

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

Informe en Derecho

Tomás Menchaca Olivares

Profesor de Derecho Económico
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago de Chile, Septiembre 2020

Se me ha encargado elaborar un Informe en Derecho que se pronuncie acerca de los antecedentes de hecho y de derecho que se están conociendo producto del procedimiento no contencioso iniciado por Transbank S.A. (en adelante, “**Transbank**”, “**TBK**”, o la “**Consultante**”) en los autos sobre consulta rol NC 463-2020, caratulados “*Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020.*” (en adelante, la “**Consulta**”) ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”), y en particular, si lo consultado se ajustaría a las normas del Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones (en adelante, “**Decreto Ley 211**” o “**DL 211**”).

En particular, se me ha solicitado informar en derecho de la libre competencia, sobre la procedencia de lo ordenado por el H Tribunal en su resolución de fecha 2 de septiembre último, que en los hechos ordenó a Transbank dejar sin efecto unilateralmente el sistema tarifario para el Modelo de Cuatro Partes (en adelante también “**M4P**”) que se encuentra vigente y volver a un Modelo de Tres Partes (en adelante también “**M3P**”)¹, que dejó de estar vigente en nuestro mercado, afectando con ello relaciones jurídicas y fácticas plenamente constituidas y asimismo derechos y obligaciones de terceros.

El informe en su capítulo I se referirá al problema relativo a la resolución de fecha 25 de agosto último, en relación con lo dispuesto en el Auto Acordado N° 5 del H Tribunal y su correcto sentido y alcance, así como a un análisis de la reciente resolución de 2 de septiembre, que cambia completamente lo resuelto en la primera, que dice aclarar, e incumple claramente lo dispuesto en dicho Auto Acordado, así como cambia también lo decidido en la resolución que dio inicio al procedimiento, teniendo diversos problemas de orden jurídico, tando desde el punto de vista procesal como de fondo.

En los capítulos que siguen se analizan temas relacionados con el fondo de lo discutido en la Consulta presentada por Tansbank, por lo que también se relacionan con lo dispuesto en la referida resolución de fecha 2 de septiembre, pues analiza que es lo discutido en dicha consulta.

¹ El Modelo de Tres Partes está compuesto por tres actores: el comercio, el tarjetahabiente y el emisor/adquirente. Su funcionamiento consiste en que, al momento de pagar un cliente con tarjeta, este monto es traspasado al emisor, quien confirma que el cliente tiene fondos suficientes, para posteriormente enviar nuevamente el monto al comercio, pero sin el MD (cobro al comercio establecido por el adquirente).

El presente Informe se desarrollará en base al siguiente índice:

Tabla de Contenido

I. RESUMEN DEL PROBLEMA: A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO	4
a) <u>El origen del Problema.....</u>	4
b) <u>Cambio de Modelo Tarifario, el Acuerdo Extrajudicial y la Consulta</u>	4
c) <u>La consulta de un hecho existente.....</u>	5
d) <u>El Auto Acordado N° 5 (AA5) y la Resolución del 25 de agosto.....</u>	6
e) <u>La Resolución de fecha 2 de septiembre.....</u>	10
f) <u>¿Acto existente o por celebrarse?.....</u>	13
II. El PAR Aprobado y La Sentencia De La Excma. Corte Suprema	15
a) <u>Del origen del Plan de Autorregulación de Transbank</u>	15
b) <u>La Sentencia de la Excma. Corte Suprema referida al PAR.....</u>	16
c) <u>El Acuerdo Extrajudicial.....</u>	19
d) <u>La Consulta de Transbank sobre el sistema tarifario implementado desde el 1° de abril de 2020...21</u>	21
III. El Modelo Tarifario consultado	22
a) <u>Modelo tarifario establecido por TBK a partir del 1 de abril de 2020.....</u>	22
b) <u>Regulación chilena del Modelo de Cuatro Partes</u>	22
c) <u>Requisitos para operar bajo el Modelo de Cuatro Partes</u>	25
IV. Implementación del Modelo de Cuatro Partes por Transbank.	28
a) <u>¿Podía Transbank migrar a un M4P?.....</u>	28
b) <u>Regulaciones vigentes para un modelo de cuatro partes.....</u>	30
V. ¿Existe una regulación tarifaria obligatoria para Transbank?	31
a) <u>Libertad Tarifaria</u>	31
b) <u>Normativa de Libre Competencia aplicable.....</u>	35
VI. Conclusiones	36

I. RESUMEN DEL PROBLEMA: A LO IMPOSIBLE NADIE ESTÁ OBLIGADO

a) El origen del Problema

1. Este es un caso digno de un profundo estudio y análisis doctrinario. Nos muestra como apartarse del estricto apego al derecho nos aleja cada vez más del mismo, hasta llevar a una situación jurídica de imposible cumplimiento, y todos sabemos que a lo imposible nadie está obligado.
2. En efecto, los problemas partieron cuando se acogió a tramitación una consulta de un tercero que tenía una naturaleza claramente contenciosa. Cruz Verde pedía que se declarase que TBK cobraba tarifas a las farmacias que eran discriminatorias respecto de aquellas cobradas a los supermercados sin -a su juicio- una justificación económica razonable para ello.
3. Es decir, acusaba a un tercero, Transbank, de discriminar arbitrariamente precios, atentando con ello contra la libre competencia, dándosele tramitación no contenciosa a un asunto de naturaleza claramente contenciosa; lo que me parece es el primer error jurídico que llevó a la imposible situación actual.
4. Luego, al resolverse dicha consulta, no se respetó el principio de congruencia, regulándose materias que no fueron objeto de la misma; otro error jurídico. Más grave aún, se reemplazó una autorregulación tarifaria acordada en un proceso de conciliación, totalmente acorde con nuestro ordenamiento jurídico, por una regulación tarifaria impuesta no por el legislador, sino por los tribunales especializados, y en un procedimiento no contencioso iniciado por un tercero distinto a quien se autorreguló, para lo que estimo que no estaba facultado en ese procedimiento.
5. Sin perjuicio de lo anterior, existe un fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en dicho procedimiento, que produce el efecto de cosa juzgada y debe ser acatado, por lo que también se analizará en este informe a que obliga dicho fallo y cual es el objeto del procedimiento de Consulta iniciado por Transbank.

b) Cambio de Modelo Tarifario, el Acuerdo Extrajudicial y la Consulta

6. Ante el fallo de la Excma. Corte Suprema que, tal como hizo anteriormente el H TDLC, instaba al paso hacia un M4P, que es claramente más competitivo que el de Tres Partes

(M3P), y que claramente tiene un modelo tarifario totalmente diferente de este último, Transbank, que es una empresa no regulada que opera en una economía libre, decidió cambiar su modelo tarifario a aquel que se le había recomendado en diversas ocasiones por el H Tribunal, el de Cuatro Partes, y lo hizo sin consultarlo previamente (por eso la consulta es sobre hechos existentes), para lo que estimo que está claramente facultado y, lo más importante, estimo claro que el H Tribunal no puede tomar decisión alguna en este procedimiento que implique un prejuzgamiento sobre si estaba o no facultada Transbank para hacerlo, pues esa sería una discusión propia de un procedimiento contencioso que no existe y que el H Tribunal no puede iniciar de oficio.

7. Igualmente Transbank estimó adecuado acercarse a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también, “FNE”) para asegurar que ese tránsito hacia el M4P, ya iniciado el 1º de abril de 2020, se efectuara del modo más acorde a las normas de defensa de la libre competencia, y logró con ella un Acuerdo Extrajudicial en que se reguló la forma de transitar de un M3P a un M4P del modo más adecuado posible a la libre competencia, y considerando también un hecho objetivo, pero que claramente no depende ni es en modo alguno imputable a Tansbank; que las Tasas de Intercambio fijadas por las Marcas Internacionales de tarjetas para Chile diferencian por rubros y son en algunos casos más altas que el total del Merchant Discount que cobraba Tansbank bajo el M3P, que ya no existe en el mercado, según se demostrará más adelante.
8. El H TDLC resolvió rechazar el Acuerdo Extrajudicial no por algún motivo de fondo sino, en sus palabras, porque a su juicio el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del DL 211 no resultaba ser *“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.”*²

c) La consulta de un hecho existente

9. Precisamente para lograr la certeza jurídica que otorga el artículo 32 del DL 211, Transbank prefirió consultar la forma como autorregularía su nuevo sistema tarifario, y lo hizo en la misma forma como lo había acordado con la Fiscalía Nacional Económica.
10. Sin embargo Transbank decidió cambiar su modelo de negocios hacia uno de Cuatro Partes en forma previa a la Consulta, lo que es claramente factible y es su derecho constitucional hacerlo, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 19 N° 21 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, pero

² Consideración Décimo Cuarto, Resolución de fecha 29 de abril de 2020, Causa Rol AE N°17-20 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

siempre “respetando las normas legales que la regulen”. Al hacerlo, consideró la posición de la FNE estampada en el Acuerdo Extrajudicial.

11. Entre esas “normas que la regulan” de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 19 N° 21 de la Constitución Política, se cuentan las de libre competencia, y precisamente por ello, y siguiendo lo indicado por el propio H Tribunal en la resolución que resolvió el Acuerdo Extrajudicial, antes señalada, Transbank presentó una consulta sobre un hecho claramente existente, su nuevo Modelo de Cuatro Partes, que se encuentra vigente e implementado en su primera etapa, pero no se encuentra concluido, como constató acertadamente el H Tribunal en su Resolución de fecha 25 de agosto de 2020.
12. Frente a la consulta del hecho existente, aunque con una existencia que debía mutar a partir del 1 de abril del año 2021, el H TDLC (no en la existencia del M4P, sino en la forma de tarificarlo), luego de casi cuatro meses luego de acoger a tramitación una consulta de tal hecho existente, y luego que los aportantes de antecedentes lo hicieran sobre ese hecho existente -y reconocieran su existencia-, habiéndose producido ya el desasimio del Tribunal respecto de la resolución que le dio inicio, resuelve modificar lo señalado en la misma, indicando que si bien el hecho consultado seguía siendo uno existente, no se encontraría concluido, dado que se había implementado únicamente su primera etapa, también objeto de la consulta -consistente con lo acordado en el Acuerdo Extrajudicial rechazado- lo que es claramente efectivo.

d) El Auto Acordado N° 5 (AA5) y la Resolución del 25 de agosto

13. En la resolución de 25 de agosto de 2020, el H Tribunal resuelve aplicar lo dispuesto en su Auto Acordado N° 5 (en adelante también “AA5”), 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”*.
14. No puede ser más clara la norma, y la resolución del H Tribunal de fecha 25 de agosto que la hace aplicable, que dice claramente que **no podrán celebrarse, si no están celebrados, no podrán ejecutarse si están celebrados pero no ejecutados o no podrán concluirse si están celebrados y parcialmente ejecutados, pero no concluidos**.
15. Eso es lo que se desprende de la sola lectura de la disposición del AA5, y es lo que significa la **conjunción disyuntiva “o”**. Dicha conjunción 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 y, por ende, estos últimos quedan afectados por la precautoria implícita establecida en el inciso segundo del Acuerdo Tercero del AA5, como quedó muy claramente establecido en lo resolutivo de la resolución de fecha 25 de agosto último. Esta última resolución fue en cambio seriamente oscurecida por la de fecha 2 de septiembre, pretendió aclararla cambiando completamente su sentido y alcance, llevándola a tener uno que es completamente ilegal y me atrevería a decir que también inconstitucional.

