercios por un período, destinada a facilitar, en lo que a ellos respecta, el paso que significa el cambio de un M3P a un M4P. Eso se ha hecho con la supervisión de la FNE y pleno conocimiento del H. Tribunal. Es más, se ha hecho al alero de la resolución de inicio del procedimiento del H. Tribunal que dejó en claro el objeto del proceso de Consulta y el hecho

⁵ Basta ver, a modo de ejemplo, el Oficio N°0556 de la FNE, en el marco de la Investigación Rol 2515-18, que solicitó una detallada información a Transbank sobre todos los actos jurídicos asociados a la migración a un M4P.

⁶ Resolución de Archivo de 10 de junio de 2020, Investigación Rol N°2605-20.

de que el Sistema Tarifario era **existente** –y así lo entendía bien el H. Tribunal en tal resolución de inicio–; se había iniciado el 1° de abril de 2020, esto es, antes de la presentación de la Consulta, bajo la fiscalización de la FNE en calidad de órgano al que Transbank había ocurrido para la supervisión del cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema conforme al DL 211, en base a la opinión emitida por el mismo H. Tribunal.

Todo lo anterior demuestra que el H. Tribunal, al fijar el objeto del proceso (no objetado vía reposición por ni uno solo de los intervinientes, en la oportunidad procesal que tenían al efecto) entendía que el Sistema Tarifario, como se había expresado transparentemente tanto en el AE como en la Consulta misma, ya se había implementado, y comprendía también que, respecto de un Sistema Tarifario implementado, su rol evidentemente era constatar su consistencia o no con la libre competencia entendiendo que lo que se había sometido a su decisión era la licitud bajo el DL 211 de hechos y actos existentes (el Sistema Tarifario) según lo autoriza expresamente el 18 N°2 del DL 211, que precisamente otorga a un consultante la facultad soberana de solicitar el pronunciamiento del H. Tribunal respecto de “hechos, actos o contratos existentes”.

Es importante notar H. Tribunal, que **en base al claro texto del artículo 18 N°2 del DL 211, los hechos, actos o contrato sólo pueden ser “existentes” o “por celebrarse”, no siendo dable crear categorías intermedias** por no estar éstas contempladas en la ley, y resulta claro que en este caso el Sistema tarifario era “existente” pues ya se había implementado y se habían desarrollado (incluso antes del AE) todos los actos jurídicos al efecto, como se demuestra en el cuarto otrosí; esto es, la terminación de los contratos de operación y mandatos adquirentes con los emisores, la celebración de contratos de licencia con las Marcas, la notificación de los cambios tarifarios a los comercios, la supervisión regulatoria del BCCh y de la CMF, no quedando absolutamente nada “por celebrarse” que es la única hipótesis bajo la cual el artículo 18 N°2 del DL 211 considera que se estarían consultando hechos “futuros”. Bajo el DL 211, entonces, cuyo tenor es claro y obliga al H. Tribunal, lo que “manda” es que los hechos, actos o contratos ya se hayan celebrado o implementado antes del momento de la consulta, siendo sólo eso lo que determina que se está en presencia de una consulta sobre hechos “existentes” en contraposición a “por celebrarse”, independientemente de los efectos futuros de las conductas, que todas las tienen, pues es de la esencia de cualquier hecho, acto o contrato, de la naturaleza o jurídica, exhibir efectos que se extienden en algún momento del tiempo. Pero esto último no es lo relevante para efectos del artículo 18 N°2 del DL 211, sino que lo es el hecho de que se hayan consultado –como en este caso– hechos, actos y contratos “existentes” (el Sistema Tarifario) y en ningún caso “por celebrarse”.

Luego, y ello resulta claro en la Consulta, **no es el paso al M4P lo que se sometió a consulta al H. Tribunal pues el único organismo competente en Chile para determinar si estamos o no en un M4P es el BCCh, quien tiene a su cargo la elaboración e interpretación de la normativa financiera sobre medios de pago**. Y es el BCCh, quien se pronunció con claridad meridiana al respecto (y doblemente, pues lo reiteró en este proceso a folio 72), así como lo hizo con la misma claridad el otro órgano encargado de fiscalizar este mercado como lo es la CMF (folio 149). De la misma manera lo hizo la FNE, en su calidad de órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, incluida aquella sección de la misma que indicaba que el antiguo plan de autorregulación de tarifas hacia los comercios y los emisores del

M3P de Transbank (“PAR”) sólo era exigible hasta que se hubieran dictado todas las regulaciones propias del M4P, lo que la FNE constató y afirmó con claridad y formalmente en el texto del AE y reiteró en autos a folio 103; de manera que la existencia de las regulaciones propias del M4P que determinaban la inaplicabilidad del PAR, de acuerdo a los términos de la misma Sentencia Corte Suprema, ya era un hecho jurídico regulatorio constatado por las tres autoridades a cargo de la materia, el BCCCh, la CMF y la FNE, de manera unánime, a la fecha de la dictación de la Resolución Incidentada. Por eso es un error de la Resolución Incidentada el implicar que la existencia del M4P sería supuestamente lo sometido a consulta. No. **Lo que se sometió a consulta, es si el Sistema Tarifario existente e implementado por Transbank bajo la supervisión de la FNE (lo que se evidencia en que los términos del AE básicamente se repitieron en la Consulta con ajustes menores destinados a profundizar las medidas pro-competencia y no lo contrario) para la autorregulación por la Compañía de sus tarifas de *margen adquirente*, que son las únicas que le empecen en un M4P ya existente y constatado, se encuentra acorde a la libre competencia. Tampoco se ha sometido a consulta el cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, pues ello se presentó al H. Tribunal a propósito del *cumplase*, como se ha explicado, y es este H. Tribunal el que indicó a Transbank a ajustarse directamente a las normas del DL 211,** mandato en virtud del cual la Compañía se entregó a la supervisión de dicho cumplimiento por la FNE, con quien se suscribió un AE que luego esta Consulta en gran parte reproduce (y que llevó a la FNE a archivar la investigación en virtud de la cual inspeccionó dicho cumplimiento).

Siendo lo anterior así, H. Tribunal, le pedimos respetuosamente entender nuestra consternación. Resulta que por medio de la Resolución Incidentada, casi seis meses después del inicio del Sistema Tarifario ya *existente*, cuando las transacciones de las millones de operaciones con tarjetas se han hecho bajo este modelo con pleno conocimiento y supervisión de todas las autoridades competentes, cuando es indudable que el Sistema Tarifario no es uno “por celebrar” en los términos del artículo 18 N°2 del DL 211, el H. Tribunal viene en *aclarar*, cuando han vencido sobradamente los plazos para interponer recursos de reposición respecto de la resolución que dio inicio a este procedimiento con un cierto objeto y contenido, la resolución de folio 158 y, como consecuencia, de aquella de folio 11 (que esta última a su vez interpretaba). Con ello **viene a alterar o modificar la resolución de folio 11 que sirve de base para el pronunciamiento de la resolución definitiva, al fijar el objeto del proceso, respecto de la que operó el desasimient**⁷, entendido éste como el efecto que producen las resoluciones en virtud del cual, una vez notificadas, no pueden ser modificadas o alteradas de manera alguna por el tribunal que las pronunció.

En efecto, la Resolución Incidentada infringe la institución de la preclusión a que da lugar el desasimient, puesto que a través de la supuesta *aclaración* modifica todo lo resuelto hasta la fecha, afirmando en la Resolución Incidentada que, en realidad, nunca se debió haber pasado al M4P y se debe aplicar el PAR propio del M3P; que todo el proceso desarrollado bajo la supervisión de la FNE se debiera dar por esfumado; que se retrotrae un Sistema Tarifario

⁷ Señaló la resolución de folio 11, en lo pertinente: “Al folio 9: a lo principal, se da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (‘D.L. N° 211’) respecto de la consulta formulada por Transbank S.A. (‘Transbank’ o la ‘Consultante’) consistente en determinar la conformidad con la libre competencia del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020 (...)”.

existente; no se suspende, sino que se anula, retrotrae, invalida todo lo hecho para pasar al M4P, todo lo realizado bajo la supervisión de la FNE, el BCCh, la CMF, para cumplir adecuadamente con la Sentencia Corte Suprema (habiéndose dictado todas las regulaciones pertinentes para el M4P a las que se refirió la Excm. Corte Suprema); e indica, violando así –lo decimos respetuosa pero claramente– el tenor del artículo 18 N°2 del DL 211 y del AA N°5 que en ninguna de sus secciones autoriza un actuar del H. Tribunal que imponga un efecto retroactivo que lleve a ordenar deshacer actos, contratos y situaciones jurídicas previas a la presentación de una consulta; algo que incluso ninguna medida precautoria en un proceso contencioso podría hacer, al ser las medidas precautorias conservativas o suspensivas de ciertos efectos pero nunca anuladoras o retrotraedoras –no podrían jamás serlo, precisamente por la tutela de una básica certeza jurídica del conjunto de los actores involucrados, por el respeto a las situaciones jurídicas consolidadas y a los derechos adquiridos–. Si el AA N°5 establece una especie de *cautelar implícita*, en el sentido de que no se ejecuten actos futuros o no se concluyan los efectos de actos existentes, la interpretación más estricta posible de ese AA N°5 (incluso entendiendo que alteraría ilegalmente el contenido de la resolución de inicio de este procedimiento respecto de la que operó el desasimiento) sería que la etapa definitiva del Sistema Tarifario consistente en la determinación del *margen adquirente* de Transbank de acuerdo a lo propuesto en la Consulta, no se implemente mientras no conste la anuencia del H. Tribunal. Pero en ningún caso, ello pudiera suponer que el H. Tribunal interpretara el referido AA N°5 en un sentido tal de anular el tránsito de Transbank al M4P, que es algo que ya ha hecho de acuerdo a la normativa sectorial que expresamente le autoriza a ello y bajo la supervisión de la FNE y las autoridades sectoriales; **ni tampoco de exigirle volver a aplicar el PAR cuando el PAR era propio de un M3P y ahora Transbank está bajo un M4P evidentemente incompatible en su estructura y naturaleza más profunda con el PAR**; PAR que por lo demás la Excm. Corte Suprema sólo ordenó aplicar para el M3P pero nunca para el M4P, pues entendió perfectamente que era incompatible con la estructura normativa y tarifaria de tal M4P bajo el cual opera Transbank hoy, razón por la que sujetó la aplicación del PAR a una condición resolutoria: la entrada en operación del M4P.

En suma, **H. Tribunal, la Resolución Incidentada infringe normas procesales de orden público, no cumple con el mandato del artículo 18 N°2 del DL 211 ni con el AA N°5, y adopta decisiones que alteran de manera sistémica el funcionamiento mismo del mercado financiero**, y de manera catastrófica, atribuyéndose al efecto competencias que no son del H. Tribunal, sino que del BCCh y de la CMF.

Explicado lo anterior, H. Tribunal, la Resolución Incidentada es catastrófica en sus dimensiones jurídicas y económicas.

Lo es en su dimensión jurídica al **(i)** ir contra los propios actos del H. Tribunal cuando éste ordenó a Transbank dar cumplimiento a la Sentencia Corte Suprema, proceso en el cual Transbank se sometió a la supervisión de la FNE y migró al M4P de una manera que se reconoció en el AE por la entidad a cargo de la supervigilancia del cumplimiento de las sentencias en materia de libre competencia; **(ii)** imponer a Transbank la aplicación del PAR del M3P yendo contra el texto expreso de la Sentencia Corte Suprema que entendió que el PAR no era aplicable cuando se hubieran dictado todas las normas propias al funcionamiento del M4P, así interpretado por lo demás por la FNE –ente al cual se encargó la supervisión del cumplimiento

de la Sentencia Corte Suprema— e indicado por ésta en estrados a este H. Tribunal en el marco de la vista de la causa referida al AE⁸; **(iii)** alterar radicalmente, a través de una *aclaración* temporalmente inoportuna, y que modifica una resolución en contra de la regla de desasimiento que se impone al H. Tribunal, aquello que se ordenó en la resolución que dio inicio a estos autos y que fijó su objeto a folio 11; **(iv)** modificar el contenido de la resolución de inicio del procedimiento, no repuesta por ningún interviniente, que fijó inalterablemente el objeto de este proceso y sobre cuya base siguieron avanzando, profundizándose y multiplicándose las millones de transacciones y numerosas relaciones jurídicas bajo el M4P; y, **(v)** violentar el texto del artículo 18 N°2 del DL 211 y del AA N°5 de manera grave pues este último jamás contempló que su aplicación diera lugar a efectos retroactivos y que obligaran a deshacer y anular situaciones consolidadas y derechos adquiridos, incluso anteriores a la presentación de la respectiva consulta.

Y lo es en su dimensión económica porque: **(i)** como se indicara en la Consulta, el PAR del M3P simplemente es inaplicable en el contexto de un M4P cuyas estructuras tarifarias son totalmente incompatibles con aquellas del PAR, que suponían que la fijación del *merchant discount* (“MD”) estaba entregado al control económico de Transbank, lo que simplemente ya no sucede en el M4P en que Transbank sólo cobra su *margen adquirente*, siendo el MD una tarifa compuesta en muy menor medida por ese *margen adquirente*, y en grandísima medida por tarifas de costos de marca y muy especialmente TI (con valores diferenciados por rubro, tipo de tarjetas, canales de venta y volumen de ventas) que son fijadas exclusivamente por las Marcas y se destinan al patrimonio de los emisores bancarios y no bancarios; **(ii)** porque Transbank ya migró al M4P, operativa y contractualmente, por lo que ya no es mandataria de los emisores, de manera irreversible; en cambio es licenciataria de las Marcas, y simplemente no está en posición jurídica de aplicar el PAR pues ya no cuenta con las autorizaciones legales al efecto, con lo que se le pone en un imposible económico y jurídico al exigirle que aplique un PAR ya inexistente y cuyas bases contractuales y económicas han desaparecido; **(iii)** porque volver a aplicar el PAR implica retroceder al M3P —no habiendo forma de aplicar el PAR para el M4P pues sus contenidos tanto en la relación con comercios como con emisores chocan frontalmente con cómo funciona el M4P—, lo que implicaría anular, revertir, dar marcha atrás a todo lo hecho, y reliquidar y compensar millones de transacciones con un impacto de cerca de 21.553 millones de dólares de Estados Unidos de América, no sólo entre Transbank y sus contrapartes, sino que entre esas contrapartes y terceros, con distintos efectos económicos a favor o en contra de esos terceros, que ellos además van con certeza a disputar judicialmente cuando se trate de efectos económicos en su contra, lo que dará lugar —como intento, pues su destino es el fracaso— a un caos contractual y regulatorio, con impensables costos de transacción y costos para la estabilidad del sistema de pagos. H. Tribunal, no se llega y retrotrae sin más todo el funcionamiento de casi seis meses de un sistema nacional de pagos sin gravísimas consecuencias económicas y sistémicas de tal magnitud que son imposibles de predecir y en cuyos riesgos de ocurrencia es esencial escuchar a autoridades tales como el BCCh, encargado de velar por la seguridad sistémica del sistema de medios de pago de Chile, y la CMF. Tampoco corresponde al H. Tribunal determinar regulatoriamente el destino del M4P en Chile, el cual ya está irreversiblemente en funcionamiento, bajo el estrecho mandato y supervisión del BCCh y de la CMF.

⁸ Alegato de la FNE en audiencia pública de fecha 16 de abril del presente, minuto 18:44 hasta el minuto 19:59. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7rEh br 2qo&t=4445s> [Fecha de última consulta: 7 de septiembre de 2020].

Con una imposición de retrotraer todo el sistema de tarjetas de pago por casi seis meses de funcionamiento en un M4P, como la que indica la Resolución Incidentada, se pone en riesgo a uno de los sistemas económicos más complejos del mercado nacional, retrocediendo todo lo avanzado en el paso al tan deseado M4P bajo la supervisión de todas las autoridades competentes en Chile, y ello a pretexto de una *acclaración* dictada fuera de plazo y que modifica, ilegalmente y contra el tenor del AA N°5, el contenido de una resolución de inicio de procedimiento –que declaró la admisibilidad de la Consulta y fijó el objeto de aquel–, dictada hace ya cuatro meses (la resolución de folio 11). Se trata, permítasenos, de una verdadera pesadilla regulatoria.