16. Lógicamente a los hechos existentes no puede aplicarse sino la regla establecida en el Acuerdo Segundo del referido Auto Acordado, pues de lo contrario se infringiría claramente el mismo y, no solo ello, se infringiría la ley, pues se estaría estableciendo una medida precautoria ya no implícita sino explícita y con efecto retroactivo, dejando sin efecto relaciones jurídicas plenamente vigentes, para lo que carece de toda facultad el H Tribunal en un procedimiento no contencioso.
17. Precisamente por ello, para ese caso el Acuerdo Segundo establece que la oposición por legítimo contradictor hará contencioso el negocio, con lo que el H Tribunal pasaría a tener todas las facultades que le confiere -para ese procedimiento y no para el no contencioso- el art. 26 del DL 211, entre las que se cuenta modificar o poner término a actos o contratos, pero sólo después de un proceso contencioso legalmente tramitado en que se establezca la responsabilidad infraccional del acusado.
18. La Resolución original de 25 de agosto es clara y, sin perjuicio de su posible extemporaneidad (pues el procedimiento ya se había declarado iniciado por resolución firme) tiene un fundamento a mi juicio correcto; que el acto consultado era un hecho existente, pero que no se encontraba concluido a la fecha de la consulta. El efecto jurídico de ello, de aplicarse el AA5 es claro, y la resolución también lo era: “no podrá concluirse”. Precisamente por ello Transbank solicitó que se llamara a Audiencia Pública a la brevedad, para poder CONCLUIR el acto existente pero no concluido, consultado oportunamente, en la forma que el H Tribunal haya dispuesto.
19. La disposición legal que fundó la suspensión invocada en resolución de fecha 2 de septiembre del presente año, es aquella consagrada en el numeral tercero inciso segundo del AA5, que consagra una precautoria implícita que tiene una limitación jurídico procesal bastante nítida, que consiste en que los hechos, actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por parte del consultante. De ese modo, la medida cautelar regiría para; (a) el consultante, (b) desde la fecha de la consulta, y (c) sobre los hechos futuros consultados.

20. Sobre los hechos futuros consultados – y únicamente sobre ellos- radicaría una suspensión o prohibición de realizar alguna de las tres actuaciones limitadas por la medida cautelar: (c.1) celebrarse, (c.2) ejecutarse o (c.3) concluirse. En síntesis, el solicitante desde la fecha de la presentación de la consulta queda limitado a celebrar o ejecutar algún acto nuevo relacionado con el hecho consultado, o concluir alguna actuación relativa al mismo.
21. Como se puede apreciar, las tres actuaciones mencionadas por la medida cautelar implícita, no son equivalentes, sino difieren en cuanto a su definición, temporalidad y efectos. No sólo un análisis literal nos permite llegar a esa conclusión, como se explicó precedentemente, sino también las restantes reglas de interpretación jurídica, según se verá más adelante. Los tres conceptos indicados en la norma corresponden a:
 - *Celebrar*: tr. Hacer solemnemente [una función, ceremonia, junta, contrato o cualquier otro acto jurídico]
 - *Ejecutar Gral.* Proceder a dar cumplimiento a una disposición, una resolución judicial o administrativa, un acto o un contrato.
 - *Concluir*. tr. Acabar o finalizar algo. Concluí mi exposición. U. t. c. intr. Medidas para concluir con el exceso de velocidad en carretera
22. De los tres conceptos recién expuestos, se puede apreciar que existe una progresión temporal y existencial del hecho, acto o proceso sobre el cual recae. El *celebrar* un acto o contrato lleva de por sí la noción que el acto sobre el que remite el verbo o la acción, no existe, no ha nacido a la vida del derecho. Es de suyo evidente esa conclusión, toda vez que no puede pretenderse celebrar un contrato que ya se celebró.
23. Por otro lado, *ejecutar* ya supone la existencia de un contrato, acto jurídico o determinado hecho ya existente, y está vinculado con lograr el cumplimiento del mismo.
24. Finalmente, ***concluir***, cuya definición nos orienta a que los actos jurídicos, hechos o contratos ya se celebraron y ejecutaron parcialmente, pero queda pendiente alguna etapa o desarrollo para concluir la operación. Justamente, el redactor de la norma tuvo que incluir este concepto para comprender operaciones jurídicas y fácticas complejas, como las que dicen relación con la libre competencia. Materias, que por lo general, no importan un acto aislado, sino un conjunto de actos que se concretan sucesivamente en el tiempo en una determinada operación.
25. Considerar los conceptos analizados como equivalentes o sinónimos no sólo sería contradictorio con el tenor literal de la disposición bajo análisis, sino además vulneraría las normas de interpretación legal, pues restaría eficacia jurídica a los conceptos señalados por el redactor de la norma, haciéndolos redundantes, en circunstancias que

en caso de duda debe interpretarse una norma en el sentido que pueda producir algún efecto jurídico.

26. Justamente en la especie nos encontramos con hechos existentes, pero cuya operación final de implementación no se encuentra concluida. En efecto, se trata de un hecho claramente existente el nuevo modelo de Cuatro Partes, que se encuentra vigente y además ejecutado en su **primera etapa**, pero no se encuentra concluido, como constató acertadamente el H Tribunal en su Resolución de Fecha 25 de agosto de 2020.
27. Lógicamente a los hechos existentes no puede aplicarse sino la regla establecida en el Acuerdo Segundo del referido Auto Acordado, pues de lo contrario se infringiría claramente el mismo y, no solo ello, se infringiría la ley, pues se estaría decretando una modificación del *statu quo* o de la situación de hecho existente.
28. En ese orden de ideas, no puede dejar de mencionarse que la norma analizada, en el fondo se trata de una medida cautelar o precautoria, aunque implícita, y se ha dicho que *“las providencias cautelares son aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo de la misma”*.³
29. Las medidas cautelares tienen una finalidad propia conservativa, lo que ha sido ratificado por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto se ha dicho sobre las medidas cautelares que *“su principal objetivo será conservar la situación de hecho y/o de derecho que se ve amagada por un preciso periculum que cada medida prevé en concreto”*.⁴
30. En este orden de ideas, la facultad de modificar una situación de hecho existente no es propia de las medidas cautelares, debiendo el legislador facultar expresamente al órgano jurisdiccional para alterar la situación de *statu quo*, como lo ha hecho en otros procedimientos, como la Ley 19.968, en virtud de la cual el juez puede decretar medidas cautelares innovativas, modificando la situación de hecho imperante.
31. Sin embargo, para los procedimientos no contenciosos no existe disposición legal alguna que permita establecer medidas cautelares, y menos medidas cautelares innovativas. Precisamente por ello el H Tribunal no estableció propiamente una cautelar, sino que

³ Piero Calamandrei. "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Pág . 45. Librería El Foro. Año 1996. Buenos Aires.Argentina

⁴ Juan Carlos Marín González. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile, pág. 312. En el mismo sentido, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción N° de ingreso 888-2015.

dijo que es de la naturaleza de la consulta sobre los hechos, actos o contratos por celebrarse a que se refiere el art. 18 N° 2 del DL 211, esperar al pronunciamiento del Tribunal a su respecto, pero no así respecto de los hechos, actos o contratos existentes, ejecutados o concluidos a la fecha de la consulta, respecto de los cuales definitivamente no se aplica ni podría aplicarse -por su propio fundamento- la precautoria implícita de que estamos hablando (además de serles aplicable claramente el Acuerdo Segundo que se refiere a ellos expresamente).

32. Que en razón de lo expuesto, la resolución de fecha 2 de septiembre de 2020, vulnera el tenor expreso del AA5, la naturaleza de las medidas cautelares, y el fundamento de fondo de la disposición indicada. Asimismo, importa un actuar que excede el ámbito de la competencia del H. Tribunal, al resolver de la forma que lo hizo, en una modificación y alteración del *statu quo*, ordenando con ello la modificación de la situación fáctica existente, lo que no es procedente en el procedimiento no contencioso ni en las normas indicadas para así resolverlo.

e) La Resolución de fecha 2 de septiembre

33. Sin embargo, en una resolución en que el H Tribunal pretende aclarar la referida resolución, que era no solo clara sino totalmente acorde con lo dispuesto, también claramente, en el AA5, no aclaró lo resuelto, sino decidió algo totalmente opuesto a lo resuelto con anterioridad a través de una resolución firme, y algo que no solo contraviene el referido AA5, sino que pone al destinatario de la resolución en una situación jurídica de absoluta imposibilidad de cumplimiento, sin perjuicio de que además altera de manera profunda lo resuelto en la resolución de inicio del procedimiento, lo que además constituiría un vicio de nulidad procesal.
34. Aquí hay a mi juicio un importante error jurídico, pues la resolución pretende, en contravención al AA5 y a lo resuelto por el propio Tribunal, que la precautoria implícita establecida en la norma citada, que claramente solo es aplicable a los hechos futuros y no a hechos existentes, se aplique a estos últimos, y se aplique a éstos con efecto retroactivo.
35. Ello desconoce un hecho bastante claro, que por lo demás se reconoce en la resolución supuestamente aclarada; que en lo consultado coexisten hechos existentes con hechos futuros y que por ende a los hechos existentes se les deben aplicar sus reglas, claramente establecidas en el Acuerdo Tercero del AA5, y a los hechos futuros (LOS NO CONCLUIDOS) se les podría aplicar la precautoria implícita establecida en la misma.
36. Pero esto no es lo más grave. En esa resolución supuestamente aclaratoria se pone a Transbank en una situación jurídica de absoluta imposibilidad de cumplimiento.

37. Se le dice a Transbank que: *“Se ha suspendido expresamente la ejecución de todo el Sistema Tarifario, considerado éste como una unidad”*. Son hechos ciertos e indiscutibles que el Sistema Tarifario consultado no es una unidad; que la etapa transitoria ya estaba plenamente vigente al momento de la consulta, por lo que es también un hecho que se está ordenando retrotraer la situación de hecho a la existente cuando todavía existía un M3P; que se le está dando efecto retroactivo a la precautoria implícita del Acuerdo Tercero del AA N°5; y 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.
38. Todo lo anterior ya es bastante sorprendente, pero más aún lo indicado en la Consideración Tercera de la resolución de fecha 2 de septiembre bajo análisis: Dice que *“los Merchant Discounts (los **que incluyen** el margen adquirente, las **tasas de intercambio y los costos de la marca**) resultantes de la aplicación de todo el Sistema Tarifario (capítulo II y III de la Consulta) **NO PUEDEN SER COBRADOS** hasta que el Tribunal califique el cambio de circunstancias en que se fundan, así como su modelo de cálculo”*.
39. Esta consideración tiene dos elementos que la hacen insalvablemente nula:
- a. Pretende por un lado afectar, en una resolución aplicable a Transbank emitida en un proceso de consulta iniciado por dicha empresa, tarifas que no son fijadas por dicha empresa ni van en su beneficio;
 - b. Más grave aún, pretende que esas tarifas de terceros ajenos al procedimiento no contencioso bajo análisis, y también el margen Adquirente, que efectivamente es fijado por Transbank, **NO SE COBREN**. Es decir, el tenor literal de la resolución dice que una empresa no podrá cobrar las tarifas que constituyen prácticamente la totalidad de sus ingresos durante meses y, peor aún, que terceros que no son siquiera parte en el proceso tampoco podrán hacerlo. Sin embargo la parte resolutive de dicha resolución indica que ello significa que deben cobrarse las tarifas propias del antiguo M3P, que ya no existe y por ende no puede ser cobrado, lo que es igualmente imposible, pues la situación jurídica y de hecho ya cambió; esa es una realidad que Transbank no puede cambiar y por ende el H Tribunal no puede ordenarle que lo haga, pues en dicho caso lo pondría en una situación jurídica de imposible cumplimiento.
40. Es decir, se pretende exigir a Transbank que controle tarifas que no son fijadas por ella sino por las marcas internacionales, como las Tasas de Intercambio y los costos de

marca. Al mismo tiempo, se le pretende exigir que vuelva a un modelo tarifario con el que ya no opera y que ya no existe en el mercado, como si Transbank pudiera dejar sin efecto unilateralmente una gran cantidad de actos y contratos celebrados⁵ y plenamente vigentes -existentes- que producen todos sus efectos legales y que son plenamente exigibles.

41. Es sabido que las Tasas de Intercambio fijadas por las marcas no solo son más altas que algunos de los Merchant Discount que cobraba Transbank cuando operaba en un M3P, sino también que diferencian entre rubros.
42. Es precisamente por ello que la Fiscalía Nacional Económica presentó una solicitud de Instrucciones de Carácter General, que fue también rechazada por el H Tribunal porque el Supremo Gobierno informó que pensaba instar por su regulación por vía legal, que a juicio del suscrito parece ser la vía adecuada para hacerlo.
43. 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 (salvo en los casos excepcionalísimos establecidos por la ley, entre los que éste no se encuentra).
44. Por lo anterior, lo único que podría hacer Transbank para cumplir la resolución “aclaratoria”, si esta queda firme, será fijar el único precio que determina y puede determinar, el Margen Adquirente, en forma pareja para todos los rubros, pues la realidad es que hoy opera un M4P, y en ese modelo tarifario es el único precio que puede fijar. A ninguna empresa se le puede exigir que cobre un precio negativo, por lo que incluso si en el extremo cobrara \$ 1 como Margen Adquirente -lo que tampoco puede exigírsele porque evidentemente no cubre sus costos-, ello implicará que el total que los comercios deberán pagar en muchos casos aumentaría sustancialmente, por decisión del H Tribunal y no de Transbank, y ello pues la etapa transitoria del sistema tarifario sometido a consulta, aseguraba que no subieran las tarifas a todos los comercios, a pesar de la vigencia del modelo de Cuatro Partes.

⁵ El hecho que Transbank haya dejado sin efecto contratos de modo unilateral y haya mandado las cartas de adecuación de las tarifas a los comercios hasta donde alcanza mi conocimiento en nada cambiaría esto, pues los efectos jurídicos de esos actos unilaterales ya se habrían producido, según lo informado por Transbank.

f) ¿Acto existente o por celebrarse?

45. Según lo dicho, lo cierto es que el Sistema Tarifario implementado por Transbank consta de dos etapas claramente determinadas: en primer lugar, un régimen transitorio sobre el cual recae la Consulta objeto de análisis y que abarca desde el 1° de abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, que ya es un hecho existente, para el cual se celebraron todos los actos y contratos necesarios para aplicarlo; y una segunda etapa, desde el 1° de abril de 2021 en adelante, también objeto de la Consulta.
46. Lo que diferencia una y otra etapa no es el Modelo sobre el que opera Transbank, que ya es un hecho existente y en plena ejecución, y que corresponde a un M4P, sino únicamente la forma de su implementación. Así, en una primera etapa la consultante considera una autorregulación del Margen Adquirente (MA) a costo económico según tabla que acompaña a su presentación (Anexo N°1); y la segunda, sujeta la determinación del MA al resultado de un Informe elaborado por un panel de tres consultores independientes, a presentarse a Transbank y a la FNE bajo aprobación del H. TDLC.
47. A fojas 70, Walmart Chile S.A. (en adelante, “**Walmart**”) en su aporte de antecedentes, solicitó que se declare inadmisibles la consulta objeto de análisis y en subsidio, que se suspendan los efectos del hecho consultado. A lo cual, a lo principal el H. Tribunal no dio lugar por improcedente, y al otrosí no dio lugar por cuanto “la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes”⁶ respecto de los cuales, corresponde determinar si están o no conformes a la libre competencia y si deben fijárseles condiciones, reafirmando el sentido de la resolución de inicio del procedimiento. Creo importante destacar que ningún interviniente repuso la resolución que dio al procedimiento calificado como existente el hecho o acto consultado, con lo que esa resolución quedó a firme.
48. Frente a la reposición de tal resolución⁷, el órgano jurisdiccional decidió, con fecha 25 de agosto del presente, mantener su decisión de declarar admisible el procedimiento de consulta y por ende su fundamento antes indicado⁸. Sin embargo, en cuanto a los efectos del hecho consultado resolvió que, dado que los hechos, actos o contratos consultados no se encontraban concluidos a la fecha de la consulta, debía aplicárseles el inciso segundo del Acuerdo Tercero del AA5, que dispone:

⁶ Resolución de fecha 29 de julio de 2020, Causa Rol NC N°463-20 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁷ Escrito de Reposición de Walmart, a fojas 144.

⁸ Que la naturaleza de la consulta se refiere a hechos, actos o contratos existentes.

“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”.⁹

49. A juicio del suscrito, efectivamente, uno de los fines principales del procedimiento de consulta es otorgar certeza al consultante sobre la legalidad del hecho consultado. Sin embargo, que los actos o contratos consultados no puedan celebrarse, ejecutarse o concluirse sin autorización previa del H Tribunal responde naturalmente a aquellos cuya celebración u ejecución aún no existe, tal como se desprende del inciso primero del Acuerdo Tercero del AA5, en cuanto se refiere únicamente a los *“hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta”*¹⁰.
50. Al respecto, el Sistema Tarifario consultado con fecha 13 de mayo de 2020, es aquel que ya se ha implementado y que se encuentra en plena aplicación con fecha anterior a la Consulta, desde el 1° de abril de 2020. Por otro lado, como señalábamos supra el Sistema Tarifario contiene una segunda etapa, en que el MA se determinará (hecho futuro) de una forma diversa a la que actualmente se está aplicando, y cuya implementación aún no se ha iniciado. Únicamente a esta segunda etapa cabría aplicar el inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado antes citado, no así al sistema tarifario que ya está operando.
51. El artículo 18 N°2 del DL 211, que el AA5 pretende regular, es claro en cuanto a que lo consultado puede tratarse de un hecho, existente o por celebrarse *“Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse”*. Asimismo, también es claro que la finalidad del acuerdo tercero del Auto Acordado no era que se aplique a todo de tipo de actos consultados, sino sólo de aquellos “por celebrarse”, como es el caso de la implementación de las nuevas tarifas que comenzarían a regir a partir de abril del año 2021, cuyas tarifas aún no han sido determinadas ni aplicadas al comercio. Respecto de los “actos o contratos existentes”, entre las que se cuentan las tarifas transitorias que se implementaron para el

⁹ Inciso segundo del acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004, de fecha 22 de julio de 2004, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁰ Inciso primero del acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004, de fecha 22 de julio de 2004, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

M4P desde abril del presente año, a que se refiere dicha norma legal, se les aplican claramente las normas del Acuerdo Segundo del AA5, con lo que su existencia no puede ser objeto de suspensión alguna.