Se trata de una situación, H. Tribunal, que no sólo pone a Transbank en un imposible jurídico y al sistema en un imposible económico; no sólo viola los derechos de Transbank de una manera inusitada, desconociendo que siguió todo un camino institucional desde la Sentencia Corte Suprema, en que en cada paso respetó lo ordenado y supervisado por las autoridades competentes, incluido el H. Tribunal, lo que la Resolución Incidentada desconoce; sino que pone además en una situación de incertidumbre catastrófica a todo el modelo de medios de pago de Chile, que necesariamente presenta intereses contrapuestos entre sus distintos actores y en que un cambio de modelo, con los enormes costos a que daría lugar –peor si es retroactivo– por definición, afectará de una manera a algunos y beneficiará a otros, con la incertidumbre y litigiosidad a que ello –de una manera totalmente innecesaria– daría lugar; sino que también representa una violación a distintas normas procesales aplicables, particularmente las relativas al desasimio del tribunal que son de orden público, y al mismo artículo 18 N°2 del DL 211 y al AA N°5 del H. Tribunal, por lo que rogamos respetuosamente al H. Tribunal que, considerando todo lo que aquí se ha expuesto, enmiende su error y acoja este fundado incidente de nulidad, volviendo al texto y espíritu original de la resolución –ya afinada y firme– de folio 11 que dio inicio a este procedimiento.

Dicho lo anterior, H. Tribunal, como se mostrará en lo que sigue, además de suponer un imposible jurídico y económico y de infringir el propio AA N°5, los efectos sistémicos de la Resolución Incidentada –ni hablar de aquellos para la Compañía– son incalculables. Y esto no es incurrir en teorías del caos; es simplemente anticipar qué sucedería –si fuera posible– de aplicarse un plan de autorregulación o PAR –cuya esencia, como lo señaló la propia Excma. Corte Suprema, es para un M3P– a un escenario de operación bajo el M4P, en donde Transbank ya se encuentra inmersa hace meses, donde ya no actúa por mandato de los emisores bancarios y también no bancarios –y esto es irreversible– y debe en cambio remunerarlos con una TI fijados exógenamente a la Compañía. En suma, se nos pide ponernos en un escenario en que Transbank vuelva a operar bajo un M3P, lo que es sencillamente imposible en lo jurídico y económico (y tributario) y contradice abiertamente el objeto perseguido por la Sentencia Corte Suprema.

En esto queremos hacer un paréntesis: es fácil jugar a la confusión señalando –majaderamente– que Transbank y los emisores serían “lo mismo” y que sería irrelevante lo que se decida, pues saldría de un bolsillo (el de Transbank) para entrar al otro (el de los emisores, supuestamente dueños todos de Transbank). Eso es derechamente falaz. Transbank entrega hace décadas, y por instrucción de este mismo H. Tribunal en su sentencia N°29/2005 exactamente el mismo trato a emisores bancarios y no bancarios, accionistas y no accionistas de la Compañía; y existen

diversos emisores que no son accionistas de Transbank (como, por ejemplo, CAR/Banco Ripley, Coopeuch, ABC Din, La Polar, Caja de Compensación Los Héroes, Tenpo, entre otros). Luego, la participación accionaria en Transbank ninguna relación tiene con la participación de mercado de los emisores bancarios y no bancarios en el lado emisor, por lo que simplemente no existe esta simetría que algunos falazmente pretenden. Por ejemplo, en el caso de Banco Falabella, éste tiene un 0,000003% de las acciones de Transbank. Sin embargo, dicho emisor representó un [10%-20%]⁹ de los montos pagados por concepto de TI desde abril a julio de 2020, bajo el M4P. Podemos mencionar también el caso de Banco Estado, que tiene un 8,7% de las acciones de Transbank y, sin embargo, representó, durante el mismo período, un [20%-30%] de los montos pagados por concepto de TI, en el M4P. Cabe considerar también que Banco Santander-Chile, segundo mayor accionista y uno de los principales emisores de tarjetas, ha puesto a la venta su participación accionaria en Transbank y delegado la administración de su interés en la Compañía a CrediCorp Capital Chile S.A., actuando en forma totalmente independiente a Transbank, lo que consta en su aporte de antecedentes en este proceso.

Adicionalmente, Transbank es una empresa que cuenta con una administración autónoma, un directorio compuesto íntegramente de personas independientes en base a las exigencias de la regulación sectorial¹⁰, y que tiene por deber fiduciario el llevar adelante una operación sustentable; lo contrario implicaría ponerla en la posición normativa de exigirle llevar adelante una operación predatoria en contradicción de sus obligaciones fiduciarias –y de libre competencia– para subsidiar a otros, lo que resulta no sólo totalmente absurdo sino que incompatible con la mayor competencia que se persigue produzca el M4P (cuyos distintos adquirentes deben pagar las TI y costos de marca impuestos por las Marcas y por lo tanto enfrentan similar curva de costos que Transbank en este aspecto).

Transbank ha manifestado abierta y formalmente hace años, verbalmente y por escrito, que estima que las TI fijadas por las Marcas se encuentran desajustadas con la realidad nacional, entregando al efecto su opinión técnica e independiente en cuanto adquirente. Ello le consta a la FNE y también al H. Tribunal por cuanto ha sido la posición inalterada y pública de Transbank desde su aporte de antecedentes en el año 2014 en el proceso que culminó en la dictación de la Proposición N°19/2017, hasta la Consulta¹¹. Y cuando en esta presentación se habla de los graves efectos sistémicos a que dará lugar la Resolución Incidentada se hace desde la convicción experta y propia de Transbank, no representando a nadie más que a sí misma.

Es en esa convicción que sostenemos que se hace imperioso que el H. Tribunal revierta –con urgencia– lo resuelto en la Resolución Incidentada, dejándola sin efecto y en su lugar permitiendo que rija la interpretación original y que debiera ser inmutable dado que se encuentra firme y

⁹ Aunque se trata de información pública, por razones de prudencia se ha preferido utilizar un intervalo en éste y el caso siguiente.

¹⁰ CMF, Circular N°3.618 de 09 de febrero de 2017, Título III.6.

¹¹ De hecho, en las bases de acuerdo presentadas ante la Excma. Corte Suprema, con fecha 13 de diciembre de 2019, que Farmacias Ahumada S.A. y Walmart Chile S.A. bien conoce, Transbank concurrió a la siguiente declaración: “5. Todos los Intervinientes coinciden en el hecho de que las tasas de intercambio y los costos de marca de las Marcas internacionales fijados para Chile -con particular énfasis en el caso de algunas Marcas-, son muy altos en relación a la realidad nacional, y se encuentran por ello desajustados por exceso con los MD vigentes en el país, siendo incluso las tasas de intercambio de algunos rubros por sí solas superiores a los MD vigentes y, además, mantienen diferencias significativas entre distintas categorías de comercio o tipos de transacciones (presenciales y no presenciales)”.

ejecutoriada, que es la única consistente con la realidad de los hechos, y que es la que entregó el H. Tribunal en la resolución de folio 11 que dio inicio a este procedimiento, en cuanto a que el Sistema Tarifario empezó a operar el 1° de abril pasado, de manera que no es un acto “por celebrarse” en los términos del artículo 18 N°2 del DL 211 y por lo tanto a su respecto no rige el efecto suspensivo del inciso segundo del acuerdo tercero del AA N°5; y que, sólo en subsidio, en el peor de los casos, contra nuestra convicción e incluso con las pérdidas que ello provoca a Transbank, se reconozca que el Sistema Tarifario da cuenta de actos ya existentes con ciertas etapas (ya informadas) futuras y, en base a ello, se mantenga la etapa transitoria del Sistema Tarifario hasta la resolución de fondo de la Consulta, suspendiéndose sólo la implementación de la etapa definitiva, lo que además garantizará que no existirán alzas de precios a comercios ni a proveedores de servicios de procesamiento de pagos (“PSP”) en el tiempo intermedio y se posibilite así el adecuado funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas, sin hacer retroceder todo lo enormemente avanzado en el país, para pasar al M4P en cumplimiento de las exigencias sectoriales del BCCh y la CMF y aquellas de las autoridades de libre competencia de Chile.

Todo lo indicado resumidamente hasta ahora se explica en más detalle en lo que sigue.

II.

El camino regulatorio de Transbank: cómo se ha llegado a este momento con consecuencias sistémicas de proporciones

II.1. La Sentencia Corte Suprema

Como bien se sabe, con fecha 27 de diciembre de 2019, y después de un proceso de conciliación en que Transbank y otros intervinientes suscribieron unas bases de acuerdo que establecían precisamente los principios para la migración al M4P –mismos principios que fueron recogidos en el Sistema Tarifario–, la Excm. Corte Suprema revocó la Resolución N°53/2018 (“Resolución N°53”) dictada en el expediente Rol NC N°435–2016, disponiendo que:

“Por no resultar compatible con la normativa de libre competencia, Transbank deberá adaptar el Plan de Autorregulación Tarifaria a las instrucciones contenidas en el presente fallo, conforme a las cuales habrá de establecer merchant discounts públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley, respecto de los cuales, además, no podrá diferenciar por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos predeterminados, categorías ni por rubros a los comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito o de débito.

Esta determinación se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante¹².

Esto implicó que la Sentencia Corte Suprema entregaba una clara *opción* o *alternativa*, como lo indicara la FNE a este H. Tribunal en estrados en relación a la vista del AE. La primera, de carácter pura y simple, suponía que de mantenerse Transbank operando bajo un M3P debía adaptar su PAR bajo los criterios fijados en la propia Sentencia Corte Suprema. La segunda, sujeta a una condición, se ponía en el caso de que Transbank, y en general el sistema en su

¹² Énfasis añadido. En lo sucesivo, todos los énfasis han sido incorporados salvo que se indique expresamente lo contrario.

conjunto, pudiera operar bajo un M4P, habiéndose dictado las regulaciones al efecto. Esta interpretación ha sido claramente expuesta por la FNE, en su carácter de entidad a cargo del cumplimiento de las sentencias en materia de libre competencia en aplicación del artículo 39 letra d) del DL 211, como se explicará *infra*.

En esa misma decisión, es importante decirlo, la Excm. Corte Suprema dejó en evidencia que cualquier autorregulación de tarifas de Transbank debe permitir su autofinanciamiento, no siendo dable exigirle asumir pérdidas o afectar su sustentabilidad, como sucedería precisamente de seguirse lo dispuesto en la Resolución Incidentada (esto último, al ser totalmente incompatible regirse por tarifas propias del M3P, según lo indica dicha Resolución Incidentada, cuando ya se pagan por la compañía TI y costos de marca fijadas por las Marcas, con el valor que ellas tienen actualmente, y que ya conoce bien el H. Tribunal):

“[Un] adecuado sistema de autorregulación (...) habría de permitir a la empresa autofinanciarse, debiendo reflejar sus ingresos los costos de los servicios que presta”.

II.2. Entonces Transbank cumplió: presentó al H. Tribunal un plan de cumplimiento para una operación bajo el M3P y para el M4P

En cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema –y sobre la base de que las regulaciones pertinentes para el M4P a las que aludió la Excm. Corte Suprema ya se encontraban vigentes, según fue confirmado mediante el Oficio Ord. N°507 BCCh¹³, y ratificado por éste en su aporte de antecedentes en esta causa en el folio 72¹⁴– con fecha 13 de febrero de 2020, Transbank presentó al H. Tribunal su plan de cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema.

Dicha presentación buscaba obtener certeza jurídica de parte del H. Tribunal en cuanto al cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema por la Compañía, al mismo tiempo que demostró la genuina voluntad de Transbank de cumplirla y respetar también los pronunciamientos anteriores del H. Tribunal, esto último tanto en lo que respecta a los criterios que debía seguir la determinación de los MD –Resolución N°53– en lo relativo al M3P, como a los criterios con los que se debía tarifcar el M4P –el que el H. Tribunal había planteado como el deseable para Chile,

¹³ Señaló el Oficio Ord. N°507 que: “[l]a normativa general indicada en materia de emisión y operación de Tarjetas de Pago, ya contempla las regulaciones pertinentes para el funcionamiento en el país del llamado ‘modelo de cuatro partes’, en lo referido a las normas que al BCCh le corresponde dictar. Al respecto, cabe dejar constancia que la implementación y puesta en marcha del modelo de cuatro partes en Chile, corresponde a una finalidad que el Instituto Emisor ha promovido consistentemente desde la dictación de la nueva regulación que permite su adopción, lo que se inserta dentro de una perspectiva general de políticas públicas tendientes a favorecer el desarrollo de nuevas redes de adquirencia y su interoperabilidad, que puedan contribuir al desarrollo y competitividad del mercado de pagos minoristas, junto a una mayor inclusión financiera, sin descuidar la adopción de los resguardos necesarios para cautelar la cadena de pagos”.

¹⁴ En su Oficio N°635 de fecha 9 de julio de 2020, en que aportó antecedentes a este procedimiento, el BCCh señaló explícitamente que: “Las modificaciones normativas del año 2017 permitieron que emisores y operadores de tarjetas de pago se organicen en lo que se ha denominado como el modelo de cuatro partes (M4P). Aun cuando en el CNF no hay una utilización explícita del concepto de M4P, la regulación en aquél contenida favorece su implementación. Es por ello que tanto dicho concepto, como su alcance fueron explicados por el BCCh en las minutas técnicas que se acompañaron al proceso de desarrollo normativo y se pusieron a disposición del público y el mercado en los procesos de consulta pública y luego con motivo de la publicación de la normativa respectiva. Lo anterior también fue señalado en el Oficio Ordinario N° 507 del 3 de marzo de 2020, dirigido por el BCCh a Transbank S.A., el que forma parte de los anexos de esta consulta. En este sentido, el nuevo Capítulo III.J.2 del CNF, sobre operación de Tarjetas de Pago, que centra el objeto de la regulación aplicable a los operadores en la liquidación de pagos a los comercios afiliados, permite estructurar el funcionamiento del M4P como una de las modalidades elegibles para la operación de Tarjetas de Pago, lo que implica establecer una relación contractual con al menos un Titular de una Marca de Tarjetas”.

y aquél al que se debía migrar conforme lo indicado en su Proposición N°19/2017– (“Proposición N°19”), el que a esas alturas se estaba ya empezando a implementar por Transbank.

II.3. Pero el H. Tribunal no aceptó conocer el plan de cumplimiento y derivó el asunto a la vigilancia de la FNE conforme con el artículo 39 letra d) del DL 211

Con fecha 4 de febrero de 2020, el H. Tribunal rechazó una solicitud de cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema presentada por la FNE, señalando:

“A fojas 1697: **a todo**, no ha lugar, atendida la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (‘D.L. N° 211’), las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no son aplicables. **El artículo 39 letra d) del D.L. N° 211 confiere a la Fiscalía Nacional Económica la potestad de velar por el cumplimiento de las decisiones que dicte este Tribunal**; entre ellas, la posibilidad de iniciar un procedimiento regulado en los artículos 20 y siguientes del mencionado decreto ley por un eventual incumplimiento de la resolución dictada en un procedimiento de consulta”.

Por su parte, con fecha 25 de febrero de 2020, de manera consistente, el H. Tribunal dictó una resolución denegando la solicitud de Transbank de tener por cumplido lo ordenado por la Sentencia Corte Suprema, argumentando que:

“(i) la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del Decreto Ley N°211 (‘D.L. N°211’) implica que las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no son aplicables; y (ii) a mayor abundamiento, un eventual procedimiento de ejecución de la resolución no puede ser iniciado por el obligado por ella, quien debe, simplemente, proceder a cumplir sus obligaciones”.

Tanto la resolución de 4 de febrero de 2020 (“*El artículo 39 letra d) del D.L. N° 211 confiere a la Fiscalía Nacional Económica la potestad de velar por el cumplimiento de las decisiones que dicte este Tribunal*”) como la segunda parte de la resolución de 25 de febrero de 2020 (“*un eventual procedimiento de ejecución de la resolución no puede ser iniciado por el obligado por ella, quien debe, simplemente, proceder a cumplir sus obligaciones*”) tenía un corolario evidente, prácticamente una delegación: Transbank debía dar cumplimiento a la Sentencia Corte Suprema y era la FNE, en aplicación del artículo 39 letra d), quien debía velar por dicho cumplimiento.

II.4. Entonces Transbank nuevamente cumplió: se acercó a la FNE, y ésta instó, en consistencia con la opinión de las autoridades sectoriales y los pronunciamientos previos del H. Tribunal, a pasar rápidamente a un M4P, suscribiendo un AE con obligaciones sumamente estrictas para la Compañía

Las resoluciones de 4 y 25 de febrero de 2020 del H. Tribunal en la causa Rol NC 435-16 sentaron las bases para que, en su afán de cumplir con la Sentencia Corte Suprema en forma consistente con los pronunciamientos anteriores del H. Tribunal, Transbank se acercara a la FNE y, aceptando la posición del organismo fiscalizador en cuanto a que se debía pasar con la máxima urgencia al M4P, desarrollara diligentemente todos los actos acorde a la normativa vigente con esos fines, los acreditara a la FNE y, sobre esa base, pudiera negociar con ésta los

términos de un AE, suscrito con fecha 31 de marzo de 2020, con el objeto de establecer los lineamientos para la determinación de las tarifas de la Compañía bajo el nuevo M4P vigente a partir del 1° de abril de 2020. **La fecha del 1° de abril de 2020 no fue casual ni obedeció a un capricho de Transbank o de la FNE. En efecto, en virtud de prácticamente la totalidad de los contratos de afiliación vigentes, las tarifas tienen una vigencia anual y se ajustan el 1° de abril de cada año, para lo cual Transbank debe enviar una comunicación a los comercios a lo menos con un mes de anticipación a esa fecha. No haberlo hecho para este año habría implicado una demora de un año más en el paso al M4P, lo que no era algo buscado ni deseado por los organismos de libre competencia ni las autoridades sectoriales (ni, en rigor, por la Excm. Corte Suprema a través de su Sentencia, ni para Transbank quien tenía genuino interés en cumplir con las exigencias de transitar a un M4P).**

El paso al M4P no lo fue por la decisión exclusiva de Transbank (como algunos intervinientes han querido hacer creer), sino que era el único camino posible a seguir en cumplimiento de la posición adoptada por la FNE y el H. Tribunal, así como por las autoridades sectoriales y ministeriales (incluida la mesa constituida por el Ministerio de Hacienda cuyo preciso objeto era la pronta implementación del M4P)¹⁵, que de manera unánime instaron decididamente por el M4P como un modelo de operación que permitiría imprimir mayor competencia al mercado nacional de adquirencia, reemplazando al tan criticado M3P¹⁶. El paso al M4P también lo era por decisión de los emisores bancarios y no bancarios que antes utilizaban los servicios de la Compañía bajo un M3P, para cuyos efectos le entregaban mandatos esencialmente revocables. Es un hecho público y notorio en este sentido que Banco Santander-Chile puso término al contrato de operación que lo vinculaba con Transbank con fecha 27 de septiembre de 2018¹⁷ y que, siendo éste un actor muy relevante en la emisión que ya había decidido operar en un M4P, no tenía sentido técnico, operacional, económico ni jurídico para Transbank intentar operar en un modelo mixto básicamente incompatible y con altos riesgos de *free riding* entre emisores. Con posterioridad, los contratos de operación y mandatos de afiliación de los emisores con Transbank se fueron todos resciliando, uno a uno.

Es así como, con fecha 7 de abril de 2020, y precisamente en cumplimiento de aquello que el H. Tribunal había resuelto en su resolución de 25 de febrero de 2020 –esto es delegar en la FNE la supervisión del cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema, incluyendo el modo de darle cumplimiento– Transbank y la FNE presentaron a aprobación del H. Tribunal el AE que se tramitó bajo el Rol AE N°17-2020. Dicho AE contenía las bases del Sistema Tarifario sometido actualmente a Consulta, aunque con algunas diferencias (principalmente en materia de duración del régimen transitorio para comercios de menor tamaño y régimen transitorio para los PSP).

¹⁵ Véase, a modo de ejemplo, noticia titulada “*Hacienda se reúne con la banca para delinear hoja de ruta del famoso modelo de cuatro partes de los medios de pago*”, publicada en El Pulso con fecha 26 de abril de 2019, disponible en <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/hacienda-se-reune-la-banca-delinear-hoja-ruta-del-famoso-modelo-cuatro-partes-los-medios-pago/629281/>> [Fecha de última consulta: 8 de septiembre de 2020].

¹⁶ Véase, escrito de la FNE de fojas 1.349 en expediente rol ERN N°20-2014; Banco Central de Chile, Minuta explicativa Modificaciones en normas sobre Emisión y Operación de Tarjetas de Pago, disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/2000178/Minuta_explicativa_10032017.pdf/4620519e-c892-a073-fa9c-aa4be48ed968?version=1.0&t=1574360467983 [Fecha de última consulta: 4 de septiembre de 2020].

¹⁷ Información disponible en: <<https://www.emol.com/noticias/Economia/2018/10/09/923314/Banco-Santander-se-independiza-de-Transbank-e-informa-que-no-renovara-contrato-de-adquirencia.html>> [Fecha de última consulta: 4 de septiembre de 2020].

Fue en ese contexto de negociación del AE y para acreditar a la FNE que ya se encontraba operando en el M4P, además, que Transbank y los emisores pusieron término a los contratos de operación y los mandatos de afiliación; la Compañía obtuvo –no sin un gran esfuerzo– las licencias adquirentes de las Marcas y actuó coordinadamente con Marcas y emisores en el trabajo proceso de migración tecnológica de los *bines* de las tarjetas emitidas –instando por su rápida ejecución frente a los terceros a cargo de las etapas actuales–; migración absolutamente necesaria para garantizar la interoperabilidad de Marcas y emisores bajo un M4P y con ello permitir que otros adquirentes puedan ofrecer sus servicios en relación con esas tarjetas, en provecho de la bancarización de todo el sistema.

Es decir, Transbank siguió a pasos sumamente acelerados su proceso de migración al actual M4P, ejecutando diligentemente todo aquello que estaba en su poder y esfera de control, todo lo cual quedó plasmado en el asentimiento de la FNE para celebrar el AE en los términos en que fue presentado a la aprobación del H. Tribunal, así como en la exposición pública de la FNE en la vista del AE –en su carácter de entidad encargada de la supervigilancia de las sentencias dictadas al alero del DL 211–, en que dejó en evidencia que, dentro de las *alternativas* contempladas por la Sentencia Corte Suprema¹⁸, la Compañía había estado dando adecuado cumplimiento a aquella *alternativa* consistente en la implementación de tarifas propias de un M4P, dado que las regulaciones pertinentes a ese modelo ya se habían dictado.

Es importante recalcar al H. Tribunal que toda esta nueva estructura contractual y migración tecnológica es actualmente irreversible; que no se puede deshacer, a riesgo de afectar severamente situaciones contractuales consolidadas y derechos adquiridos, pues no se pueden revivir contratos fenecidos que además dependen de terceros cuya voluntad es autónoma; y que desde la perspectiva operacional y tecnológica inclusive ya se está decididamente en un M4P, siendo simplemente imposible retroerse a un M3P pues los *bines* de las tarjetas ya se han migrado en un importantísimo porcentaje, con lo que la pretensión de la Resolución Incidentada de volver al PAR es imposible de ejecutar, tanto contractual como técnicamente, al ser ello incompatible con la situación de hecho actual que vive la industria (todos los adquirentes pagan TI y costos de marca, ya no existen contratos de operación y mandatos adquirentes con los emisores, se ha efectuado la coordinación de variadas entidades para la migración tecnológica y la interoperabilidad, el proceso de migración de *bines* está fuertemente avanzado y no es reversible, etc.).

En esto es importante recordar que la Excma. Corte Suprema, ya ha resuelto acerca de la imposibilidad de afectar derechos adquiridos de terceros en esta industria, lo que resolvió conociendo de un recurso de reclamación en una causa relativa a Transbank, derivada de la consulta presentada por el FNE ante el H. Tribunal en el año 2013:

“Que en este sentido resulta relevante subrayar la naturaleza y entidad de las medidas solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto por ellas **lo que se pretende es que, en definitiva, se modifiquen o extingan derechos emanados de contratos vigentes y de los que son titulares sujetos diferentes del ente público solicitante** (...)

¹⁸ Alegato de la FNE en audiencia pública de fecha 16 de abril del presente, minuto 18:44 hasta el minuto 19:59. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=7rEh_br_2qo&t=4445s [Fecha de última consulta: 7 de septiembre de 2020].

Dichas consecuencias no pueden ser conciliadas con el carácter no contencioso de la consulta que dio origen a esta causa, en tanto aquella cumple una evidente finalidad preventiva o correctiva de la actividad de los agentes económicos. Sin embargo, **la afectación de derechos vigentes y válidamente constituidos pugna con ese afán anticipatorio**, en especial si la dejación sin efecto aludida es decidida a través de un mecanismo procesal que no asegura a los interesados las garantías mínimas de un racional y justo procedimiento”¹⁹.

II.5. Pero el AE no fue aprobado por el H. Tribunal, al estimar que el procedimiento idóneo para conocer del entonces nuevo Sistema Tarifario era uno no contencioso

No obstante lo anterior, nuevamente la legítima aspiración de Transbank de obtener la necesaria certeza jurídica acerca de la compatibilidad con la libre competencia de la implementación de su Sistema Tarifario ya existente, se vio truncada al resolver el H. Tribunal, con fecha 29 de abril de 2020, que el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del DL 211 no era el adecuado para obtener un pronunciamiento sobre el fondo del Sistema Tarifario. Ello, en los siguientes términos:

“Undécimo: Que, a mayor abundamiento, en este caso particular el mercado de medios de pago con tarjetas es un mercado complejo, caracterizado como uno de dos lados (Resolución N° 53/2018, párrafo 151), con varios actores (emisores, marcas de tarjetas, comercios, proveedores de servicios para procesamiento de pagos, adquirentes, entre otros) y que, según indica el Acuerdo Extrajudicial, enfrenta un escenario de cambio de estructura desde un modelo de tres partes a uno de cuatro partes. Estas son cuestiones que requieren de una revisión profunda de los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal, que evidentemente no puede ser realizada en el presente procedimiento; (...)

Decimocuarto: Que, por todo lo señalado, el procedimiento establecido en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 no resulta la vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre la adopción del nuevo sistema tarifario sometido a su aprobación y las condiciones en que ha sido planteado;

Decimoquinto: Que, en virtud de lo anterior, no procede pronunciarse sobre el contenido del Acuerdo Extrajudicial”.

Es decir, lo que hizo el H. Tribunal el día 29 de abril fue instar a Transbank a la presentación de una consulta para someter a su revisión *“la adopción del nuevo sistema tarifario (...) y las condiciones en que ha sido planteado”*.

II.6. Entonces Transbank nuevamente cumplió: presentó la Consulta sobre hechos existentes, pues ya eran existentes incluso a la época del AE como se dejaba en evidencia en el texto de éste

La resolución del H. Tribunal en el proceso AE N°17-20 fue clara en establecer que si Transbank deseaba obtener un pronunciamiento definitivo sobre la compatibilidad con la libre competencia de su nuevo Sistema Tarifario, la vía idónea para hacerlo era a través de una consulta tramitada conforme al artículo 18 N°2 y 31 del DL 211.

De este modo, con fecha 13 de mayo de 2020, esto es, a pocos días de la resolución de rechazo al AE emitida por el H. Tribunal, Transbank se vio en la necesidad de iniciar un nuevo proceso (el tercer intento por obtener la aprobación del H. Tribunal), esta vez por medio de una consulta ante el H. Tribunal, solicitando en concreto una declaración, en lo pertinente, en el sentido que:

“1. El sistema tarifario vigente de Transbank S.A. para el actual modelo de cuatro partes objeto de esta consulta constituye un hecho, acto o contrato existente que no infringe las disposiciones del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.”.

Como se ve, entonces, de entre las dos únicas alternativas dispuestas por el artículo 18 N°2 del DL 211, Transbank dejó claro, desde el inicio, que el Sistema Tarifario era “*existente*” y no estaba “*por celebrarse*”, lo que resultaba evidente desde que el Sistema Tarifario suponía ya a esa fecha que Transbank había desarrollado todas las actuaciones, incluso tarifarias, propias del M4P –al que irreversiblemente había pasado– entre las cuales el pago de los costos de marca y TI, el cobro como único ingreso propio de un *margen adquirente*, todo ello en aplicación del engranaje contractual propio del M4P que ya estaba a esa época vigente (esto es, *existente*), en particular la vigencia de contratos de licencia con las Marcas en lugar de los antiguos contratos de operación y mandatos adquirentes (ya inexistentes).

Es importante recalcar, H. Tribunal, que dentro de ese Sistema Tarifario ya *existente*, se contempló por exigencia de la FNE (a propósito del AE y según consta en las declaraciones unilaterales del escrito que lo acompaña)²⁰ un régimen transitorio en cuanto al valor final de los MD, destinado a facilitar en lo económico el tránsito al M4P con menos sobresaltos para terceros comercios y PSP, el cual daría paso luego de un año al régimen definitivo, siempre propio del Sistema Tarifario ya diseñado, elaborado, comunicado, en una palabra, *existente*, presentado al H. Tribunal. Como lo ha constatado el H. Tribunal, se trató de una “*unidad*”, lo que es correcto, pero de una unidad “*existente*” y no de una por “*celebrarse*”. Insistimos en este punto que lo que hace algo “*existente*” es que no esté “*por celebrarse*”, y el Sistema Tarifario, con todos sus componentes económicos, contractuales y relacionales ya estaba implementado a la fecha de la Consulta, no cambiando en nada su carácter de implementado o *existente*, el hecho de que sus efectos se extendieran a futuro, pues eso es propio de cualquier acto o contrato de efectos diferidos, lo que no quita a esos actos o contratos el carácter de *existentes*.

Así lo entendió perfectamente el H. Tribunal.

Así, ante la Consulta, tramitada bajo el actual Rol NC N°463-2020, **con fecha 19 de mayo de 2020 y en el folio 11**, el H. Tribunal adoptó las siguientes decisiones: **(i)** la admitió a tramitación, resolviendo expresamente que: “[s]e da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (‘D.L. N° 211’) respecto de la consulta formulada por Transbank S.A. (‘Transbank’ o la ‘Consultante’) consistente en determinar la conformidad con la libre competencia del sistema tarifario

²⁰ “(iii) Si las tasas de intercambio fijadas actualmente por las marcas de tarjetas se traspasaran completamente a los comercios, esto provocaría un alza generalizada de comisiones a un grupo relevante de los clientes de Transbank, en perjuicio de estos y de los consumidores finales. (iv) El régimen excepcional y transitorio en virtud del cual Transbank absorberá las eventuales alzas del MD a los comercios como consecuencia del paso a un M4P, permite minimizar el impacto a los comercios, hasta la rebaja efectiva de las TI y costos de marca, sea de forma voluntaria o, como ha sucedido en otros países, vía regulación legal o decisiones judiciales”.

implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020”; (ii) no ordenó ninguna suspensión del Sistema Tarifario ya implementado al amparo del inciso segundo del acuerdo tercero del AA N°5, entendiendo que se trataba de una Consulta sobre hechos *existentes*, pues el Sistema Tarifario ya se había implementado y comunicado, habiéndose sometido a la decisión del H. Tribunal en calidad de “hecho, acto o contrato existente”; y, (iii) consistentemente, caratuló este procedimiento como “*Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020*”.

En paralelo, valga tener presente que, con fecha 10 de junio de 2020, la FNE archivó su investigación Rol 2605-20 sobre cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema. Es decir, fue la propia autoridad a quien el H. Tribunal delegó supervisar el cumplimiento de la Sentencia Corte Suprema quien determinó que ésta se cumplía bajo los términos de la Consulta —que recogían íntegramente el AE en que se indicaba que precisamente las regulaciones propias del M4P se habían dictado y que Transbank había desarrollado los actos jurídicos necesarios para someterse a un M4P—.