II. El PAR Aprobado y La Sentencia De La Excma. Corte Suprema

a) Del origen del Plan de Autorregulación de Transbank

52. El Plan de Autorregulación Para Establecimientos Comerciales y Emisores de Tarjetas de Crédito y Débito de Transbank (en adelante, “**PAR**”), que aplicaba al sistema tarifario bajo un M3P, **se originó producto de un Avenimiento Parcial** alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica, Transbank y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G en el contexto de un requerimiento de la FNE¹¹ en contra de Transbank ante la H. Comisión Resolutiva,¹² de fecha 20 de enero de 2004.
53. El 13 de abril del año 2005, el H. Tribunal aprobó el Avenimiento Parcial y el 12 de septiembre del mismo año, dictó la Sentencia N°29; acogiendo el requerimiento únicamente en cuanto estimó discriminatorio que no se hicieran los mismos pagos a Coopeuch que se hacía a los emisores de tarjetas que, a su vez, eran accionistas de Transbank, rechazándose en todo lo demás.
54. La Sentencia N° 29 del H. Tribunal, se refirió además, a la diferenciación de tarifas que Transbank aplicaba a los distintos rubros comerciales, concluyendo que *“la diferenciación de precios per se no es anticompetitiva, y que incluso podría ser necesaria para el funcionamiento eficiente de un mercado de este tipo”*¹³.
55. Posteriormente, Transbank presentó ante el H. Tribunal un Plan de Autorregulación, en cumplimiento de la Sentencia de dicho H. Tribunal, el cual fue aprobado el 09 de marzo del año 2006.
56. En virtud del Plan de Autorregulación Transbank se obligó a:
 - i. Permitir que cualquier establecimiento pueda incorporarse a la red de aceptación de tarjetas de crédito y/o débito, así como a todas o alguna marca;

¹¹ En el requerimiento la FNE acusó un supuesto abuso de poder monopólico fundado en la actuación conjunta de las instituciones financieras a través de Transbank en su rol adquirente.

¹² Posteriormente, Rol C N°16-04 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹³ Considerando Cuadragésimo Sexto, Sentencia N°29/2005, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- ii. Rebajar la comisión máxima por aceptación de tarjetas de crédito y débito a 3,5% y 2,5%, respectivamente;
 - iii. Cobrar comisiones y/o tarifas a los establecimientos que sean públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminación arbitraria y que cumplan con lo exigido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;
 - iv. Cobrar comisiones diferenciadas para tarjetas de débito y crédito, debiendo ser las primeras razonablemente menores que las segundas;
 - v. Aceptar que los bancos emisores puedan afiliar establecimientos directamente o a través de terceros.
57. En cuanto a la modificación del PAR, ésta quedó establecida como una facultad privativa de Transbank en tanto sistema de “auto” regulación; sin perjuicio de estar sujeta a las disposiciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (actual Comisión para el Mercado Financiero), y que no se tratase de valores superiores a los establecidos en el PAR aprobado.
58. El PAR para el Modelo de Tres Partes distinguía por rubro de actividad económica y por tipo de tarjeta. Sin embargo, hoy ya no se está aplicando el modelo de Tres Partes, por lo que todo lo dicho a su respecto en el PAR aprobado no es ni puede ser aplicable a un M4P, tal como reconoció la Excma. Corte Suprema en su Sentencia Rol N° 24.828-2018 de fecha 27 de diciembre de 2019 (en adelante la “**Sentencia**”).
59. Así entonces, el PAR como sistema tarifario de Transbank respecto de las comisiones cobradas a los comercios afiliados, y respecto de tarifas a emisores, se implementó como producto de un procedimiento contencioso iniciado por la FNE; el cual fuera aprobado por el H. TDLC y bajo el modelo imperante de la época, esto es, un Modelo de Tres Partes, y por la propia naturaleza de sus disposiciones, que suponen que Transbank actúa por mandato de los emisores en su relación con los comercios, no podría en caso alguno ser aplicable a un Modelo de Cuatro Partes.
- b) [La Sentencia de la Excma. Corte Suprema referida al PAR](#)
60. Se me ha solicitado informar asimismo el sentido y alcance la Sentencia de la Excma. Corte Suprema que resolvió, en definitiva, la consulta efectuada por Cruz Verde¹⁴ luego de la reclamación interpuesta por Transbank de la Resolución N°53/2018 de este H. Tribunal (en adelante, “**Resolución N°53**”), y si el cumplimiento o incumplimiento de

¹⁴ Consulta Rol NC 435-2016, caratulados “*Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*”, respecto de si los merchant discount aplicables a las cadenas de farmacias deberían asimilarse a los que se aplican a los supermercados.

dicha sentencia puede ser conocido en el procedimiento de Consulta iniciado por Transbank.

61. Para responder a lo anterior, es necesario en primer lugar establecer que dicha Sentencia ordenó modificar el PAR aprobado por el TDLC respecto del modelo de negocios adoptado por Transbank denominado Modelo de Tres Partes y evidentemente aplicable a dicho Modelo Tarifario y no al M4P; ello en tanto no se efectúen las regulaciones pertinentes para un Modelo de Cuatro Partes o se sustituya integralmente el imperante.
62. La consulta de Cruz Verde, como se expuso anteriormente, tuvo por objeto obtener el pronunciamiento de la autoridad de libre competencia, específicamente sobre los criterios aplicados por Transbank en la determinación de los MD de Cruz Verde, respecto de otros rubros comerciales análogos; y la conformidad o no de dicha aplicación práctica a la libre competencia.
63. El H. TDLC concluyó que el PAR existente a la fecha de la referida consulta (respecto del Modelo de Tres Partes) no era compatible con la normativa de libre competencia y se le debían efectuar las modificaciones que indica. Ante el petitorio de la reclamación, la Sentencia decidió acoger el recurso interpuesto por Transbank, dejando sin efecto la Resolución N°53.
64. La decisión de el Máximo Tribunal consistió en declarar, en lugar de la Resolución N°53/2018, que Transbank deberá:

“[A]daptar 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”¹⁵.
65. A juicio del suscrito, las instrucciones contenidas en el fallo de la Excma. Corte Suprema se aplican únicamente al Modelo de Tres Partes (sin perjuicio de aplicarse las normas de libre competencia y por ende los principios de libre competencia contenidos en la Sentencia en cuanto le sean compatibles, también al Modelo de Cuatro Partes, pero no en cuanto resolución jurisdiccional).

¹⁵ Sentencia Rol N° 24.828- 2018 de fecha 27 de diciembre de 2019, Excelentísima Corte Suprema.

66. Ello debido a las siguientes consideraciones:

- i. La Consulta de Cruz Verde, tuvo por objeto el pronunciamiento de la autoridad de libre competencia sobre los criterios aplicados por la empresa Transbank en la determinación del MD, que en los hechos era cobrado respecto a su rubro comercial en relación con la comisión cobrada en otros análogos, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia; todo ello en el marco del Plan de Autorregulación de Transbank para el Modelo de Tres Partes en el que operaba en esa fecha.

Recordemos que, el Plan de Autorregulación de Transbank objeto de dicha consulta, era aquel aprobado bajo el Modelo de Tres Partes por el H. TDLC. Asimismo, tal como señalaba la consulta de Cruz Verde, hasta la fecha de la misma, Transbank operaba bajo el Modelo de Tres Partes; y justamente, la conformidad de los MD sujetos a dicho modelo son los que se estaban consultando.

- ii. Por otra parte, lo resolutivo de la Sentencia señaló expresamente que lo que tenía que hacer Transbank era “adaptar” el PAR existente a esa fecha, y, como se indicó en el punto (i), el PAR actual se aprobó e implementó para un Modelo de Tres Partes. Por ende, los MD de ese modelo son los que se debían adaptar, acomodar o ajustar a la Sentencia; de lo contrario, la Excm. Corte Suprema hubiera establecido claramente que en cuanto Transbank migrara al nuevo modelo, debía cumplir con un nuevo PAR específicamente para el Modelo de Cuatro Partes bajo criterios que en su Sentencia hubiere asentado. Sin embargo, ni aún ello hubiera podido ocurrir porque se encontraría fuera del alcance de lo consultado.
- iii. Lo anterior es coherente con el hecho de que, a lo largo de toda la Sentencia, la Corte Suprema hizo alusión solamente a la regulación del Modelo de Tres Partes, incluso en la consideración décimo primero¹⁶ cuando se refirió a la “Bases de

¹⁶ Décimo Primero: “[...] Como resultado de tales encuentros los interesados suscribieron un documento intitulado “Bases de acuerdo” en el que se contienen las nociones y conceptos fundamentales de un común entendimiento en las materias de que trata la consulta. **En dicho texto los comparecientes expresan, en relación con el Modelo de Tres Partes actualmente vigente**, que “Transbank incorporará a las farmacias a exactamente la misma categoría tarifaria que actualmente aplica a los supermercados bajo el Plan de Autorregulación Tarifaria (“PAR”) vigente, de manera que para farmacias y supermercados regirán las mismas reglas para la determinación del merchant discount que se les aplique”, precisando enseguida que esos nuevos merchant discount “se aplicarán desde el 1 de enero de 2020, a todo evento” y que “**se mantendrán vigentes hasta la completa migración a un Modelo de Cuatro Partes**”. Finalmente, proponen a la Corte que “este acuerdo entre los Intervinientes, en los términos descritos, reemplace íntegramente la Resolución N°53/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,

Acuerdo”, que no fueran aprobadas por la Excma. Corte y que que también regulaban un Modelo de Cuatro Partes.

- iv. Que la adopción de un PAR recaiga únicamente en el Modelo de Tres Partes también conversa con la determinación de su vigencia pues, de acuerdo al fallo de la Corte Suprema, ésta se estableció hasta que “la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante”. Mas adelante se analizará que la regulación para operar en un M4P ya existe y se está aplicando por diversos actores del mercado, entre los que se cuenta Transbank.

c) El Acuerdo Extrajudicial

67. Con fecha 4 de febrero de 2020 la FNE, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 39 letra d) del DL 211 inició una investigación¹⁷ para fiscalizar el cumplimiento e implementación de lo ordenado por la Sentencia.
68. Como bien dijo el H. Tribunal cuando rechazó la solicitud de cumplimiento incidental de la FNE, el único camino que tenía la Fiscalía para perseguir un supuesto incumplimiento de la misma era: i) mediante el inicio de una investigación (que podría dar lugar al archivo de los antecedentes, si concluyen que no hay infracción alguna o al logro de un acuerdo extrajudicial con TBK) o, (ii) al inicio de un procedimiento contencioso por eventuales infracciones a la libre competencia. Finalmente, la Fiscalía optó por el inicio de una investigación que arribó en un acuerdo extrajudicial con Transbank (en adelante, el “Acuerdo”).
69. En el mencionado Acuerdo, **las partes reconocieron que Transbank había transitado a un modelo de Cuatro Partes y que para dicho modelo debiera regir un sistema tarifario propuesto por Transbank para autoregularse de manera voluntaria en el Modelo de Cuatro Partes**, respecto del cual, como se verá, no existe un plan de autorregulación aprobado.
70. El Acuerdo consideraba que, dentro del marco regulatorio de un Modelo de Cuatro Partes según lo dispuesto en la normativa del Banco Central de Chile, Transbank: (i) había obtenido licencias propias e independientes de los emisores nacionales para operar

rigiendo para Transbank en todo lo no modificado por este acuerdo, el PAR y el avenimiento alcanzado entre Transbank y la FNE con fecha 5 de abril de 2005” (Lo destacado es mío)

¹⁷ Resolución de inicio de la investigación Rol FNE N° 2605-20, de fecha 04 de febrero de 2020, relativo al cumplimiento de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24.939-2018.

como adquirente en relación a las marcas de tarjetas de pago; (ii) había acordado (a la fecha de la suscripción del Acuerdo) el término de casi la totalidad de los contratos de operación y mandatos que mantenía con los emisores locales; y (iii) se obligaría a dar aviso de término anticipado a los restantes.