Ni uno solo de los 24 intervinientes que participaron aportando antecedentes en el proceso de autos presentó un recurso de reposición contra la resolución del H. Tribunal que dio inicio a este procedimiento de folio 11, con los contenidos recién indicados, con lo que dicha resolución quedó firme para todos los efectos a que hubiera lugar, fijando inalterablemente el objeto del proceso de autos; determinó el ámbito material sobre el que se desenvolvería el mismo; y generó expectativas estables, hace **ya casi cuatro meses**, para todos los actores del *sistema* que se desenvuelven en el M4P y que entendieron que el Sistema Tarifario ya se encontraba implementado y era *existente*, sin perjuicio de que su licitud en el ámbito de la libre competencia se hubiera sometido al análisis y decisión del H. Tribunal, configurándose con ello una certeza jurídica para todo el *sistema* que, sobre esa base desarrolló millones de actos sucesivos concatenados, cuya seguridad ahora la Resolución Incidentada viene gravemente a cuestionar.

Si el H. Tribunal hubiera estimado que el Sistema Tarifario era un hecho “*por celebrarse*”, que el mismo se debía suspender como resultado natural de tratarse de un sistema (conjunto de hechos, actos y contratos) futuro; o, peor aún, si el H. Tribunal hubiera estimado necesario —contra derecho en nuestra opinión— retrotraer el Sistema Tarifario para devolverlo a uno propio del M3P, lo debiera haber indicado en la primera resolución dictada en este procedimiento a folio 11, y en la carátula correspondiente, nada de lo cual hizo; y no hacerlo después de cuatro meses, a propósito de una impropia supuesta *aclaración*.

En un proceso judicial o incluso administrativo los actos previamente emitidos por un tribunal no son baladíes, pues entregan el orden consecutivo legal que a su vez otorga la confianza legítima sobre la que obran los sujetos participantes. Son los que determinan todo el curso y cauce consiguiente del procedimiento de que se trata; son los que generan y anclan derechos y expectativas, de manera que todos los participantes entienden que los actos sucesivos constituyen una continuación lógica de aquellos ya dictados, que los seguirán y avanzarán armónicamente en su respeto y consideración; y no que los negarán y anularán retroactivamente de manera sorpresiva. Esto último sería la negación misma del proceso como lo entendemos y

como lo regula nuestro CPC en base al principio de orden consecutivo legal. Y es lo que lamentablemente sucedió con la Resolución Incidentada que violó esas reglas procesales de orden público, además de incumplir con lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del DL 211 y en el AA N°5.

III.

La Resolución Incidentada se encuentra viciada de nulidad, al resultar ilegal y contrariar normas de orden público, por lo que este incidente debe ser acogido

III.1. La petición de Walmart Chile S.A., presentada fuera de plazo y el cambio sorpresivo por el H. Tribunal de su resolución de folio 11

No habiendo presentado recurso de reposición en tiempo y forma respecto de la resolución de folio 11, con lo que había precluido el derecho a cuestionar jurídicamente su contenido, durante la fase de aporte de antecedentes, esto es prácticamente dos meses después a que esa preclusión hubiera ocurrido, con fecha 9 de julio (folio 70), Walmart Chile S.A. (“Walmart”) solicitó al H. Tribunal que se declarara inadmisibles la Consulta y, en subsidio, que se suspendieran los efectos del acto consultado. Así, en el primer otrosí de su presentación de esa fecha, solicitó al H. Tribunal “*disponer que no procederán incrementos futuros y eventuales de los MD, por cuanto el PAR 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 las marcas, es un hecho futuro, por lo tanto, no puede ser ejecutado en lo sucesivo mientras no sea aprobado judicialmente*”. En relación con esta solicitud, debe repararse en que se pidió al H. Tribunal declarar que una parte del Sistema Tarifario —a saber, el *margen adquirente*, que Walmart distinguió claramente de las TI y de los costos de marca— constituía en opinión de esa empresa un hecho futuro. Sólo respecto del *margen adquirente*, Walmart planteó que el Sistema Tarifario no podía ser ejecutado en lo sucesivo, precisamente por tratarse, en sus propias palabras, de “*un hecho futuro*”. Con ello, Walmart se equivocaba pues incluso el *margen adquirente* del Sistema Tarifario era un hecho *existente*, ya calculado y aplicado por Transbank de acuerdo a la tabla de descuentos del Sistema Tarifario, sin perjuicio de la vigencia del régimen transitorio de un año que, para el caso de algunos comercios, no permitía el cobro de ese margen íntegro con el fin de precaver alzas de MD para tales comercios durante el plazo de transición.

Más allá de que se plantearan esas solicitudes en los otrosíes del escrito de aporte de antecedentes, en atención a que en derecho las cosas son lo que son, lo que hizo Walmart realmente fue presentar un recurso de reposición fuera de plazo o extemporáneo. No puede predicarse otra naturaleza de una actuación por medio de la cual se pretendió obtener la modificación de una resolución previa dictada por un tribunal de la República.

El H. Tribunal, en una resolución totalmente conforme a derecho, resolvió, con fecha 29 de julio del presente (folio 140), esto es, hace más de un mes, rechazar las solicitudes de Walmart en atención a que (i) la inadmisibilidad de la Consulta se debería haber solicitado por la vía de una reposición impetrada en tiempo y forma en contra de la resolución de inicio de fecha 19 de mayo

de 2020 (folio 11), cuyo plazo se encontraba largamente vencido a la fecha de la presentación del escrito de Walmart; y, **(ii)** no procedía suspender los efectos del Sistema Tarifario (en rigor, habría que decir, por la misma razón por la que no cabía discutir la admisibilidad: había precluido la facultad de hacerlo), lo que el H. Tribunal fundó en que *“la naturaleza de la consulta se refiere a **hechos, actos o contratos existentes** respecto de los cuales el Tribunal determinará si infringen las disposiciones del D.L. N° 211, pudiendo, **además, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos**, tal como dispone el artículo 18 N°2 de dicho decreto ley”*. Con ello, el H. Tribunal por segunda vez manifestó su clara posición en la materia que nos ocupa, interpretando correctamente el alcance y contenido de la Consulta de autos, con pleno respeto al artículo 18 N°2 del DL 211, y decidiendo de manera consistente con la resolución de folio 11, en virtud de la cual había dado inicio al procedimiento y había fijado su objeto o ámbito material. Hasta aquí, solo podemos notar actuaciones conforme a derecho del H. Tribunal en el marco de la Consulta.

Con fecha 1° de agosto de 2020 (folio 144), Walmart presentó un recurso de reposición en contra de la referida resolución, invocando, básicamente los mismos argumentos que había presentado en su escrito de aporte de antecedentes (o si se quiere, en su previa reposición presentada fuera de plazo y por ende inadmisibles) y, por lo tanto, sin aportar ningún antecedente nuevo que pudiera haber hecho variar lo resuelto. Lo que sí hizo Walmart, aunque sin aportar antecedente alguno, fue torcer la interpretación jurídica que había planteado ante el H. Tribunal en su actuación anterior.

Concretamente, en lo que se refiere a la decisión recaída en el primer otrosí de su presentación correspondiente al folio 70, incurriendo en una gravísima contradicción jurídica, pidió al H. Tribunal cambiar su decisión anterior y *“declarar explícitamente la improcedencia de futuros y eventuales incrementos del MD cobrado a los comercios”*. Como es obvio, Walmart no pudo, sin contradecirse gravemente, sostener en su presentación de 9 de julio (folio 70) que el *“margen adquirente, que Transbank ha planteado separadamente de las tasas de intercambio y de los costos de las marcas, es un hecho futuro”* (lo que importa afirmar que las TI y los costos de marca no son un hecho futuro), para luego afirmar en su solicitud de reposición de 1° de agosto (folio 144) que *“el hecho consultado por Transbank, consistente en un sistema tarifario relativo al margen adquirente, que deja desregulado el resto del MD (constituido por las tasas de intercambio y los costos de las marcas), sólo podría tratarse de un hecho futuro”*, porque ahora se afirma que las TI y los costos de marca también integran la categoría de “hecho futuro”. Todo lo cual por supuesto resulta totalmente falaz, pues el Sistema Tarifario completo es un sistema (hechos, actos y contratos) *existente*; pues Transbank desde antes de la Consulta ya pagaba, como se ha dicho, TI y costos de marca fijados por las Marcas; pues Transbank desde antes de la Consulta había fijado y cobraba su *margen adquirente* para el M4P el que sugería revisar a través del análisis de un panel de consultores independientes nombrado en la forma indicada en la Consulta, con la única prevención de que durante un año, para facilitar el tránsito tarifario a comercios y PSP, se aseguraría que el cobro de esa estructura tarifaria *existente*, propia del M4P, no superara ciertos montos a favor de dichos terceros, con lo que para algunos comercios (cerca de 17.000) dicho *margen* sufría alteraciones; todo lo cual en nada cambiaba el hecho de que el Sistema Tarifario fuera uno indubitablemente *existente*.

Lamentablemente, es en este momento, y a partir de la confusión generada por las posiciones contradictorias de Walmart, donde este procedimiento comienza a trastocarse en cuanto a la licitud de sus sucesivos actos procesales. A partir de este recurso de reposición contra la resolución que ya había rechazado la suspensión del acto consultado, en una resolución cuyos fundamentos no compartimos, y que resultó ser totalmente sorpresiva y alteradora de todo lo antes decidido en el curso del proceso, en el folio 158, con fecha 25 de agosto pasado, esto es a casi cuatro meses de haberse presentado la Consulta, el H. Tribunal acogió parcialmente la reposición de Walmart en lo que respecta a la solicitud subsidiaria de suspensión de la ejecución del Sistema Tarifario, “*precisando*” lo que había decidido a folio 11 y señalando ahora que:

“Séptimo: Que, de esta forma, el Sistema Tarifario se plantea como una unidad que se compone de distintas etapas. En ese sentido, el hecho consultado es de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido. En efecto, la consulta da cuenta de que aún se está ejecutando la primera etapa del Sistema Tarifario consultado y, por tanto, este no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta, procediendo, entonces, la aplicación de lo dispuesto en el acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004;

Octavo: Que, en consecuencia, 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; (...)

Ha lugar al recurso de reposición de Walmart Chile S.A., solo en cuanto se aplica el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N° 5/2004 al Sistema Tarifario objeto de la consulta (...)”.

Dicha resolución de folio 158 ya incurrió en diversas ilegalidades. Por un lado, acogió la reposición de una resolución que se había pronunciado sobre una reposición, como bien lo indica la Opinión Legal del profesor José Pedro Silva que se acompaña en un otrosí. Ello resulta totalmente inadmisibles en derecho, precisamente porque uno de los objetivos del orden consecutivo legal, es el de ir otorgando certeza a los intervinientes a medida que el tribunal de que se trate vaya resolviendo los asuntos sometidos a su decisión.

Pero incluso prescindiendo de lo anterior, la resolución de folio 158 hizo al H. Tribunal volver sobre sus pasos y le llevó a modificar lo resuelto previamente por medio de la decisión firme de folio 11. Esto es, por el expediente de una *precisión* (instituto desconocido en el derecho procesal chileno), alteró el claro tenor de la resolución de folio 11 que indicaba correctamente que el Sistema Tarifario consultado era un hecho, acto o contrato *existente*, independientemente de la extensión futura de sus efectos (en palabras del H. Tribunal, “*la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes*”), que es lo único que autorizaba interpretar el artículo 18 N°2 del DL 211. Desde la resolución 158 en cambio comenzó a estimar (recordemos, cuatro meses después de iniciado el proceso) que en realidad el Sistema Tarifario constaba de distinta etapas y que se estaba ejecutando la primera etapa del Sistema Tarifario (pues éste se inició antes de la Consulta), por lo que, “[e]n ese sentido, el hecho consultado es de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido”. Con lo que indicaba –ésta era la única interpretación que alguna mínima consistencia guardara aún con la resolución de folio 11– al usar la conjunción disyuntiva seguida del verbo concluir (“*o concluirse en cualquiera de sus etapas*”), que dados los efectos suspensivos del inciso segundo del acuerdo tercero del AA N°5, dicha primera etapa transitoria no se podría concluir mientras el H. Tribunal no dictara su resolución de término.

Como dijimos, dicha resolución de folio 158 ya constituía, bajo el expediente de una “*precisión*”, una reinterpretación de la resolución de inicio del procedimiento de folio 11 y una alteración del desasimio que ya había operado a su respecto. Siendo sinceros, H. Tribunal, atendido que la única interpretación posible de dicha “*precisión*” que aún pudiera estimarse compatible con el AA N°5 (aunque alteraba lo decidido a folio 11) era la que se expuso en el párrafo anterior, Transbank de buena fe la asumió, como consta abiertamente en nuestra presentación de folio 161, y en aras, una vez más, de la economía procesal y de la necesidad de dar curso progresivo a los autos, así como atendida la urgencia de entregar certeza jurídica al Sistema Tarifario sometido a Consulta, simplemente solicitó al H. Tribunal, no compartiendo el contenido de la referida resolución, que citara a una urgente vista de la causa, de manera de minimizar los ingentes efectos económicos que para la Compañía esa “*precisión*” producía, al extender más allá del plazo previsto el régimen de transición del Sistema tarifario *existente* (lo que fue acreditado en esa misma presentación de folio 161); entendiendo la Compañía que una oportuna vista de la causa podía ser la fórmula más eficiente para precaver los efectos dañinos de dicha resolución.

En efecto, en el ánimo de dar curso progresivo a los autos con la urgencia que lo discutido en este procedimiento requería, particularmente por los efectos sistémicos involucrados, con fecha 27 de agosto de 2020, en el folio 161, Transbank presentó un escrito solicitando, en lo principal, que en atención a la situación financiera que provocaba a la Compañía el no poder concluir el régimen transitorio del Sistema Tarifario existente hasta la resolución de la Consulta por el H. Tribunal, lo que llevaría a Transbank a asumir los déficits derivados del pago –por un tiempo mayor al presentado en el régimen transitorio explicado en la Consulta– de las TI y costos de marca fijados exógenamente, y considerando la duración promedio de los tiempos de tramitación de los procedimientos de consulta, se citara en carácter de urgente a la audiencia pública contemplada en el artículo 31 N°3 del DL 211; y, en el segundo otrosí, que se autorizara la instalación y operación del panel de consultores independientes a que se refiere la Consulta de Transbank, como medida transitoria o interina, a la espera de la dictación de la resolución de término que emita el H. Tribunal, por resultar una medida plenamente eficiente, acorde a las urgencias ya indicadas y que no generaría perjuicios ni riesgos, sino que sólo beneficios para la libre competencia.

III.2. El recurso de aclaración presentado por Muticaja

Con fecha 31 de agosto de 2020, Muticaja S.A. (“Muticaja”) presentó un recurso solicitando, en términos confusos y a veces contradictorios, la aclaración de la resolución de folio 158, aunque validando la claridad de su tenor en lo que se refería a la vigencia del régimen transitorio, al menos para los comercios. De acuerdo con Muticaja:

“(…) 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 definitiva** (…).

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”.

Es decir, ni siquiera en el recurso de aclaración de Multicaja (recurso por lo demás no contemplado en el artículo 31 DL 211, por lo que debiera ser derechamente improcedente en un procedimiento no contencioso, tanto a petición de parte como de oficio) se puso en duda algo evidente. Y esto es que lo resuelto originalmente por el H. Tribunal en el folio 158, aunque fuere en contradicción con lo dispuesto a fojas 11, era aquella única interpretación posible para no violentar ahora el AA N°5: y esto es, que el efecto suspensivo del inciso 2° del acuerdo tercero del AA N°5 únicamente se aplicara a la *conclusión o terminación del régimen transitorio ya en ejecución*, entre tanto no se resolviera el fondo de la Consulta, pero en ningún caso retrotraer las cosas al 31 de marzo de 2020, esto es a un momento muy anterior a la Consulta de 13 de mayo pasado o, dicho de otra manera, desconocer ahora lo que venía afirmando el H. Tribunal desde el folio 11, a saber, que el Sistema Tarifario era un hecho, acto o contrato *existente*.