71. Además, el Acuerdo contenía la autorregulación respecto del MD que Transbank cobraría a los comercios el cual contemplaba: el costo de la Tasa de Intercambio (en adelante, “TI”); el costo correspondiente a las marcas de tarjetas a título de membresías, switch y otros servicios; y el Margen Adquirente como único monto determinado por Transbank. En este aspecto, Transbank se obligó de manera excepcional y transitoria¹⁸ a absorber las eventuales alzas de MD a los comercios que producían déficits como consecuencia del paso a un Modelo de Cuatro Partes, alzas derivadas de las TI y costos de marca que no eran determinadas por ella.
72. El Acuerdo contenía asimismo, otras estipulaciones referidas a los servicios optativos o adicionales que pudiera ofrecer Transbank a los comercios y emisores de tarjetas. Respecto de los proveedores de servicios para procesamiento de pagos (en adelante, “PSP”), las partes del Acuerdo declararon aún no contar con los antecedentes necesarios para evaluar su impacto en la competencia, por tanto, no se incorporaron dentro del sistema tarifario propuesto, sin perjuicio de que la FNE en el intertanto señaló solicitar la información pertinente para obtener una eventual propuesta de Transbank.
73. Dicho Acuerdo fue presentado por las Partes ante el H. Tribunal para su aprobación en la causa AE-17-2020, sin embargo, en resolución de fecha 29 de abril del 2020, el H. TDLC decidió rechazar el Acuerdo, en tanto el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del DL 211 no resultaba ser *“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”*¹⁹.

¹⁸ Numeral 20 del Acuerdo Extrajudicial: *“En relación con los comercios indicados en el numeral (ii) del párrafo anterior, Transbank absorberá temporalmente la pérdida que le generan esos comercios deficitarios de la siguiente forma: (a) Transbank no aplicará alzar a esos comercios por el plazo de un año, contado desde el 1° de abril de 2020; (b) durante el segundo año, que comienza el 1° de abril de 2021, Transbank reducirá paulatinamente la absorción de dicha pérdida a razón de la disminución de un cuatro del subsidio respecto de cada comercio en cada trimestre siguiente, hasta el 31 de marzo de 2020”*; además de una absorción sin plazo para las empresas de menor tamaño definidas en el Acuerdo como aquellas de ventas con tarjetas inferiores a 35.000 Unidades de Fomento Anuales.

¹⁹ Consideración Décimo Cuarto, Resolución de fecha 29 de abril de 2020, Causa Rol AE N°17-20 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- d) La Consulta de Transbank sobre el sistema tarifario implementado desde el 1° de abril de 2020.
74. Frente al rechazo del Acuerdo Extrajudicial,²⁰ Transbank decidió implementar el Modelo de Cuatro Partes prácticamente en la misma forma como lo había acordado con la FNE. Luego de ello, con fecha 13 de mayo de 2020, presentó una consulta al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre un hecho existente, el sistema tarifario ya adoptado con anterioridad,²¹ al menos en cuanto al paso hacia un Modelo de 4 Partes y su tarificación transitoria, indicando que para prestar sus servicios de adquirencia *“ha establecido precios máximos para sus servicios a emisores y una tarificación a costo económico para los servicios a prestar a PSP y otros operadores”*²² y que en cuanto a los comercios, *“ha autorregulado su margen adquirente (“MA”) para una serie de servicios básicos de su operación que es aquella porción (menor) del merchant discount (“MD”) que un adquirente cobra en un M4P”*.²³ Finalmente, en lo referente a las TI y Costos de Marca, señaló que no se hizo cargo por ser ello materialmente imposible al ser un factor exógeno a éste.
75. En adición a lo anterior, la Consultante hizo presente que:
- (i) Ya se había producido un verdadero *“cambio de circunstancias”* en la industria de los medios de pago haciendo que el PAR con que Transbak operaba bajo el Modelo de Tres Partes haya perdido su objeto y causa, solicitando por ello, una declaración de mera certeza que deje constancia de la terminación de su vigencia; y que,
- (ii) Recogiendo los términos de la Sentencia se estaba en presencia del escenario en que la autoridad competente ya había dictado las regulaciones que son pertinentes para el Modelo de Cuatro Partes.
76. En dicha Consulta, el H. Tribunal podrá analizar de manera exhaustiva si dicho plan tarifario para un Modelo de Cuatro Partes está conforme con las normas sobre defensa de la libre competencia o las condiciones que debería cumplir para que ello ocurra; nada más ni nada menos, pues ese y no otro es el objeto de la litis.

²⁰ **“En base a lo requerido en la resolución de término del proceso Rol AE N°17-20, dicho Sistema Tarifario se somete por esta vía a consideración del H. Tribunal,** sistema que es plenamente consistente con la libre competencia, al promoverla decididamente, y lo es también con el bienestar de los comercio, emisores, PSP y otros operadores, y muy especialmente de los consumidores” (Lo destacado es mío) Página 3 de la Consulta.

²¹ El sistema fue implementado a partir del 1° de abril de 2020.

²² Página 1 de la Consulta.

²³ Página 2 de la Consulta.

III. El Modelo Tarifario consultado

a) Modelo tarifario establecido por TBK a partir del 1 de abril de 2020

77. El modelo tarifario consultado, por el cual Transbank decidió autorregularse en relación a los comercios, y consultar como hecho existente esa regulación, consiste en la determinación de un MD compuesto por:

- (i) La TI informada por las Marcas y percibidas por los emisores de Tarjetas;
- (ii) Los Costos de Marca, también fijados por las Marcas; y,
- (iii) El MA, único que es fijado por el adquirente, en este caso, Transbank.

78. Para tales efectos, señaló que:

(i) Ha obtenido y cuenta con licencias propias e independientes de aquellas de los emisores nacionales para operar como adquirente directo de las marcas internacional de Tarjetas de Pago Mastercard, Visa y American Express Limited - hecho existente-; y por otro lado,

(ii) Ha terminado la totalidad de los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con emisores locales en el contexto del funcionamiento de un Modelo de Tres Partes -hecho existente-.

79. Ambos son hechos existentes a los cuales únicamente se les puede aplicar el Acuerdo Segundo y no el Tercero del AA5.

80. Cabe preguntarse ahora si el modelo tarifario ya implementado, cuyas tarifas se encuentran establecidas y para su primera etapa, se enmarca bajo la modalidad de un Modelo de Cuatro Partes- como señala la Consultante- o bien continúa operando en un Modelo de Tres Partes.

b) Regulación chilena del Modelo de Cuatro Partes

81. En primer lugar, cabe señalar que la alternativa de operar en un Modelo de Cuatro Partes, ha sido recogida por el Banco Central de Chile (en adelante, “**BCCH**”), quien, en su

calidad de regulador de los medios de pago²⁴ es llamado por su Ley Orgánica Constitucional (en adelante, “LOC”) a velar por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, así como a dictar las normas a que deben sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito u otro similar, que esté bajo fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero²⁵.

82. Tal posibilidad -que también le es aplicable a las emisores u operadores distintos de las empresas bancarias²⁶- fue recogida por la autoridad reguladora luego de la Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 del H. TDLC²⁷.
83. La Proposición Normativa sugirió, entre otras materias, la prohibición de la regla NAWI (No acquiring Without Issuing) en virtud de la cual los servicios de adquirencia puedan contratar directamente con los proveedores de red:

“la aplicación de esta regla contractual ha contribuido a limitar el negocio de la adquirencia exclusivamente a los bancos emisores. Por esto, según se ha visto, la regla ha sido eliminada o limitada severamente en algunos países. Con esta prohibición se busca que las empresas que ofrecen los servicios de adquirencia puedan contratar no solamente con los bancos emisores, sino también en forma directa con los proveedores de red (por ejemplo, con las marcas de tarjetas internacionales). Sin embargo, según los antecedentes del proceso, la aplicación de esta regla no sólo se limita a la práctica de las marcas internacionales, sino que en el caso chileno, se ha derivado de la interpretación de los capítulos I.3, III.J.1, CNF; I.4 y I.5., III.J.2, CNF. Estos capítulos establecen que es responsabilidad de los emisores afiliar comercios y operar las tarjetas, pero que estas actividades pueden ser delegadas en un tercero. Por lo que, supuestamente, sólo en virtud de una autorización de

²⁴ “En Chile, la regulación de la industria de los medios de pago con tarjetas ha sido sustancialmente delegada por el legislador a dos autoridades sectoriales: el Banco Central y la SBIF (hoy CMF).” Proposición De Modificación Normativa N° 19/2017 Sobre Servicios Asociados A La Utilización De Tarjetas De Crédito Y Debito De Aceptación Universal, ROL ERN N° 20-2014, pág. 95.

²⁵ Artículo 35 N°7 Ley 18.840: “En materia de regulación del sistema financiero y del mercado de capitales, son atribuciones del Banco dictar las normas a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”;

²⁶ Artículo 2° de la Ley 20.950 que Autoriza la Emisión y Operación de Medios de Pago con Provisión de Fondo por Entidades no Bancarias: “Sin perjuicio de las disposiciones de la presente ley, las empresas a que se refiere el artículo 1 se regirán por la normativa que dicte el Banco Central de Chile de conformidad con el artículo 35, N° 7, de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central, así como por las disposiciones de la Ley General de Bancos, en lo que les sea aplicable. Estarán sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en los términos y conforme a las atribuciones que establece el artículo 2 de dicho cuerpo legal”.

²⁷ Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre Servicios Asociados a la Utilización de Tarjetas de Crédito y Débito de Aceptación Universal, Rol ERN N°20-2014.

un emisor un tercero podría dedicarse a esta tarea. Esta normativa debiera ser modificada de acogerse la presente recomendación²⁸. (Lo destacado es mío).