III.3. El H. Tribunal dictó la Resolución Incidentada, dando un vuelco radical y con efectos jurídicos y económicos inusitados respecto a lo que había en la resolución de folio 11, respecto de la que había operado el desasimiento

No nos cansamos de reiterar, previo al análisis de esa resolución viciada, que la situación es clara e inobjetable en cuanto a que el Sistema Tarifario es uno *existente*, que se encuentra ya en ejecución desde el 1° de abril de 2020, a partir del cual Transbank paga TI y costos de marca fijados por las Marcas y cobra su *margin adquirente (existente y actual)* en la forma indicada en la Consulta, con lo que se encuentra indubitadamente funcionando, financiera, tarifaria y tributariamente bajo un M4P (y además operativamente) y así lo indica con claridad meridiana la carátula de estos autos, y lo reiteran la resolución de folio 11 y la resolución de folio 140.

A pesar de ello, el relato del que se ha venido dando cuenta hasta este punto tuvo un muy lamentable y reciente capítulo el pasado 2 de septiembre de 2020, con la dictación de la Resolución Incidentada, de folio 168. Ese día, el H. Tribunal no respetó el principio de desasimiento del tribunal, vulneró el efecto de cosa juzgada de las sentencias y actuó –lamentamos tener que ponerlo en estos términos– fuera del contorno de la ley al decretar una suerte de medida precautoria innovativa (y retroactiva) no consagrada por el legislador ni por el AA N°5 y que, por tanto, no se encuentra en el ámbito de su competencia, infringiendo con ello lo dispuesto en los artículos 175 y 182 del CPC, el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 7° de la Constitución Política.

Ello, por cuanto por la vía de supuestamente *aclarar* el contenido de una resolución previa (aquella de folio 158), el H. Tribunal en realidad modificó completamente su contenido (vulnerando por tanto el principio de desasimiento y de cosa juzgada), decretando –en cambio– una medida cautelar que ley alguna le faculta para imponer –medida que, por lo demás tiene efectos retroactivos–, obrando, por tanto, fuera de sus competencias y en contravención al AA N°5.

Las vulneraciones a las que se ha venido haciendo referencia tienen su origen en una misma circunstancia: el hecho de que el H. Tribunal haya modificado –a través de una *aclaración*– el aspecto sustantivo de una resolución una vez que ella se encontraba firme. Según se verá a continuación, al obrar de esta manera el H. Tribunal ha vulnerado la legalidad, por lo que su actuación debe ser declarada nula; y con cuánta mayor razón debe serlo si se considera que al cambiar lo sustantivo de lo resuelto, el H. Tribunal decidió además decretar una medida cuyas competencias no le permiten hacerlo.

En ese contexto, como ya lo indicamos, la única posible interpretación que se pudiera haber dado a resolución de folio 158 para favorecer el curso progresivo de los autos asumiendo un cumplimiento de lo dispuesto en el AA N°5 (aunque ya se había violado el principio de desasimiento del tribunal) era entender (como lo hizo Transbank) que lo que quiso hacer el H. Tribunal por vía de la resolución de folio 158 fue suspender –que no es lo mismo que retrotraer– la *conclusión* del régimen transitorio *existente* de dicho Sistema Tarifario, mientras no existiera una resolución sobre el fondo del H. Tribunal.

Y es aquí donde se dicta la Resolución Incidentada, viciada de una nulidad irreparable, como se indicará. Respecto de esa Resolución Incidentada existen dos opciones interpretativas. Ambas llevan indefectiblemente a concluir que la Resolución Incidentada se encuentra viciada de nulidad.

III.3.1. Primera opción interpretativa. La Resolución Incidentada vino a innovar, modificando el tenor de lo resuelto en el folio 11, en el folio 140 y en el folio 158; lo que la vicia de nulidad irreparable, al violar el principio de desasimiento del tribunal, de cosa juzgada y además el tenor del AA N°5

Con fecha 2 de septiembre de 2020 el H. Tribunal resolvió en el folio 168, por vía de una supuesta *aclaración* (no entendemos si de oficio o pronunciándose sobre la aclaratoria presentada por Multicaja), dictada totalmente fuera de cualquier plazo aplicable al efecto, modificar esta vez radicalmente y, para ser más precisos, trastocar, el contenido de la resolución de folio 11 que había dado inicio al procedimiento reconociendo desde un inicio que el Sistema Tarifario era un hecho, acto o contrato *existente*. Esto lo hizo la resolución de folio 168 en clara violación, como se verá, de las exigencias constitucionales y legales del debido proceso, puesto que respecto de esa resolución de inicio de folio 11 había operado el desasimiento del H. Tribunal al tratarse de una resolución firme, a cuyo respecto la posibilidad de recursos había precluido con creces. Una aclaración o aclaratoria, por su propia y más básica naturaleza se encuentra destinada a corregir un simple defecto terminológico, sin poder alterar el contenido de resoluciones previas.

En ese sentido, Enrique Vescovi ha afirmado que “(...) *la mayoría de los Códigos estudiados legislan partiendo de la afirmación de que, una vez dictada la sentencia, ésta no podrá ser enmendada, ni sufrir agregados o recorte por el tribunal que la dictó (...)*”²¹.

De manera plenamente consistente, nuestros Tribunales han sostenido que:

²¹ Vescovi, Enrique, “Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica”, Buenos Aires, 1988, Depalma Editores, página 75.

“(…) la aclaración, rectificación o enmienda es una facultad cuyo ejercicio debe encuadrarse dentro de los objetivos procesales, es decir, permitir al sentenciador, en los casos en que el fallo resulte de difícil interpretación, que lo aclare en forma tal que haga posible su cumplimiento, ya que este ha sido el objeto del litigio, y la aludida facultad no tiene otra limitación que la de no alterar la decisión de la sentencia principal, en términos de que por la aclaración se llegue a contrariar la cosa juzgada que de ella emane.

Que la excelentísima Corte Suprema de Justicia ha señalado que el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, denominado de aclaración, rectificación o enmienda, sólo permite al Tribunal aclarar puntos oscuros y dudosos, salvar omisiones y ratificar errores de copia, de referencia o cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la sentencia y por consiguiente, por esta vía no posible cambiar la decisión del fallo que se rectifica, pues a este respecto ha operado el desasimiento del tribunal, principio por el cual tiene vedado el órgano jurisdiccional, una vez dictado el fallo, alterarlo o modificarlo de manera alguna”²².

Y es que para el ordenamiento jurídico, como reiteran las sentencias, el desasimiento —este fenómeno que, como lo adelanta el nombre representa que la sentencia se va de las manos del juez (“des-asir”)— es extremadamente relevante para la certeza jurídica y, en consecuencia, la aclaración “(…) *constituye una excepción al principio de desasimiento del tribunal, en virtud del cual una vez notificada una sentencia a alguna de las partes no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna, según establece el artículo 182 citado, en la primera parte del inciso primero. El desasimiento importa una verdadera preclusión respecto del juez, ya que pronunciada y notificada una sentencia a alguna de las partes, ha cumplido con su deber esencial de administrar justicia, concluye su actividad jurisdiccional respecto del objeto de la litis y ya no puede sustituir o modificar su decisión*”²³. Otros, como decíamos, más que ver la aclaración como una excepción, la entienden como la expresión misma del desasimiento, por cuanto una aclaración no importa (ni puede importar) modificar el contenido sustantivo de la resolución. En ambas interpretaciones, y esto es lo importante, el tribunal no puede modificar lo resuelto.

Lo que se afirma, ha sido reiteradamente ratificado por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, como se sintetiza en la sentencia de la Excm. Corte Suprema que, refiriéndose a esta solicitud, regulada en el artículo 182 del CPC (mas no en el DL 211), ha sostenido que “...*como lo ha dicho en otras oportunidades esta Corte, el procedimiento al que se viene en aludir **no se encuentra destinado a obtener un cambio en la decisión del fallo que se rectifica** pues, a este respecto, ha operado el desasimiento del tribunal, principio por el cual tiene vedado el órgano jurisdiccional, una vez dictado el fallo, alterarlo o modificarlo de manera alguna (...). Que como ya se dijo, lo que persigue el legislador con el artículo 182 **es perfeccionar la sentencia** que adolece de ciertos y determinados errores de forma, que en ningún caso pueden afectar al fondo del asunto decidido (...)*”²⁴.

²² Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia dictada con fecha 2 de diciembre de 2016, en los autos Rol N°1505-2016. La cita corresponde a Excm. Corte Suprema, sentencia de 19 de enero de 2005, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo CII, sección 1ª, página 44. Es también el criterio de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, que a su turno ha fallado que, el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil establece una excepción al principio del desasimiento del tribunal al disponer que el tribunal que dictó una sentencia definitiva puede, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores, y que el recurso de aclaración, rectificación o enmienda, tiene por objeto permitir al sentenciador que resulte posible exigir su cumplimiento, de acuerdo al objeto del litigio, con la limitante de que por su intermedio no se altere lo decidido en la sentencia principal (Sentencia de 17 de julio de 2015, dictada en los autos Rol N°648-2015),

²³ Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia dictada con fecha 30 de julio de 2013, en los autos Rol N°509-2013.

²⁴ Excm. Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de mayo de 2012, dictada en los autos Rol N° 674-2012.

Por lo mismo, si por vía de una aclaración se han corregido errores jurídicos; si con ella se amplía el ámbito de aplicación de lo fallado o si una declaración en un sentido determinado ha sido reemplazada por otra, el tribunal ha cometido un error que debe enmendarse; ha incurrido en un vicio que debe anularse.

Eso es lamentablemente lo que ha sucedido con la resolución de folio 168.

En efecto, el H. Tribunal alteró gravemente, hasta contradecirlo abierta y directamente, el contenido y sentido de lo dispuesto en la resolución de folio 11, al estimar en la resolución de folio 168 que aquello que se entendía como un hecho o acto *existente* pasaba, repentinamente y por transmutación, a ser un hecho o acto *futuro*; esto es, la antítesis de lo que constituye un hecho *existente*; y modificó sin causa justificada tal resolución de folio 11 al ordenar vía la Resolución Incidentada retrotraer todo lo hecho a un plazo muy anterior a la fecha misma de la Consulta, exigiendo aplicar los MD conforme al PAR (que, sabemos, regía únicamente para el M3P en términos de lo dispuesto por la misma Excm. Corte Suprema).

Señaló la resolución de folio 168 que se procedía a:

“I. **Aclarar** la resolución en el sentido de explicitar que Transbank S.A. *no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR* y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excm. Corte Suprema.

II. Rechazar la petición del segundo otrosí del escrito de folio 161, dado que la constitución del mencionado panel de expertos supone que previamente este Tribunal califique que ha existido un cambio en las circunstancias en el mercado que justifique la adopción de un nuevo modelo tarifario”.

Nos parece evidente la contradicción flagrante entre tres decisiones de un mismo H. Tribunal, interpretando los mismos hechos (pues éstos no se alteraron ni cambiaron –el Sistema Tarifario siempre ha sido el mismo–), los que, para el mismo H. Tribunal son entendidos como “hechos, actos o contratos existentes” (folio 11, confirmado por folio 140) razón por la cual no cabría en derecho suspenderlos, para luego ser considerados “una unidad que se compone de distintas etapas (...) el hecho consultado es de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido” (folio 158), y a renglón seguido indicar que en realidad “Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe” (folio 168); todo ello sin la menor consideración por el hecho de que las resoluciones previas se encuentran firmes o ejecutoriadas y que se han consolidado una enormidad de situaciones, hechos y actos jurídicos en los más de cuatro meses que han transcurrido entre una interpretación y otra.

Así, en este nuevo vuelco y excediendo con creces los alcances que debe tener una *aclaración*, el H. Tribunal transmutó radicalmente sus decisiones previas. Lo hizo con las resoluciones de folio 11 y 140, que dejaban en evidencia que el acto consultado era *existente* y por ello no cabía su suspensión.

Pero también alteró gravemente lo decidido en la resolución de folio 158, pues ésta indicaba claramente que los hechos o actos eran *existentes* (no puede ser sino *existente* un “acto consultado”

que, en palabras del H. Tribunal, en esa misma resolución, es “*de aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido*”; que “*aún se está ejecutando la primera etapa del Sistema Tarifario*”, que “*no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta*”). Algo que no ha finalizado, que no ha concluido, que está en ejecución, cuya ejecución no ha finalizado, necesariamente es un acto *existente*, aunque sus efectos se extiendan a futuro.

En cambio en la Resolución Incidentada, a pretexto de una supuesta aclaración, señala ahora, contra todas las decisiones pasadas del H. Tribunal, incluso la de folio 158 que seguía reconociendo que el hecho consultado era uno existente pero con varias etapas; señala ahora, reiteramos, que los hechos ya ejecutados serían futuros (esto es, “por celebrarse” en los términos del artículo 18 N°2 del DL 211), lo que constituye un verdadero oxímoron que contraría algo tan público y notorio como sus propias decisiones firmes en autos y el hecho de que la implementación del Sistema Tarifario existe y se ha ejecutado desde antes de la Consulta, durante el proceso de negociación y suscripción del AE con la FNE.

Y decimos que necesariamente la Resolución Incidentada dio al Sistema Tarifario consultado la naturaleza inaudita de un acto “futuro”, modificando lo decidido a folio 158, pues es sólo respecto de los “actos o contratos que no han sido celebrados o ejecutados” (inciso 1° del resuelto tercero) que el AA N°5 permite ordenar la correlativa consecuencia de que “desde la fecha de ingreso de la consulta (...) no podrán celebrarse o ejecutarse” tales actos (inciso segundo del acuerdo tercero), que es precisamente lo que ordenó la resolución de folio 168 al indicar que “Transbank S.A. **no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta**”. Corolario lógico de lo anterior es que la resolución de folio 168 dio al Sistema Tarifario el carácter de un acto “futuro”, uno de aquéllos que, en los términos del AA N°5, “no han sido celebrados o ejecutados”, cambiando radicalmente aquello que había resuelto a folio 158 cuando había indicado que el acto consultado es uno que “no ha concluido a la fecha de ingreso de la consulta”. **Un acto no puede ser al mismo tiempo uno que no se ha celebrado o ejecutado (corolario del folio 168) y uno de “aquellos cuya ejecución no ha finalizado ni ha concluido” (folio 158). Es simplemente un imposible de la naturaleza y jurídico, lo que indica la grave modificación de lo resuelto no sólo en el folio 11, sino que también en el folio 158, de que da cuenta la Resolución Incidentada.**

En suma, por una **aplicación básica del principio de contradicción**, un hecho no puede ser un **hecho o acto existente** como se indicaba a folio 11 y 158 y un **hecho o acto futuro** (corolario de la resolución de folio 168) al mismo tiempo, por lo que, como derivación, una *aclaración* no es *aclaración*, sino que *modificación*, si altera la premisa de base sobre la cual se decide, transformando un hecho o acto existente en un hecho o acto futuro.

Como se vio, la Resolución Incidentada infringe la institución del desasimiento, puesto que a través de la supuesta *aclaración* modifica todo lo resuelto hasta la fecha.

Pero lo anterior no es suficiente.

No sólo violó la Resolución Incidentada el principio de desasimiento del tribunal y la cosa juzgada, sino que, más grave aún, se apartó severamente de lo dispuesto en el AA N°5.

El acuerdo tercero del AA N°5, señala lo siguiente:

“3°. En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta presentada de conformidad con el artículo 31 del DL 211, relativa a hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados **o concluidos** a la fecha de ingreso de dicha consulta, no cabrá posteriormente la interposición de demanda o requerimiento en relación a los mismos hechos. En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado. Si igualmente se presentare demanda o requerimiento, ésta se mandará agregar a los autos no contenciosos y se tendrá como antecedente para las resoluciones que dicte el Tribunal en dicho proceso.

Atendido que el procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32 del DL 211, pues es consustancial a la naturaleza de la consulta esperar a dicho pronunciamiento, en todos los casos a que se refiere este número, **y desde la fecha de ingreso de la consulta**, los hechos, actos o contratos consultados **no podrán** celebrarse, ejecutarse **o concluirse** por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste”.