84. Así entonces, recogiendo las recomendaciones de la Proposición N°19, el numeral 3.ii del Título I del Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras (en adelante, “CNF”) sobre Operación de Tarjetas de Pago del BCCH contempló la descripción de un Modelo de Cuatro Partes en que siguieron recomendaciones del H Tribunal, el cual hoy en día se encuentra operativo y siendo utilizado también por algunos adquirentes distintos de Transbank²⁹. La descripción de este Modelo en nuestro derecho es la siguiente:

“El Operador podrá proveer los servicios antes referidos actuando bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

ii.- En virtud de un contrato celebrado con una entidad que revista el carácter de “Titular de la Marca” de Tarjetas que corresponda, conforme a lo previsto en el numeral 5 del Título I del Capítulo III.J.1, quien a su vez 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 los mismos, según los términos y condiciones aplicables a la emisión de esas Tarjetas. Por lo tanto, para prestar servicios bajo esta modalidad, el Operador y el o los Emisores deberán haber adherido previamente a una red o sistema de Tarjetas asociado al Titular de la Marca, y siempre que este último provea el licenciamiento de su marca y los servicios asociados a su uso en Chile, bajo condiciones generales, objetivas y no discriminatorias [...]”³⁰

85. En el Informe de Estabilidad Financiera del segundo semestre del año 2018, el BCCH describió también el funcionamiento del Modelo de Cuatro Partes en virtud de las normas ya dictadas:

“Bajo un esquema de funcionamiento de 4 partes, en virtud de las normas internas de los sistemas de tarjetas, una tarjeta de pago con una marca determinada debe ser aceptada en cualquier comercio que admita alguna tarjeta de esa marca (regla “honour all cards”). Así, los Adquirentes (entidades que se relacionan directamente con los comercios) no requieren del consentimiento de los Emisores (entidades que se relacionan directamente con los tarjetahabientes) para procesar pagos con sus tarjetas, ni éstos requieren de un vínculo contractual con los primeros para que sus tarjetas sean aceptadas por los comercios.

Por otra parte, en el Modelo de 4 Partes el *merchant discount* (MD) cobrado a los comercios se distribuye entre Emisores y Adquirentes a través de la denominada “tarifa de intercambio” (TI) que

²⁸ Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre Servicios Asociados a la Utilización de Tarjetas de Crédito y Débito de Aceptación Universal, Rol ERN N°20-2014, p. 151.

²⁹ Por ejemplo, Banco Santander y Multicaja respecto de Mastercard

³⁰ Compendio de Normas Financieras sobre Operación de Tarjetas de Pago del BCCH, Capítulo III.J.2, Título I, numeral 3.ii.

debe pagar el Adquirente al emisor, **la cual usualmente es determinada por las marcas de tarjetas. La diferencia entre MD y TI es el margen para el Adquirente (MA)**³¹” (lo destacado es mio)

c) Requisitos para operar bajo el Modelo de Cuatro Partes

86. Los requisitos son claros: para prestar los servicios de adquirencia bajo esta modalidad, es indispensable haber celebrado un vínculo contractual directo con el Titular de una Marca de Tarjeta, proveyendo éste a su vez el licenciamiento de la marca y sus servicios asociados.

87. En ese sentido, en el aporte de antecedentes de la Consulta en análisis, el Banco Central de Chile señaló que:

“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 Tarjetas³²” (lo destacado es mío).

88. Del mismo modo, la Fiscalía Nacional Económica considera esencial el vínculo contractual con el Titular de las Marcas de Tarjeta, e incluso como el hito necesario para diferenciarlo del Modelo de Tres Partes:

“El M4P se puede definir como aquel en que la emisión y la adquirencia no necesariamente se vinculan de manera directa, sino que lo hacen mediante la adhesión de los actores de cada uno de los lados del mercado a una o más marcas de tarjetas, en la medida que el operador asume la responsabilidad de pago ante los comercios afiliados. Para esto último, es una condición necesaria que un operador tenga suscrito un contrato de licencia con una o más marcas de tarjetas, tal como lo reconoce el párrafo 3(ii) del título I del Capítulo III.J del CNF. Esto marca la diferencia fundamental con el M3P, en el que el operador actúa bajo un contrato directo con los emisores para desarrollar la función de adquirencia.”³³ (Lo destacado es mío) .

89. **Transbank**, como se indicó *supra*, **actualmente cuenta con licencia directa de las Marcas de Tarjetas**, por lo que está actuando por sí misma y ofreciendo sus servicios de adquirencia y procesamiento a quien lo solicite, igual que sus competidores que operan bajo este M4P, como el Banco Santander y Multicaja; y, por otro lado, **ha puesto término a los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con los emisores, ambos HECHOS EXISTENTES, dejando atrás un Modelo de Tres Partes, en**

³¹ Informe de Estabilidad Financiera del segundo semestre del año 2018 del BCCH, página 80.

³² Aporte de Antecedentes del BCCH, página 3.

³³ Aporte de Antecedentes FNE, página 17.

que el Operador para proveer los servicios requería celebrar un contrato con uno o más Emisores de Tarjetas³⁴.

90. Por ello, como se ha indicado reiteradamente en este informe, es absolutamente imposible jurídica y facticamente a Transbank cobrar tarifas de un M3P, y mucho menos cobrar tarifas que definitivamente, bajo el modelo de Cuatro Partes imperante, no fija, y en montos distintos a los que establecen las marcas internacionales. Ello sólo podría imponerse -el legislador, y no Transbank- a las Marcas Internacionales, y no a Transbank.
91. Por tanto, a juicio del suscrito, la modalidad de operación de tarjetas de pagos propuesta por el Consultante se enmarca dentro de la regulación del literal ii, del número 3 del Capítulo III.J.2 del CNF, que corresponde a un Modelo de Cuatro Partes. Así también lo han entendido en sus distintos aportes de antecedentes del proceso, American Express Travel Service Company³⁵, la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile³⁶, la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile³⁷, Compañía de

³⁴ Numeral 3.i del Título I del Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

³⁵ “Como ha indicado Transbank en su Consulta, este cambio en la estructura del mercado se habría iniciado el 1° de abril de 2020, cuando comenzó a operar en su totalidad bajo el M4P. Ello es valorado y bienvenido por AMEX”, Aporte de Antecedentes American Express Travel Service Company, página 1.

³⁶ “Uno de los cambios más significativos del mercado, sin duda lo constituye la implementación del nuevo modelo, en cuyo contexto se inserta la Consulta sometida a conocimiento y a la declaración de conformidad por parte de este H. Tribunal, esto es, la declaración que el nuevo Sistema Tarifario implementado por TBK desde el 1° de abril de 2020 (“Sistema Tarifario”), que se encuentra operando en el mercado de adquirencia de Tarjetas de Pago bajo el M4P se ajusta a las normas de defensa de libre competencia”, Aporte de Antecedentes Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile, página 5.

³⁷ “Estamos muy conscientes que a contar del 1° de Abril del presente año, la empresa Transbank está operando con el nuevo sistema denominado de cuatro partes, en calidad de autorregulación en relación con los comercios en el contexto de los servicios de aquerencia”, Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile, página 2.

Petróleos de Chile³⁸, la Fiscalía Nacional Económica³⁹, la Comisión para el Mercado Financiero⁴⁰ e incluso el mismo Banco Central de Chile⁴¹.

92. Sin embargo, existieron otros aportantes, particularmente dos de ellos, Servicios Visa International Limitada⁴² y Flow⁴³, quienes indicaron que no era efectivo que se encontraran operativas las condiciones para operar bajo dicho sistema, particularmente, porque no se estaba procesando a través de la marcas. Lo anterior, a mi juicio, se refiere a aspectos prácticos de la operación que tienen que ver con que las marcas tienen interés en que las transacciones pasen por su *switch*, dado que cobran por ello, pero que en nada afectan el que, de acuerdo con la normativa previamente citada, se esté operando en un M4P. Así lo entendió la FNE:

³⁸ “Como es de conocimiento de este H. Tribunal, a comienzos de 2020 Transbank decidió migrar desde el modelo tarifario de tres partes (“M3P”) a un modelo de cuatro partes (“M4P”), dejando unilateralmente sin efecto las tarifas que cobraba hasta esa fecha”, Aporte de Antecedentes Compañía de Petroleos de Chile, página 1.

³⁹ “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 1° de abril del año 2020, se completó el paso de este operador al modelo de cuatro partes, lo que se fundamenta en dos hechos”, Aporte de Antecedentes FNE, página 17.

⁴⁰ “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 (...)”.

“En el escenario que se está desarrollando como consecuencia de la implementación del modelo de 4 partes, este Organismo estima pertinente aportar antecedentes respecto de los nuevos participantes que integran el sistema en el ámbito de la operación de Tarjetas (...). (Lo destacado es mío), Aporte de Antecedentes CMF, numerales 7 y 22.

⁴¹ “Como se expresara, Transbank S.A. señala en la consulta que: “(i) ha obtenido y cuenta con licencias propias e independientes de aquellas de los emisores nacionales para operar como adquirente directo de las marcas internacionales de Tarjetas de Pago (...) y, (ii) ha terminado la totalidad de los contratos de operación y mandatos de afiliación que mantenía con emisores locales en el contexto del funcionamiento anterior bajo el modelo de tres partes (“M3P”)”. De esta manera, de acuerdo a lo señalado en la consulta del antecedente, 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” (Lo destacado es mío), Aporte de Antecedentes BCCH, página 1.

⁴² “En opinión de Visa, para que opere plenamente el modelo de cuatro partes promovido por la autoridad de Libre Competencia y sectorial, independiente de lo indicado en la Consulta, deberán verificarse las siguientes circunstancias: (A) Que Transbank, en su nuevo rol de adquirente de Visa, abandone su anterior rol de proveedor de la compensación y liquidación de transacciones Visa; (B) Que los sistemas de procesamiento de Transbank estén listos para enrutar a VisaNet todas las transacciones Visa originadas en los comercios afiliados por Transbank, independiente de quien es el emisor, para autorización, compensación y liquidación; y, (C) Que dicha realidad coexista con la interoperabilidad entre todos los emisores y adquirentes de tal marca y, a su vez, con Visa”. Aporte de Antecedentes Visa, página 10.