En este caso, la Resolución Incidentada violó el AA N°5, infringiéndolo derechamente, al decretar no ya un efecto suspensivo (“desde la fecha de ingreso de la consulta” en los términos del inciso segundo del acuerdo tercero de dicho AA N°5), sino que un efecto retroactivo al obligar en los hechos a Transbank a aplicar el fenecido PAR que regía bajo el M3P (que concluyó antes de la presentación de la Consulta), cuyo contenido es totalmente incompatible con un M4P. Este último tiene una estructura tarifaria que asume que la Compañía paga (como lo hace desde el 1° de abril de 2020, esto es, mucho antes de la presentación de la Consulta) TI y costos de marca fijados por las Marcas, que constituyen sus costos principales, a los que adiciona un *margen adquirente* (como lo hace desde el 1° de abril de 2020, desde antes de la Consulta). Todo ello es incompatible con el PAR del M3P en que Transbank determinaba el MD, se resarcía de sus costos de operación, y entregaba el diferencial a los emisores vía lo que se denominaba las TI *implícitas*. En el M4P, son los costos propios de las TI y costos de marca los que determinan el MD; en el PAR, el MD se determinaba por el adquirente, en representación de los emisores y por mandato de ellos, a partir del cual se derivaba, la TI *implícita*. Como se ve, se trata de dos modelos en esencia incompatibles y, en lo que es particularmente importante, el Sistema Tarifario del M4P se encuentra en plena aplicación desde el 1° de abril de 2020, pagando Transbank las TI y costos de marca a las Marcas y cobrando su *margen adquirente* (con la debida aplicación del régimen transitorio para 17.000 comercios de entre 180.000, en cuyo caso esos márgenes se alteran al alero de tal régimen transitorio)

De esta manera, al ordenar a Transbank volver a regirse por el PAR, sistema que fue íntegramente reemplazado por el Sistema Tarifario el 1° de abril de 2020, bastante antes de la presentación de la Consulta, el H. Tribunal estuvo lejos de aplicar los efectos suspensivos del AA N°5 que necesariamente rigen “desde la fecha de ingreso de la consulta”, en sus propios términos, los que, en lo que se refiere a actos ya existentes pero no concluidos, “no podrán (...) concluirse”, según indica el mismo AA N°5. Al indicar en cambio la Resolución de folio 168 una inédita vuelta atrás al PAR que existía en forma previa a la presentación de la Consulta, y que es incompatible con el M4P, se vulnera el tenor del AA N°5 que en ninguna de sus secciones autoriza un actuar del H. Tribunal que imponga un efecto retroactivo que lleve a ordenar deshacer actos, contratos y situaciones jurídicas previas a la presentación de la consulta respectiva; algo que incluso ninguna medida precautoria en un proceso contencioso podría hacer, al ser las medidas precautorias conservativas o suspensivas de ciertos efectos pero nunca anuladoras o

retrotraedoras –no podrían jamás serlo, precisamente por la tutela de una básica certeza jurídica del conjunto de los actores involucrados–.

Por lo mismo, al actuar como lo ha hecho, el H. Tribunal ha excedido el margen de su competencia, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 7° de la Constitución Política. Todo lo anterior se pone de manifiesto en el Informe en Derecho del profesor Tomás Menchaca que se acompaña en el segundo otrosí de esta presentación.

III.3.2. Segunda opción interpretativa. La resolución de folio 158 siempre pretendió tener el sentido y contenido que ahora le da la resolución de folio 168: con ello, recién los intervinientes han tomado conocimiento de que la resolución de folio 158 viola el principio de desasimiento y cosa juzgada, lo que la hace irremediamente nula, nulidad que alcanza a la Resolución Incidentada que la aclara

La segunda opción interpretativa, la indicamos a modo meramente hipotético, pues en nada coincide con la comparación exegética del contenido de las resoluciones de folio 158 y 168 que antes hemos realizado. Esa interpretación –hipotética, insistimos, pero que queremos cubrir por afán de exhaustividad– sería la de estimar que la Resolución Incidentada no habría modificado el tenor de la resolución de folio 158 pues ésta, en esta mirada (y a pesar del claro contenido que hemos referido antes en cuanto a que asumió que el Sistema Tarifario era un acto “*existente*”) en realidad siempre quiso calificar al Sistema Tarifario de acto “*futuro*” y siempre buscó suspender su aplicación con *efecto retroactivo*, lo que la resolución de folio 168 sólo habría venido a confirmar, sin cambiarla ni alterarla en nada.

No sin antes notar lo asombrosa que sería esta interpretación, dadas las incontestables contradicciones entre la resolución de folio 158 y de folio 168 que hemos expresado antes, si la tomamos por efectiva sólo para los efectos de este análisis, no cabría más que concluir que, si ése era el sentido de la resolución de folio 158 (sentido que sólo se habría podido conocer por este interviniente a través de la *aclaración* de la Resolución Incidentada), lo cierto es que la resolución de folio 158 sería inevitablemente nula, por haber ella en este caso conculcado de manera radical el desasimiento y la cosa juzgada derivadas del carácter firme de la resolución de folio 11. En efecto, bajo esta hipótesis, sería la resolución de folio 158 la que habría modificado, fuera de los plazos aceptables al efecto, el objeto del proceso fijado de manera definitiva en la resolución de folio 11, por lo que la nulidad que invocamos afectaría a esa resolución por las mismas razones que se han explicado latamente acerca de la imposibilidad en que se encuentra el H. Tribunal de actuar en contradicción con el respeto al desasimiento que le afecta y a la cosa juzgada. De ser ése el caso, la causal de nulidad recién habría sido puesta en nuestro conocimiento por vía de la resolución de folio 168 y, más aun, la nulidad de la resolución de folio 158, irremediable, afectaría a su vez de nulidad a la Resolución Incidentada, en atención al natural corolario de que una resolución que aclara otra que en realidad es nula, resulta inmediatamente afecta por la misma nulidad. Así lo deja en evidencia la Opinión Legal del profesor José Pedro Silva.

Adicionalmente, una interpretación de la resolución de folio 158 como la que acá se indica también llevaría directamente a concluir que, en ese escenario, no habría ninguna interpretación posible de esa resolución que fuera compatible con el AA N°5 pues, bajo esa mirada, sería la resolución de folio 158 –según nos enteraríamos ahora– la que habría contravenido derechamente el AA N°5 al imponer *efectos innovativos y retroactivos* que dicho auto acordado jamás reconoció, reafirmandose la nulidad, bajo este escenario, de la resolución de folio 158 y, por consiguiente, naturalmente, de aquella que la aclara (sin, en esta hipótesis, modificarla): la Resolución Incidentada.

IV.

**El vicio causado por la Resolución Incidentada genera un serio perjuicio:
Lo que la Resolución Incidentada exige a Transbank es un imposible jurídico**

H. Tribunal, pretender que Transbank continúe aplicando el PAR como si estuviera operando en un M3P constituye un imposible jurídico porque, como se ha dado cuenta detallada, abierta y transparentemente en nuestra Consulta (§I) –la misma que el H. Tribunal declaró admisible y cuya tramitación ordenó a folio 11–, los presupuestos de existencia de dicho modelo de operación simplemente ya no existen.

En efecto, **antes de la Consulta**, Transbank **(i)** ya contaba con licencias propias e independientes de aquellas de los emisores nacionales para operar como adquirente directo de las Marcas internacionales de tarjetas de pago Mastercard International Incorporated (“MasterCard”), Visa International Service Association (“Visa”) y American Express Limited (“Amex”); **(ii)** había terminado los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con emisores locales en el contexto del M3P; **(iii)** había comunicado oportunamente a los comercios, conforme a los plazos previstos en los contratos de afiliación, el paso al M4P, dando cuenta de las tarifas que les serían aplicables para el siguiente año (1° de abril 2020 a 31 de marzo 2021); y, **(iv)** había mutado a pagar TI y costos de marca a las Marcas y a cobrar su *margen adquirente* calculado de la forma presentada en la Consulta. Lo anterior se da cuenta en el documento que se acompaña en el cuarto otrosí.

De este modo, en los términos reconocidos y exigidos por el ¶3(ii) del Título I del Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras (“CNF”) del BCCh, el día 31 de marzo de 2020 Transbank dejó de operar bajo el llamado M3P y se encuentra en cambio operando íntegramente bajo un M4P, entendido éste, en los términos del mismo CNF (¶3(ii)), como aquél en el cual la emisión y la adquirencia no necesariamente se vinculan de manera directa, sino que lo hacen bajo la modalidad de adhesión de los actores de cada uno de dichos lados del mercado a una o más Marcas de tarjetas que cumplan con requisitos mínimos fijados por la regulación, y en la medida en que el adquirente asuma la responsabilidad de pago ante los comercios afiliados, cuestión que también Transbank está haciendo conforme a la regulación vigente para el M4P.

Lo anterior ha sido reconocido en autos por numerosos intervinientes, entre ellos, la FNE:

“Dicho lo anterior, y tal como se indicó supra, **durante el año 2019 Transbank comenzó la transición desde un M3P a un M4P**, el cual tuvo como primer hito la desvinculación del mandato suscrito entre la consultante y el banco Santander, como emisor. **Mientras que, para el 1º de abril del año 2020, se completó el paso de este operador al modelo de cuatro partes, lo que se fundamenta en dos hechos.**

En primer lugar, Transbank puso término a todos los contratos de operación y delegación que mantenía con los emisores, de modo que la remuneración de éstos dejó de ser convenida con Transbank y pasó a quedar regida por las tasas de intercambio determinadas por cada marca. En segundo lugar, Transbank obtuvo las licencias de Visa, Mastercard y American Express para operar como adquirente independiente para dichas marcas de tarjetas.

Habiendo asentado como hecho el paso a un M4P, es relevante señalar de cara al análisis del nuevo sistema tarifario propuesto por Transbank (...)²⁵.

En el mismo sentido, **el BCCh**, que es el organismo técnico encargado de regular el mercado de los medios de pagos electrónicos y **aquéel competente para calificar o no si un adquirente opera bajo el M4P, ha ratificado enfática e inequívocamente** que Transbank ya se encuentra operando **“completamente”** bajo un M4P desde el 1º de abril de 2020:

“De esta forma, y en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3.ii del Título I del Capítulo III.J.2 del CNF, para el funcionamiento del M4P es necesario que el Operador adhiera contractualmente a una red o sistema de tarjetas asociado al titular de la Marca respectiva y, por otro lado, que dicho titular de la Marca mantenga un vínculo contractual directo con los Emisores de las tarjetas emitidas bajo dicha marca y que imponga a éstos últimos la obligación de cumplir los actos que el Operador ejecute por cuenta de éstos últimos”²⁶ (...).

“De esta manera, de acuerdo a lo señalado en la consulta del antecedente, [Transbank] se encontraría operando completamente bajo la alternativa de organización contemplada en el numeral 3.ii del Título I del Capítulo III.J.2 del CNF, lo cual correspondería a un M4P.

El hecho que Transbank se encuentre operando desde el 1 de abril de 2020 bajo un modelo de cuatro partes, implica un desarrollo relevante en la estructura de este mercado²⁷.

Lo anterior es consistente con la posición adoptada por el BCCh en el Oficio Ord. N°507 de fecha 13 de marzo de 2020, citado *supra* y acompañado en la Consulta, en relación con la existencia de las regulaciones que permiten implementar el M4P, y en este proceso por la CMF, entidad sectorial encargada de la fiscalización de las empresas operadoras de tarjetas de pago:

“Dentro del contexto normativo aludido, **que en opinión de este Organismo ya contempla las disposiciones necesarias que permiten la estructura y desarrollo del denominado ‘modelo de cuatro partes’ y que ha permitido el ingreso reciente de nuevos actores al mercado de medios de pago como emisores y operadores de tarjetas de pago bajo esa modalidad** (...)²⁸.

En el escenario que se está desarrollando como consecuencia de la implementación del modelo de 4 partes, este Organismo estima pertinente aportar antecedentes respecto

²⁵ Informe FNE, ¶51 a ¶53. Véase, también, reconociendo la implementación del M4P desde el 1º de abril de 2020, los aportes de antecedentes de Comisión para el Mercado Financiero (¶22); MasterCard (pp. 15-16); Multicaja (pp. 4, 5, 21 y 22); Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile (pp. 5-6); Amex (pp. 1-2); Compañía de Petróleos de Chile S.A. (p.9); SMU S.A. (p.2); Unired S.A. (p.1); y, Banco Santander-Chile (¶2).

²⁶ Oficio Ord. N°635 del BCCh, de fecha 9 de julio de 2020, p.3.

²⁷ *Ibid.*, p.4.

²⁸ Oficio Ord. N°28995 de la CMF, de 9 de julio de 2020, ¶7.

de los nuevos participantes que integran el sistema en el ámbito de la operación de Tarjetas (...)”²⁹.

De más está decir que una multiplicidad de otros intervinientes ha reconocido el hecho indudable de que en Chile el sistema de medios de pago migró a un M4P y que Transbank está operando como un actor de ese modelo en base a las estructuras jurídicas y tarifarias que tal modelo exige. Lo anterior se expresa en la Tabla que sigue:

Interviniente	Párrafo o página en que se reconoce la implementación del M4P a partir del 1° de abril de 2020
CMF	¶22
MasterCard	pp.15-16
Multicaja	pp. 4, 5, 21 y 22
Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile	pp. 5-6
Amex	pp. 1-2
Compañía de Petróleos de Chile S.A.	p. 9
SMU S.A.	p. 2
Unired S.A.	p. 1
Banco Santander-Chile	¶2

Fuente: elaboración propia

Por lo tanto, a pesar de los términos claros de la Consulta en ese sentido, y de su petitorio, en base al contenido de la Resolución Incidentada, creemos que es necesario reafirmar que no está en discusión si Transbank se encuentra operando bajo un M4P –pues evidentemente lo está, es un hecho constatado por las tres autoridades que la supervigilan, en base a sus distintas competencias, esta materia, esto es el BCCh, la CMF y la FNE– sino que únicamente se ha consultado la conformidad con la normativa de libre competencia del Sistema Tarifario existente para dicho modelo, adoptado por la Compañía desde el 1° de abril de 2020 para operar bajo dicho modelo. La circunstancia de estar Transbank efectivamente operando bajo el M4P es un hecho cuya existencia le corresponde determinar a las autoridades sectoriales competentes que así lo han declarado en este expediente. Por lo demás, conforme a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política, Transbank tiene el legítimo derecho a decidir cómo va a organizar y conducir su negocio dentro del marco normativo vigente, el que, según explicamos *supra*, ya contempla la posibilidad de operar bajo el M4P, lo que la misma Sentencia Corte Suprema por lo demás había reconocido como *alternativa*. Ello, además en forma consistente con las recomendaciones efectuadas por el H. Tribunal en su Proposición N°19.

En consecuencia, la aplicación de la Resolución Incidentada importaría, en forma contraria a lo dispuesto en el resolvo tercero del AA N°5, que establece una medida de suspensión, o si se quiere, una *precautoria implícita* en el peor de los casos, retrotraer todos los hechos, actos y

²⁹ *Ibid.*, ¶22.

contratos que Transbank ha realizado para implementar el M4P hasta el estado previo de cosas en que se aplicaba el M3P y el PAR asociado a dicho modelo, y que son anteriores a la Consulta. Ello es inadmisibles en derecho y constituye un imposible jurídico para Transbank y para el resto de los actores del sistema (emisores, marcas, PSP y comercios), cuyos actos jurídicos se encuentran todos concatenados, que han celebrado distintos actos y contratos bajo la asunción de participar en un M4P, y que no pueden llegar y deshacer unilateralmente tales actos y contratos que también involucran a terceros, o volver a celebrar actos o contratos que también involucran a terceros cuya voluntad no es posible exigir obligatoriamente. Lo anterior se debe, en particular, a que como ya se ha constatado en el presente proceso, **no existen en la actualidad contratos de operación ni mandatos vigentes entre Transbank y los diversos emisores bancarios y no bancarios que permitirían sustentar, desde la perspectiva del numeral 3.i del Título I del Capítulo III.J.2 del CNF, una operación bajo el M3P** y, por el contrario, Transbank mantiene licencias directas con las Marcas cuyas reglas internacionales establecen, de manera obligatoria, la forma como se deben estructurar las tarifas, entre otras materias pagando TI y costos de marca regulados detalladamente, bajo el M4P en vigencia.

Por otra parte, con el paso al M4P se han generado relaciones jurídicas consolidadas con derechos adquiridos que no se pueden ignorar o anular *de facto* mediante la Resolución Incidentada, como ocurre con aquellas derivadas de los contratos vigentes con comercios y PSP, las licencias suscritas por Transbank que suponen adhesión a las reglas y estándares determinados por las Marcas y el pago de las TI a los emisores bancarios y no bancarios (que Transbank ha efectuado desde el 1° de abril de 2020 hasta la fecha).

Lo que aquí señalamos no es baladí. **La aplicación de la Resolución Incidentada podría tener un efecto sistémico gravísimo en la cadena de pagos nacional** pues no se trata simplemente de poner término con efectos retroactivos a un contrato de ejecución instantánea, sino que, por el contrario, se estaría desestabilizando todo el ecosistema de medios de pagos con su sucesión intrincada de contratos y relaciones jurídicas interrelacionadas y que no pueden simplemente anularse, compensarse y reliquidarse.

Por otro lado, en la actualidad Transbank está inmersa en un proceso de migración técnica con interconexiones ya ejecutadas que cubre a parte importantísima del parque emisor, y que apunta a fomentar la interoperabilidad y, con ello, la competencia, como le consta al H. Tribunal a partir de la discusión generada en el expediente Rol ERN N°20-2014³⁰. En este sentido, MasterCard había señalado ya el 8 de julio de este año, en este proceso, que un gran porcentaje de las transacciones domésticas de dicha marca ya estaban siendo procesadas en lo operativo a través de un M4P (y específicamente, a través del *switch* de la marca), por lo que se encontraba en la etapa final de migración de lo *bines* correspondientes³¹, lo cual goza a esta fecha de un incluso mayor nivel de profundización, tal y como se acredita en el cuarto otrosí. Los escritos de Amex y Visa, por su parte, dan cuenta del avanzado estado de cumplimiento del proceso de interconexión e interoperabilidad para el procesamiento bajo el M4P de la totalidad de sus

³⁰ Véase, escrito de aporte de antecedentes de Banco Santander-Chile, quien siendo uno de los principales emisores de tarjetas de pago en Chile, señala que espera concluir la migración completa de su parque de tarjetas al M4P durante este año (¶2).

³¹ Escrito de aporte de antecedentes de MasterCard, p.23.

respectivas transacciones domésticas, no imputando retrasos atribuibles a Transbank³². **Todo ello es simplemente irreversible operativamente a estas alturas.**

Por lo tanto, lo exigido por el H. Tribunal en la Resolución Incidentada, en cuanto supone volver a operar bajo el difunto M3P y aplicar el PAR que fue diseñado para dicho modelo, implicaría que todos los actores del sistema nacional de medios de pago tendrían que efectuar anulaciones, compensaciones y reliquidaciones sencillamente catastróficas e imposibles y retroceder meses de avance en los procesos instados y exigidos por las autoridades sectoriales, siguiendo en ello las recomendaciones del propio H. Tribunal. En este sentido, el BCCh ha sido claro en señalar que:

“(…) la implementación y puesta en marcha del modelo de cuatro partes en Chile, corresponde a una finalidad que el Instituto Emisor ha promovido consistentemente desde la dictación de la nueva regulación que permite su adopción, lo que se inserta dentro de una perspectiva general de políticas públicas tendientes a favorecer el desarrollo de nuevas redes de adquierecia y su interoperabilidad, que puedan contribuir al desarrollo y competitividad del mercado de pagos minoristas, junto a una mayor inclusión financiera, sin descuidar la adopción de los resguardos necesarios para cautelar la cadena de pagos”³³.

De este modo, exigir a Transbank, Marcas, comercios y emisores volver a operar en un M3P y aplicar el PAR que sólo se justificaba bajo la lógica subyacente a dicho modelo, podría afectar gravemente la estabilidad de la cadena de pagos, lo que urge a que el H. Tribunal reconsidere las catastróficas consecuencias sistémicas que podría tener la Resolución Incidentada.

En efecto, el PAR carece ya de causa y objeto, lo cual no sólo ha sido sostenido por Transbank en este proceso sino también por otros intervinientes. Así, la FNE ha sostenido que:

“el objeto de esta consulta es –entonces– verificar si el Sistema Tarifario que dicha empresa aplica desde abril de este año cumple o no con esas obligaciones, en reemplazo del Plan de Autorregulación que aplicó anteriormente”³⁴.

Del mismo modo, Multicaja ha afirmado explícitamente que el PAR ya no se encontraría vigente por falta de causa y objeto:

“En lo que dice relación con la solicitud de que este H. Tribunal declare que el PAR carece de vigencia por referirse a un M3P, Multicaja manifiesta su conformidad con ello, **pues es indiscutible que la regulación que permite el funcionamiento de un M4P está vigente desde el año 2018 y que el mercado está actualmente operando en el**

³² Escritos de aporte de antecedentes de Visa (p.9) y Amex (p.2). No obstante, discrepamos de lo sostenido por Visa en cuanto a que la utilización del *switch* de las marcas sería un requisito ineludible, a su juicio, de un M4P pleno. Si bien entendemos el interés de las Marcas en que se utilicen y remuneren sus servicios de *switch*, dicha interpretación no se condice con el tenor de la regulación aplicable –¶3(ii) del Título I del Capítulo III.J.2 del CNF del BBCh– y ello ha sido expresamente ratificado en estos autos por el BCCh y la CMF. Sin perjuicio de ello, y como ha señalado el propio Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: “tanto las compañías mencionadas [Transbank, Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A. y Redbanc S.A.] como las marcas están trabajando en las adecuaciones tecnológicas para que las transacciones sean procesadas a través de los *switch* de estas últimas” (aporte de antecedentes de Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, p.9.).

³³ BCCh, Oficio Ord. N°507, 13 de marzo de 2020, p.2. En el mismo sentido, Minuta explicativa del BCCh, Modificaciones en normas sobre Emisión y Operación de Tarjetas de Pago, disponible en: https://www.bcentral.cl/documents/33528/2000178/Minuta_explicativa_10032017.pdf/4620519e-c892-a073-fa9c-aa4be48ed968?version=1.0&t=1574360467983 [Fecha de última consulta: 5 de septiembre de 2020].

³⁴ Informe FNE, ¶88 y ¶154.

señalado modelo. Por tanto, en opinión de mi representada, **el PAR carece actualmente de vigencia por falta causa y objeto**³⁵.

El propio Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (“Minecon”), ha señalado en este proceso que bajo el supuesto de estar operando bajo un M4P:

“(…) el PAR efectivamente pasará a ser un **sistema tarifario obsoleto**, no sólo por aplicar bajo un M3P –y **no un M4P donde se tendrán tasas de intercambio explícitas**– sino que además por estar concebido bajo un esquema donde Transbank era el único actor en la adquirencia, y por ende, **no consideraba la desagregación de red y la existencia de otros roles como los que cumplen actualmente los PSP u otros operadores**³⁶.

Por otra parte, cabe recordar que la Sentencia Corte Suprema dispuso expresamente que lo resuelto en ella, por cuanto implicaba modificar el PAR conforme a los criterios allí asentados, se aplicaría en tanto Transbank siguiera operando en el M3P y, que, por el contrario, no se aplicaría bajo el M4P:

“Esta determinación se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante”.

En el mismo sentido se ha pronunciado en este proceso MasterCard (interviniente cuyos planteamientos no compartimos en todo, aunque sí en este aspecto evidente), señalando que:

“De acuerdo a la Excma. Corte Suprema, dicha obligación de adaptar su Plan de Autorregulación tendría aplicación sólo en tanto el M3P mantuviera su vigencia, ya que una vez que la autoridad competente efectuare las ‘regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes’, las determinaciones respecto al Plan de Autorregulación de Transbank perderían su eficacia (…).

La autoridad competente ya efectuó ‘las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante’, dándose entonces por cumplido el supuesto establecido por el fallo de la Excma. Corte Suprema (…).

Así, aparece de manifiesto que ya se ha verificado el supuesto establecido por la Excma. Corte Suprema, motivo por el cual la obligación de adaptar el Plan de Autorregulación de Transbank en un M3P ha perdido su vigencia, toda vez que ya existe la regulación pertinente y ya se ha comenzado a operar en un M4P³⁷.

En definitiva, la Resolución Incidentada ha interpretado la Sentencia Corte Suprema en el peor escenario posible, es decir, en un escenario catastrófico, en que, conforme a lo resuelto, Transbank debería aplicar un PAR que evidentemente sólo estaba diseñado y era posible de ejecutarse en un M3P, debiendo además modificarlo conforme a los criterios fijados por la Excma. Corte para dicho modelo, **en circunstancias fácticas que no lo hacen posible por encontrarse ya vigente el M4P y por ser absurdo el cobro de un MD único cuando las TI que paga la Compañía, que son el fundamento sustancial de los costos en un M4P al que se sujeta**

³⁵ Aporte de antecedentes de Multicaja, p.21.

³⁶ Aporte de antecedentes de Minecon, p. 4. Sin embargo, al igual que en relación con Visa, discrepamos de la interpretación del Minecon en cuanto a que para estar en un M4P *pleno* se requeriría transmitir todas las transacciones por el *switch* de las marcas. Se trata de un requisito que no se encuentra establecido en la regulación del BCCh y que, por lo demás, a diferencia de lo señalado por el Minecon, no es indispensable para garantizar la interoperabilidad.

³⁷ Aporte de antecedentes de MasterCard, pp.13-16.

actualmente Transbank, son diferenciadas por decisión de las Marcas, como bien le consta al H. Tribunal y se acredita en el documento que se ha acompañado bajo confidencialidad en el folio 161. El hacerlo no sólo implicaría quebrantar una cadena interrelacionada de contratos vigentes entre Transbank, comercios, emisores y Marcas, sino que además causaría graves alteraciones en la cadena de pagos con tarjetas pues hace casi seis meses las transacciones están siendo procesadas, compensadas y liquidadas conforme al M4P; todo lo cual la Resolución Incidentada ordenaría ahora retrotraer.

H. Tribunal, nos resulta imposible ponernos en un escenario –ni qué decir cuantificar– en que se deba aplicar –sinceramente no sabemos cómo ello sería posible– el PAR de manera retroactiva, o incluso en adelante, haciendo que la Compañía vuelva a operar bajo un M3P. Lo que sabemos es que al estarse pagando ya TI y costos de marca fijados por las Marcas desde el 1° de abril de 2020, y al haberse ajustado todos los contratos y procesos para esos fines, no hay cómo volver a aplicar el PAR que, como se ha visto: (i) la Sentencia Corte Suprema concibió sólo para el M3P; y, (ii) nunca podría aplicarse afectando el autofinanciamiento de la Compañía, según indicación de la misma Excm. Corte Suprema, que es precisamente lo que pasaría de inmediato de exigirse a Transbank que vuelva al M3P cuando ya todas las condiciones tarifarias, contractuales y operacionales que la rigen son propias de un M4P, simplemente irreversible.

En el fondo, lo que tratamos de hacerle ver al H. Tribunal es que existe una incompatibilidad de base y esencial en pretender volver a un M3P con MD fijos cuando ya se está operando bajo un M4P con TI variables en que además Transbank ya no actúa como mandataria de los emisores. Se trata de modelos conceptualmente distintos y excluyentes entre sí: en un M3P, los emisores se remuneran con una TI implícita que corresponde a los MD descontada la tarifa por procesamiento que efectúa el adquirente actuando como mandatario. En un M4P, el adquirente se remunera por un *margen adquirente* y paga a los emisores y las Marcas íntegramente las TI y los costos de marca, respectivamente. Como se puede constatar de inmediato, en el M4P el *margen adquirente* –incluso uno autorregulado a costo económico– dependerá del nivel de las TI fijadas por las Marcas, y por ello los MD deben ajustarse a éstos. Pero con un MD fijo y único, que no reconozca esas diferencias de las TI por rubros, y ni siquiera el nivel o la estructura en que esas TI han sido fijadas por las Marcas, el sistema simplemente no puede funcionar, ni para Transbank ni para los competidores que tendrán que ajustar sus MD a los de Transbank para poder competir. Así, la situación en la que la Resolución Incidentada coloca a la industria es gravísima y de consecuencias incuantificables. Qué decir de los efectos perniciosos que la Resolución Incidentada tendría, de no ser revertida, desde la perspectiva de los fines perseguidos por la normativa bancaria y financiera principalmente en términos de la seguridad y estabilidad de la cadena nacional de pagos.

Sinceramente, H. Tribunal, a Transbank no la anima el incurrir en teorías del caos. Pero debemos ser responsables, claros y firmes en señalar que el sistema de pagos con tarjeta chileno sufriría consecuencias insospechadas e irreversibles de mantenerse la Resolución Incidentada. Y ello, dejando a la Compañía en la peor de las situaciones. Si se tratara de una resolución definitiva, permitiría la presentación de los correspondientes recursos ante los tribunales superiores, materia que la Resolución Incidentada, de carácter intermedio, de mayor gravedad que la más grave de las resoluciones de término, no permite, con lo que el daño que produciría, de no ser revertida

acogiendo el incidente impetrado, sería irrecuperable. Ello justifica la urgencia con la que rogamos al H. Tribunal evaluar y acoger el presente incidente.

En suma H. Tribunal, la Resolución Incidentada es una resolución ilegal, que viola los artículos 83 y demás normas pertinentes del CPC, así como los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, además de infringir el tenor de lo que el propio AA N°5 manda e indica, dejando a Transbank y a todo el sistema de medio de pagos con tarjeta envueltos en un nudo gordiano –aunque en este caso, lamentablemente, uno no susceptible de cortarse a espada– y con un impacto sistémico de proporciones formidables y de gravedad inusitada, lo que sólo podrá ser enmendado si el H. Tribunal tiene a bien acoger el presente incidente que se promueve con urgencia y convicción.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:

tener por promovido incidente de nulidad procesal en contra de la resolución de 2 de septiembre de 2020, dictada en el folio 168, en aquella parte en que se resolvió: “*Aclarar la resolución en el sentido de explicitar que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excm. Corte Suprema*”; y, en definitiva, anular dicha resolución y en su reemplazo declarar que se mantiene a firme la resolución de 19 de mayo de 2020, de folio 11, en el sentido de que los hechos y actos consultados son *existentes* por lo que no cabe aplicar a su respecto suspensión alguna conforme con el inciso segundo del acuerdo tercero del AA N°5; o, en estricto subsidio en atención a los graves efectos económicos que esta alternativa significa, que se mantiene a firme la resolución de 25 de agosto de 2020, de folio 158, en el sentido de que Transbank no podrá *concluir* su Sistema Tarifario para el M4P en aquella parte en plena ejecución, esto es su régimen transitorio, el que podrá mantenerse en ejecución pero no concluirse entre tanto no se dicte la resolución de fondo sobre la Consulta.

PRIMER OTROSÍ: En subsidio del incidente de nulidad promovido en lo principal de esta presentación, y para el improbable evento de que éste no sea acogido, deducimos recurso de reposición en contra de la resolución de 2 de septiembre de 2020, dictada en el folio 168, en aquella parte en que se resolvió: “Aclarar la resolución en el sentido de explicitar que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excm. Corte Suprema”. Solicitamos, en definitiva, acoger esta reposición y declarar que se que se mantiene a firme la resolución de 19 de mayo de 2020, de folio 11, en el sentido de que los hechos y actos consultados son *existentes* por lo que no cabe aplicar a su respecto suspensión alguna conforme con el inciso segundo del acuerdo tercero del AA N°5; o, en estricto subsidio en atención a los graves efectos económicos que esta alternativa significa, que se mantiene a firme la resolución de 25 de agosto de 2020, de folio 158, en el sentido de que Transbank no podrá *concluir* su Sistema Tarifario para el M4P en aquella parte en plena ejecución, esto es su régimen transitorio, el que podrá mantenerse en ejecución pero no concluirse entre tanto no se dicte la resolución de fondo sobre la Consulta.

Fundamos el presente recurso de reposición en los mismos argumentos desarrollados en lo principal de esta presentación, los que damos por íntegramente reproducidos para estos efectos, reemplazando la referencias que se efectúan al incidente de nulidad por “recurso de reposición”; a “Resolución Incidentada” por “Resolución Recurrída”, y todas las referencias efectuadas a un vicio de nulidad por la mención a su ilicitud y su contrariedad con el AA N°5.

En particular, solicitamos al H. Tribunal tener presente los gravísimos efectos sistémicos que implicaría el mantener a firme la resolución de 2 de septiembre de 2020, dictada en el folio 168, y el hecho de que, por vía de una *aclaración*, se ha alterado sustancialmente lo resuelto en el folio 11, al punto que la resolución de folio 158 pierde también su esencia y sentido.