⁴³ “Hoy las transacciones se procesan en la misma modalidad y sistemas con que se procesan en el M3P. En consecuencia, no es efectivo que el M4P se encuentre implementado operacionalmente, ya que hoy no se procesa (o solo de forma marginal) a través de las marcas, por lo que no se justifica la introducción de componentes tarifarios del M4P si los costos de procesamiento se han mantenido constantes.” Aporte de Antecedentes Flow, página 8.

“Para el 1 de abril de 2020, el paso de Transbank al modelo de cuatro partes está completo, en términos regulatorios y contractuales, aun cuando operativamente quedarían pendientes algunas interconexiones y desarrollos por ciertos emisores, como ha descrito la misma empresa ante este H. Tribunal.”⁴⁴

93. De todas formas, este mismo H. Tribunal no ha desconocido que quien ejerce como adquirente, puede además actuar como procesador⁴⁵. Sin perjuicio de recomendar que, al igual que el resto de los agentes que intervienen en el Sistema de Pagos, estén claramente diferenciados⁴⁶.

IV. Implementación del Modelo de Cuatro Partes por Transbank.

a) ¿Podía Transbank migrar a un M4P?.

94. Con fecha 13 de mayo del presente, Transbank consultó al H. TDLC sobre “*la conformidad con la normativa de defensa de la libre competencia -en calidad de hecho, acto o contrato existente o ejecutado a esta fecha- del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*”.
95. Tal como se señaló anteriormente, el suscrito estima claro que el nuevo sistema implementado por Transbank es un Modelo de Cuatro Partes y también que el Modelo Tarifario consultado para dicho M4P se encuentra en plena aplicación, aunque con el monto de las tarifas establecidas para el periodo transitorio y sin que se hayan implementado todavía las tarifas que se aplicarían a partir del 1 de abril de 2021.

⁴⁴ Consulta de la FNE caratulado “*Solicitud de dictación de Instrucciones de Carácter General en el mercado de tarjetas de pago*” Rol NC 466-2020, página 7, punto 20.

⁴⁵ “**3. Procesador:** son aquellas instituciones que ofrecen los servicios informáticos que permiten enrutar, autenticar, registrar y eventualmente liquidar las transacciones efectuadas con el medio de pago. En este rol puede distinguirse entre el procesador adquirente, que determina si el POS y el comercio están habilitados para recibir este tipo de pago y envía la información necesaria a la siguiente etapa del procesamiento a través de un switch, y el procesador emisor, que realiza la validación de las credenciales y determina si existen fondos para cubrir los pagos en la institución financiera asociada a la transacción”. Proposición de Modificación Normativa N°19/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, página 52.

⁴⁶ “En particular, el rol adquirente debe ser claramente diferenciado del procesamiento adquirente. Tal como se definió en el glosario y como ha sido reconocido en materia de libre competencia desde el año 2003 (véase Dictamen de la CPC N° 1270 de 2003), la adquirencia debe ser entendida como la actividad comercial consistente en afiliar comercios al sistema de pago con tarjetas, otorgándole los medios tecnológicos y servicios necesarios que permiten utilizar dichas tarjetas como medio de pago. Esto implica que, desde el punto de vista del comercio, el adquirente es su única contraparte, quien le ofrece los servicios necesarios para el funcionamiento del pago con tarjetas y se hace cargo del buen funcionamiento de dicho servicio, independiente de si es proveedor, además, del procesamiento adquirente o si subcontrata esta actividad con un tercero.” (Lo destacado es mío). Proposición de Modificación Normativa N°19/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, página 148.

96. Ahora bien, cabe preguntarse si Transbank estaba o no autorizado para llevar a cabo esta implementación bajo el marco de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, y especialmente, a la luz de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en su Sentencia.
97. Es claro que Transbank migró a un M4P, en el marco de la libertad contractual existente en nuestro derecho, y además siguiendo lo que le había sido recomendado por todas las autoridades de libre competencia en el pasado, que siempre estimaron que un M4P es más competitivo que uno de 3 partes, que esencialmente es un modelo en que el servicio se presta en forma monopólica.
98. El cambio de sistema tarifario lo hizo intentado que dicha migración fuere conforme a las normas de defensa de la libre competencia, para lo cual logró un Acuerdo Extrajudicial con la Fiscalía Nacional Económica, ente encargado de velar por el cumplimiento de las sentencias o resoluciones de libre competencia, quien que reconoció la migración al modelo de Cuarto Partes y concordó en que el sistema tarifario autorregulado al efecto era conforme a la libre competencia.
99. Ante el rechazo del Acuerdo Extrajudicial decidió efectuar tal migración a un M4P, sin consultarlo previamente -como hecho futuro- sino consultarlo como hecho existente en aplicación del marco de la libertad de iniciativa privada que rige en nuestro derecho, y también porque esa era una alternativa que la Excma. Corte Suprema había considerado y que había vigilado la FNE en el marco de sus atribuciones.
100. Sin embargo, a fin de que esa migración cumpliera a cabalidad con las normas de defensa de la libre competencia, decidió voluntariamente someterse al mismo sistema tarifario autorregulado que había acordado con la FNE en su fallido Acuerdo Extrajudicial, y consultar con posterioridad dicho sistema tarifario -en una consulta de un hecho existente- al H Tribunal. Esa es la Consulta Rol NC 463-2020, que se encuentra en tramitación.
101. No corresponde analizar en este informe si podía o no hacer lo que hizo, o si estaba limitado para hacerlo por el PAR aprobado para el M3P. Estimo que sí podía, pues la autorregulación aprobada claramente es inaplicable al M4P y, por ende, efectivamente el PAR aprobado perdió su vigencia en un mercado en que ya no existe un M3P que pueda autorregularse con el mismo. Lo anterior no significa que no pueda existir un nuevo sistema tarifario autorregulado para el nuevo Modelo de Cuatro Partes; eso es lo que entendió Transbank, y es por eso que consultó ante el H. Tribunal el mismo, una vez iniciada su ejecución, lo que tendría su explicación en que las tarifas a los comercios se modifican una vez al año, el 1 de abril de cada año, por lo que haberlo consultado como hecho futuro, habría demorado el paso a las tarifas de un M4P un año más.

102. El párrafo final de la parte resolutive de la Sentencia de la Excma Corte Suprema se refirió expresaemente a que lo determinado en la misma se refería al Modelo de Tres Partes, y reconoce que perdería su vigencia cuando imperase en el mercado un Modelo de Cuatro Partes.
103. La pregunta acerca de si Transbank podía migrar a un M3P sin consultarlo previamente, como hecho futuro, excede el objeto de este informe precisamente porque también excede lo que puede resolver el H Tribunal en el marco de la consulta presentada por Transbank, que se refiere a la actual autorregulación por Transbak de su Modelo de Cuatro Partes vigente, y a nada más.
104. El H Tribunal no puede legalmente, en el marco de dicha consulta, pronunciarse directa o indirectamente acerca de ello, pues de hacerlo estaría emitiendo opinión -prejuzgando- sobre un hecho que, de ser discutible, debería necesariamente discutirse en un procedimiento contencioso que busque determinar la responsabilidad de Transbank por un supuesto ilícito; procedimiento en que los ministros no deben estar inhabilitados por haber emitido opinión sobre el fondo, y en que Transbank debe tener todas las garantías del debido proceso para defenderse de tal eventual imputación.

b) Regulaciones vigentes para un modelo de cuatro partes

105. La autoridad competente para efectuar las regulaciones pertinentes al marco regulatorio, el Banco Central, en su Informe de Estabilidad Financiera del primer semestre del año 2017 indicó las modificaciones efectuadas a dicha fecha en relación a las Tarjetas de Pago, entre las que se encuentra, el desarrollo de un Modelo de Cuatro Partes:

“Las modificaciones realizadas son numerosas. Con todo, los principales cambios respecto del marco normativo vigente consisten en: i) el desarrollo de un nuevo marco de regulación para empresas no bancarias que emitan medios de prepago, según lo dispuesto en la Ley N°20.950; ii) permitir el desarrollo de lo que se conoce como un “modelo de 4 partes”, en el que la emisión y la adquirencia no necesariamente están vinculados de manera directa, lo que facilitaría que aumente la oferta de servicios a los comercios adheridos a las redes de pago; y iii) reordenar y sistematizar las normas del Compendio de Normas Financieras (CNF), separando las de Operación y Emisión, y dentro de estas últimas distinguiendo entre las que son aplicables a todo tipo de tarjeta de pago y aquellas que son específicas a las tarjetas de crédito, débito y prepago.”⁴⁷ (Lo destacado es mío).

106. Lo anterior fue reafirmado por el BCCH en el aporte de antecedentes de la presente Consulta:

⁴⁷ Informe de Estabilidad Financiera del primer semestre del año 2017 del BCCH, página 43.

“Como se señaló, 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”⁴⁸ (Lo destacado es mío).

107. Así entonces, el hecho de existir la regulación pertinente para un Modelo de Cuatro Partes, necesario para Transbank pudiese migrar al mismo, es un hecho que ya ocurrió.
108. La autoridad competente ya ha efectuado *“las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes”*, no existiendo impedimento regulatorio alguno para que TBK pueda optar a dicho Modelo, en primer lugar, bajo el alero del principio de la autonomía de la voluntad y de los principios que de ella emanan, tal como la libertad contractual; reconocidos en nuestro Derecho Civil así como también, del Derecho a la Libre Iniciativa Económica amparado en nuestra Constitución Política de la República; todos derechos reconocidos en la propia Sentencia de la Excma. Corte Suprema⁴⁹.
109. Como bien señala Pilar Maestre, *“Si existen las normas sobre competencia es porque existe la libertad de actuación en el mercado”⁵⁰*, siempre y cuando se respeten las normas que regulen cada actividad.

V. ¿Existe una regulación tarifaria obligatoria para Transbank?

110. Resuelto lo anterior, nos preguntamos si en razón de nuestro ordenamiento jurídico, de una Sentencia Judicial, Equivalente Jurisdiccional, Acuerdo Extrajudicial, o autorregulación vinculante, el Consultante se encuentra obligado a sujetar la implementación del Modelo de Cuatro Partes a un sistema tarifario distinto al propuesto en la Consulta, o bien, a ajustar el mismo a determinados criterios de manera de no infringir el derecho de la libre competencia.

a) Libertad Tarifaria

111. En primer lugar, se debe tener presente que la regla general en nuestro sistema es la libertad tarifaria, por lo que los precios deben ser establecidos por los agentes

⁴⁸ Página 3 del Aporte de Antecedentes del BCCH a la Consulta.