Sírvase el H. Tribunal: tener por interpuesto, en subsidio de lo principal, el presente recurso de reposición, acogiéndolo en todas sus partes.

SEGUNDO OTROSÍ: Acompañamos los siguientes Informes en Derecho, solicitando que el H. Tribunal los considere al momento de resolver el presente recurso de reposición:

Informe en Derecho del académico y expresidente de este H. Tribunal, don Tomás Menchaca Olivares, titulado “*A lo imposible nadie está obligado. Análisis de la resolución del H TDLC de fecha 2 de septiembre de 2020 Autos NC N° 463-2020*”. Dicho Informe concluye, entre otras cosas, que (énfasis del original):

*“1. Del estudio de los antecedentes queda meridianamente claro que la Consulta de Transbank se refiere a actos existentes que se encuentran produciendo todos sus efectos (aunque en algunos casos con etapas aún no concluidas) y así lo reconoció el H Tribunal en la resolución que la admitió a tramitación y se reiteró en la reciente resolución de fecha **25 de agosto** último en que resolvió, al primer otrosí de la presentación de Walmart Chile, que se encuentra ejecutoriada, no dar lugar a su petición “por cuanto **la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes** respecto de los cuales el Tribunal determinará si infringen las disposiciones del DL 211, pudiendo, además, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos, tal como dispone el artículo 18 N° 2 de dicho Decreto Ley”.*

2. Que se trata de hechos, actos o contratos existentes se desprende también del análisis de los antecedentes de la migración de Transbank a un Modelo de Cuatro Partes, y de las características de dicho modelo tarifario y su regulación en Chile, según se desprende de los antecedentes analizados en este informe.

3. Nada cambia la conclusión anterior la circunstancia de que el hecho existente corresponda al régimen transitorio de tarifas aplicable al modelo de Cuatro Partes vigente, ni que en abril de 2021 se pretenda concluir la migración a un régimen tarifario permanente, siempre dentro del M4P. Ello a lo sumo podría implicar que existen actos consultados existentes y otros futuros (los que aún no han concluido), y que únicamente respecto de estos últimos podría aplicarse la precautoria implícita establecida en el inciso segundo del Acuerdo Tercero del AA N° 5/2004. Sólo respecto de los hechos actos o contratos futuros puede aplicarse dicha disposición (la migración del régimen transitorio al régimen permanente), pero en modo alguno respecto de los existentes, como pretende la resolución de fecha 2 de septiembre último.

4. Ello se desprende no sólo de la interpretación armónica de los Acuerdos Segundo y Tercero del AA5; de la norma legal que dicho Auto Acordado pretende regular; de las normas legales y constitucionales que impiden al H Tribunal regular precios o dejar sin efecto -vía una precautoria en un procedimiento de consulta- hechos, actos o contratos plenamente vigentes, sino que se desprende también del tenor literal del referido Acuerdo Tercero, que establece expresa y claramente que “desde la fecha de ingreso de la consulta, los actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse **o concluirse** por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste”.

5. No puede ser más clara la norma, que dice que no podrán celebrarse, si no están celebrados, no podrán ejecutarse si están celebrados pero no ejecutados y no podrán concluirse si están celebrados y parcialmente ejecutados, pero no concluidos. Eso es lo que significa la conjunción disyuntiva “o”, que establece que hay tres alternativas en el grado de ejecución del hecho consultado y que, desde el momento de la consulta, a los hechos existentes se les aplica el Acuerdo Segundo y a los futuros el Acuerdo Tercero.

6. También se pudo concluir que el antiguo plan de autorregulación aprobado por el H Tribunal y la Sentencia de la Excm. Corte Suprema sólo afectan al Modelo de Tres Partes -y no al de Cuatro Partes-, no sólo porque claramente fue establecido para ese modelo tarifario, en que Transbank fijaba el Merchant Discount total, y no podría ser aplicable por su naturaleza a un Modelo de Cuatro Partes, en que únicamente Transbank puede autorregular las tarifas que de ella dependen (el Margen Adquirente), y sólo mientras no exista suficiente competencia en el mercado, la que es posible bajo este nuevo modelo tarifario (y no así en el M3P que existía a la fecha en que se aprobó el PAR).

7. Ello también se desprende del tenor literal de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema relativa a la consulta de Cruz Verde, que en su parte resolutive expresamente indica que su determinación respecto al PAR se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un Modelo de Cuatro Partes, lo que ya ocurrió, y también porque el objeto de la referida consulta y el plan de autorregulación tarifario al que se refería se limitó exclusivamente al Modelo de Tres Partes.

8. Teniendo en consideración que lo dictaminado por la Sentencia de la Excm. Corte Suprema solamente afecta al Modelo de Tres Partes, y que no existe resolución por parte del H. Tribunal que regule o imponga condiciones especiales para funcionar en el Modelo de Cuatro Partes, estimo que Transbank podía migrar al Modelo de Cuatro Partes, tal y como lo hizo, siempre y cuando respete las reglas generales de Libre Competencia al hacerlo.

9. Dado que la forma de operar que pueda adoptar Transbank para el Modelo de Cuatro Partes no se encuentra autorregulada ni regulada por el PAR ni por la Sentencia, y que se encuentra cumplida la condición de existir las regulaciones pertinentes para un Modelo de Cuatro Partes, estimo que nada obsta a que Transbank adecúe unilateralmente su conducta, al implementar un Modelo de Cuatro Partes, haciéndolo con un sistema similar al que fuera establecido en el Acuerdo Extrajudicial celebrado con la Fiscalía.

10. Sin perjuicio de lo anterior, y sin importar el modelo de que se trate, lo cierto es que ningún Tribunal de la República, y tampoco ninguna agencia de competencia en el mundo, tienen la potestad legal de regular precios, pues ello es materia de ley de acuerdo con lo establecido claramente en nuestra Constitución Política. En efecto, en nuestro derecho infringiría el artículo 19 N° 21, 23 y 24, en concordancia con el artículo 63 N°2 de la Constitución, en cuanto se estaría limitando una facultad inherente del dominio por vía de resolución y no por una ley.

11. *Con mucha mayor fuerza se debe afirmar que en caso alguno una agencia de competencia podrá exigir a un agente económico que cobre una tarifa que no fija ni percibe, ni puede imponerle obligaciones o responsabilidades por el hecho de un tercero, que es lo que ocurriría si el H TDLC insiste en que Transbank debe cobrar el MD existente para un modelo de Tres Partes si se encuentra operando bajo un modelo de Cuatro Partes, en que la única tarifa que puede legalmente determinar, y sobre cuya determinación cabe exigirle responsabilidad -y no en un procedimiento de consulta-, es el Margen Adquirente, pues la Tasa de Intercambio y las comisiones de las marcas internacionales las fijan éstas, por lo que sólo a ellas cabe asignarles responsabilidad si hay algo que se considere anticompetitivo en su determinación.*

12. *La resolución de fecha 2 de Septiembre último se encuentra a mi juicio viciada pues, en contravención con lo resuelto por el mismo H Tribunal en la resolución de inicio de la consulta y en su clara resolución de fecha 25 de agosto último, y en contravención asimismo del AA5, ordena que “Se ha suspendido expresamente la ejecución de todo el Sistema Tarifario, considerado éste como una unidad”.*

13. *Es un hecho cierto e indiscutible que el sistema tarifario no es una unidad, habiendo ya migrado Transbank a un Modelo de Cuatro Partes y estando la etapa transitoria plenamente vigente al momento de la consulta, por lo que es también son hechos ciertos que con esa resolución se está ordenando retrotraer la situación de hecho a una anterior a la Consulta, la existente cuando todavía existía un Modelo de 3 Partes; que se le está dado efecto retroactivo a la precautoria implícita del Acuerdo Tercero del AA N°5; que se está aplicando dicho Acuerdo Tercero a hechos claramente existentes, a los que claramente se les aplica el Acuerdo Segundo del mismo, como correctamente entendió el H Tribunal en su resolución de inicio del procedimiento de consulta y también en lo resolutivo de su resolución de fecha 25 de agosto.*

14. *Es jurídica y fácticamente imposible exigir a Transbank que fije el MD en aspectos como la Tasa de Intercambio o los costos de marca, que no dependen de ella, estén bien o mal determinados, pues no es jurídicamente procedente exigir responsabilidad a una empresa por hechos de un tercero, por lo que lo único que podría hacer Transbank para cumplir la resolución “aclaratoria”, si ésta queda firme, será fijar el único precio que determina y puede determinar, el Margen Adquirente, en forma pareja para todos los rubros, con lo cual lo único que ocurrirá es que las tarifas al comercio en muchos rubros deberán subir por orden del H Tribunal.*

15. *A juicio del suscrito el H Tribunal no puede, en un procedimiento de consulta específico, juzgar responsabilidad por una eventual infracción a la libre competencia si se estimara que Transbank debió consultar en forma previa el tránsito hacia un Modelo de Cuatro Partes. Si bien estimo que no estaba obligado a hacerlo, el análisis que permita demostrarlo excede el objeto de este informe porque también excede el objeto de la consulta y ello no se refiere a la conformidad de los hechos existentes -y futuros o no concluidos- objeto de la Consulta, con las normas de defensa de la libre competencia, que es lo único que puede resolver el H Tribunal con motivo de la misma.”*

2. Opinión Legal del académico don José Pedro Silva. Dicha Opinión concluye, en síntesis (énfasis originales omitidos) que:

“La resolución de fecha 2 de septiembre de 2020 adolece de nulidad procesal y, más ampliamente, de nulidad de derecho público contemplada en el artículo 7° de la Constitución Política, correspondiendo sea dejada sin efecto, desde luego por medio del recurso de reposición contemplado en el artículo 31 inciso final del DL 211, pero ello sin perjuicio de las vías propias a que diere origen la nulidad procesal del procedimiento de que dicho acto es resultante, así como la nulidad del acto y/ o del procedimiento, con sustento constitucional.

Lo anterior, por las siguientes razones, que se resumen:

1.- Ha sido dictada por el TDLC en abierta contradicción con la resolución de fecha 19 de mayo de 2010, que dio inicio a este proceso no contencioso, la que se encontraba firme o ejecutoriada, habiendo operado a su respecto el desasimio del Tribunal, es decir, la prohibición de alterarla o modificarla en manera alguna. Esta resolución fue asimismo confirmada en todos sus extremos por el mismo Tribunal mediante Resolución de 29 de julio de 2020 que rechazó el recurso de reposición deducido por Walmart, estando precluido su derecho de impugnación y precluyendo por consumación toda posibilidad de nueva impugnación.

2.- Que la resolución consultada, es nula en tanto es el resultado o corolario de la Resolución de 25 de agosto de 2020 igualmente nula por sendos vicios procesales:

(i) ha tolerado de manera improcedente una reposición de reposición, habiéndose agotado preclusivamente por consumación, el ejercicio de este derecho por parte de Walmart;

(ii) acoge un “recurso de reposición extraordinario” basado en nuevos antecedentes, medio de impugnación inexistente en el procedimiento del artículo 31° del C.P.C.;

(iii) aun así, no concurren los presupuestos para su aplicación pues no existen “nuevos antecedentes” conforme se ha entendido jurisprudencialmente;

(iv) no se dan los presupuestos de aplicación del Auto Acordado N° 5/ 2004 y,

(v) que el discernimiento a este último respecto, ya había sido efectuado por el TDLC con motivo de la dictación de su resolución de apertura y admisibilidad del proceso consultivo de fecha 19 de mayo de 2020, de manera que su firmeza e intangibilidad prohíbe al Tribunal a revisarla, enmendarla o dejarla sin efecto en manera alguna.

3.- Que la “aclaración” es en realidad una nueva resolución, una nueva expresión de voluntad que sustituye de manera radical lo resuelto anteriormente por la írrita resolución de 25 de agosto de 2020, y que mediatamente pretende alterar de manera indebida lo resuelto en grado de firmeza por la originaria resolución de 19 de mayo de 2010.

4.- Que tanto o más grave es lo anterior, si se tiene presente que la “aclaración” jurídicamente supone una suerte de medida cautelar y aún una de carácter innovativo, pues no de otra forma cabe entender la prohibición de ejecutar el Sistema Tarifario M4P en uso y la aplicación substitutiva del PAR anterior, medida improcedente pues estas no existen en los procedimientos voluntarios por ser incompatibles con su propósito, no existe disposición alguna del DL 211 que faculte al TLDC para decretarlas y además se trataría de medidas innovativas, inexistentes en el régimen cautelar general del derecho chileno.

5.- Finalmente, cabe señalar que en caso alguno el AA N°5/2004 faculta al TDLC ni podría legalmente hacerlo, para que en el curso de un concreto procedimiento adopte una suerte de medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos consultados ni menos pretender afectar con ella los derechos preexistentes del solicitante atribuyéndole a tal suspensión efectos retroactivos, pues eso corresponde al ámbito de normas propias e inherentes a la jurisdicción y por ende al debido proceso jurisdiccional, que solo puede adoptar el legislador por disponerlo así la Constitución Política (Artículo 19 N°3 inciso 5°).

La utilización de estas atribuciones económicas como facultades procesales en el ámbito de las competencias contenciosas o no contenciosas, entraña un grave error conceptual, y excede las competencias que únicamente el legislador puede atribuir al órgano jurisdiccional, generando actos y actuaciones nulas, con las responsabilidades consiguientes al tenor de lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política”.

Sírvase el H. Tribunal: tenerlos a sus antecedentes.

TERCER OTROSÍ: En uso de las facultades que le confiere el artículo 31 N°5 del DL 211, solicitamos al H. Tribunal oficiar a las siguientes autoridades, para efectos de que éstas manifiesten su opinión sobre los efectos sistémicos que tendría el mantener a firme la Resolución Incidentada en lo principal de esta presentación:

1. Banco Central de Chile, con domicilio en Agustinas 1180, Santiago, representado por don Mario Marcel Cullell, Presidente.

2. Comisión para el Mercado Financiero, con domicilio en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1449, Santiago, representada por don Joaquín Cortez Huerta, Presidente.

Solicitamos asimismo oficiar a toda entidad, pública o privada, que, en opinión del H. Tribunal, pudiera ilustrar sobre los efectos sistémicos que implicaría mantener a firme la Resolución Incidentada.

Sírvase el H. Tribunal: acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSÍ: Acompañamos en este acto un documento en formato *Powerpoint*, denominado **“Línea de Tiempo Migración M4P”, que muestra los pasos que Transbank ha dado para migrar a un M4P, y permiten ilustrar cómo es imposible retrotraer dicha migración** ya ejecutada a una fecha anterior a la de la Consulta (13 de mayo de 2020), y especialmente a una anterior al 1° de abril de 2020.

Por el carácter especialmente sensible de la información contenida en este documento, solicitamos al H. Tribunal que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del DL 211 y los acuerdos segundo y tercero del Auto Acordado N°16/2017, “[s]obre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos” (“AA N°16/2017”), declare su confidencialidad.

Esta solicitud se fundamenta en que el documento acompañado contiene información confidencial, estratégica y comercialmente sensible de Transbank y de terceros, que se refiere a procesos de migración de *bines* ya ejecutados o en curso, término de contratos con emisores y contratos de servicios especiales, la que no podría ser revelada sin causar grave daño a sus respectivos titulares.

Asimismo, solicitamos que, conforme a lo dispuesto en los acuerdos 9° y 17° del Auto Acordado N°19/2019 y las modificaciones incorporadas en el numeral 4 del “Protocolo por Emergencia Sanitaria COVID-19” de fecha 26 de junio de 2020, se habilite un *drive* para poder acompañar este documento en su versión confidencial.

Para efectos de lo anterior, solicitamos que se envíe el enlace y clave de acceso al correo bmordoj@fn.cl.

Finalmente, una versión pública del señalado documento se acompaña en este acto.

Sírvase el H. Tribunal: tener por acompañado el referido documento en su versión pública y habilitar el respectivo *drive* para acompañar su versión confidencial.



Firmado
digitalmente por
NICOLE NEHME
ZALAUQUETT
Fecha:
2020.09.08
20:17:35 -03'00'



BENJAMIN
ARIEL
MORDOJ
HUTTER
2020.09.08
19:09:53
-05'00'