⁴⁹ Consideración Quinta y Sexta, Sentencia Rol N° 24.828- 2018 de fecha 27 de diciembre de 2019, Excelentísima Corte Suprema.

⁵⁰ Maestre, P. (1997). Aplicabilidad del Derecho de la Competencia a la Banca. *Madris, Editorial Eurolex*. Pág. 78.

económicos que interactúan en el mercado. En efecto, como bien ha sostenido la Subsecretaría de Telecomunicaciones:

“El Estado solamente interviene en aquellas áreas en las cuales la operación del mercado por si solo no es suficiente para asegurar una asignación óptima de recursos. Es decir, la regulación interviene para corregir principalmente situaciones de mercados con características de monopolio natural, externalidades u otras imperfecciones de mercado.”⁵¹

112. Así, el Estado está llamado a regular tarifas o precios con el objetivo de corregir imperfecciones, pero cabe preguntarse ¿Cuáles son los mercados cuyas tarifas deben ser reguladas? ¿Cuál es la forma de hacerlo?
113. Bien es sabido que, en el caso de los monopolios naturales con gran poder de mercado se han dictado diferentes leyes en que se ha establecido regulaciones tarifarias⁵²; a saber, la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones; el DFL N° 70 de Fijaciones de Tarifas de Agua Potable y Alcantarillado; la Ley de Servicios Eléctricos, entre otras.
114. Nuestra Constitución Política de la República establece el Principio de legalidad o Juricidad, en virtud del cual los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, además de actuar válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.
115. Es por ello que debemos preguntarnos ¿Tienen el H. Tribunal o la Excma. Corte Suprema la facultad para fijar precios dentro de un proceso de libre competencia? ¿La tiene la FNE? La respuesta es bastante evidente, pero igualmente la desarrollaremos a continuación.
116. El artículo 18 N° 2 del DL 211 otorga al H. Tribunal la facultad de fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en los hechos, actos o contratos consultados, con el objeto de que sean conformes con la libre competencia⁵³. En ese sentido, habrá que dilucidar si

⁵¹ Subsecretaría de Telecomunicaciones, *Procedimiento de Fijación Tarifaria*. Disponible en [<https://www.subtel.gob.cl/inicio-concesionario/procesos-tarifarios/procedimiento-de-fijacion-tarifaria/>] Fecha de última búsqueda: 7 de Septiembre de 2020.

⁵² En este aspecto el H. Tribunal ha dicho que: “Si bien en muchos mercados la competencia no es perfecta, la regulación tarifaria corresponde a un caso excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ordenada sólo en casos con características específicas y condiciones de monopolio natural, generalmente respecto de servicios básicos que no tienen sustitutos que permitan satisfacer tales necesidades a precios comparables”. Informe N°2/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “Solicitud de Informe del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones sobre Regimen Tarifario de Servicio de Telefonía Fija”, Rol NC-246-2008.

⁵³ Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

dentro de las condiciones que puede establecer el H. Tribunal está comprendida la de fijar precios.

117. La Constitución Política en su artículo 19 N°21 asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica respetando las normas legales que la regulan y en su N°24 dispone que **sólo la ley** puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones de su función social, lo que es plenamente concordante con su artículo 63 N°2.
118. Así, se consagra tanto la: (a) Libertad para desarrollar actividades económicas –(artículo 19 n°21) como (b) el derecho a la propiedad (Artículo 19 N°23) y (c) el derecho de propiedad (19 N°24).
119. Dentro de los atributos esenciales se encuentra el carácter absoluto de la propiedad, que consiste en que *“el titular puede ejercer libremente y según su propio arbitrio, las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa, sin necesidad de autorizaciones previas, y respetando siempre la ley y el derecho ajeno”*⁵⁴. Sin perjuicio de que el legislador pueda establecer limitaciones, sin que éstas en ningún caso pueden llegar a afectar la esencia de alguno de sus atributos esenciales.
120. Es por ello que si el H. Tribunal pretendiera establecer tarifas para un agente del mercado, o para el mercado en su conjunto, estaría vulnerando el derecho de propiedad, debido a que estaría estableciendo limitaciones al dominio, lo que solo se puede hacer por ley, según el mismo inciso segundo del artículo 19 N°24.⁵⁵ Precisamente porque tiene muy claro lo anterior es que dictó su Proposición Normativa N° 19/2017, solicitando que se regule por ley este mercado. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que la facultad de regular es exclusiva del legislador y no le corresponde en caso alguno al administrador⁵⁶.

2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

⁵⁴ Íb. Pág. 277

⁵⁵ Asimismo, la fijación de precios vulnera otras normas de rango legal y principios que informan nuestro Derecho, como los principios de autonomía de la voluntad y libertad económica, principios que, por lo demás, tienen amparo constitucional.

⁵⁶ “si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de “regular” puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional ... el Constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”. Rol 146, Tribunal Constitucional.

121. Refuerza lo anterior, que la regulación tarifaria por vía infralegal estaría además afectando la igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 N°2 de la Carta Suprema, por cuanto, si el H. Tribunal fijara un precio a un determinado agente del mercado, este se encontraría en desventaja frente al resto de los competidores actuales o potenciales, los que podrían ajustar sus precios a *shocks* transitorios o permanentes del mercado. Es más, de fijarse un precio muy bajo para el *merchant discount* en este caso, podría generar un cierre de mercado para nuevos entrantes a quienes se les haría imposible competir con tales cifras frente a un incumbente con cierto poder de mercado⁵⁷ y, por otro lado, fijar un precio muy alto perjudicaría a los comerciantes, y en definitiva, a los consumidores finales. Estos dos son precisamente peligros a que da lugar la resolución del H Tribunal de 2 de septiembre pasado. Es por ello que lo más justo y procompetitivo es que, en los casos en que sea necesario regular precios, esto se haga en forma uniforme para todo el mercado a través de una ley.
122. Esta línea de razonamiento ha sido recogida ampliamente por el H. Tribunal, quien, en varios casos sometidos a su conocimiento, ha establecido que no le corresponde establecer precios. Así en la Sentencia N° 93/2010 en su consideración Trigésimo Primera se estableció expresamente que el H. Tribunal no puede ser un regulador de precios, dado que esa es una facultad legal.
- “Pero no es correcto sostener que este Tribunal - mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no- se erija en un regulador de precios a consumidores finales, pues dicha regulación solo puede efectuarse por expresa disposición legal en mercados que así lo requieran, por ejemplo, en el caso de monopolios naturales con gran poder de mercado, y ello con todas las garantías que la legislación sectorial otorga a la empresa regulada, las que no podrían darse en un procedimiento contencioso como el de autos” (lo destacado es mío)
123. Adicionalmente, en causas sobre precios excesivos o abusivos, donde más patente debería estar la tentación de fijar precios, el H. Tribunal ha afirmado que su rol no se extiende a una función reguladora de precios, aunque sí comprende remediar toda manifestación de conductas anticompetitivas⁵⁸. La forma en que se ha buscado remediar dicha manifestación no ha sido la de establecer una tarifa, sino ordenar el cese de la

⁵⁷ Como señala Pilar Maestre Casas, para poder hablar de una verdadera competencia deben reunirse una serie de condiciones, entre ellas, la libertad de acceso al mercado, “*sin ser necesario que las empresas sean numerosas si se requiere que el mercado sea contestable, es decir, que los actores puedan penetrar en el mercado sin tropezar con obstáculos artificiales, e igualmente poder abandonar libremente el mercado*” Maestre, P. (1997). Aplicabilidad del Derecho de la Competencia a la Banca. *Madris, Editorial Eurolex*. Pág. 79.

⁵⁸ “Este tribunal ha sido y es plenamente consciente de su propio rol dentro del orden institucional, el que efectivamente no extiende a una función regulatoria, pero sí comprende remediar toda manifestación de conductas anticompetitivas” Sentencia 140/2014 del H. Tribunal, considerando undécimo.

conducta y que se reemplacen sus modelos actuales de fijación de precios por uno que sea objetivo, transparente y no arbitrariamente discriminatorio, entre otros criterios⁵⁹.

124. Por lo anterior, en Chile y en todo el mundo en que la libre competencia es un bien jurídico a proteger, el principio general es la libre determinación de los precios⁶⁰, y sólo excepcionalmente el legislador -y sólo el legislador- puede limitar dicha libertad. En ningún caso, bajo el sistema legal (y económico) que rige en nuestro país, un tribunal podrá fijar o establecer precios sin una ley que lo autorice expresamente para ello. Por ello, el H. Tribunal tiene la facultad de corregir las conductas anticompetitivas, pero no la de fijar precios y por ello nunca lo ha hecho.
125. Lo concluido no es sólo acorde con la doctrina y jurisprudencia, como se ha indicado anteriormente, sino con la propia línea jurisprudencial de los procesos en que se ha visto involucrado como parte o interesada Transbank. En efecto, ni la Resolución 53 ni la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema establecen un nivel determinado de MD, y se limitan únicamente a fijar ciertos criterios que TBK deberá tomar en consideración al determinar los MD que se cobraría al comercio bajo un Modelo de Tres Partes, de operar mediante éste, lo que ya no ocurre.

b) Normativa de Libre Competencia aplicable

126. Ahora bien, siendo el PAR aprobado y la sentencia definitiva de la Excma. Corte Suprema que se refiere al mismo, los únicos actos jurídico procesales que eran vinculantes para Transbank y considerando que estos se refieren al antiguo Modelo de Tres Partes, parece claro que, al igual que toda persona sujeta a la normativa del DL 211, Transbank no debiera celebrar un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.
127. Finalmente, es dable reiterar que debido a que en un M4P Transbank no determina la totalidad del *merchant discount* sino sólo el margen adquirente (que corresponde a una porción de éste), estimo que aquello a lo que se le condicione en virtud de la Consulta –

⁵⁹ Sentencias 81/2009, 85/2009, 73/2008 del H. Tribunal de Defensa de la Competencia

⁶⁰ En España, hasta la década de los 90' existió una extensa regulación bancaria, que incluía la fijación por vía reglamentaria de los precios bancarios. En efecto, hasta mediados de los 80' la normativa reguladora de la actividad bancaria permitía al Ministerio de Economía fijar los tipos de interés, y en materia de comisiones se fijaba por vía reglamentaria el importe, en principio con tasas mínimas y luego máximas, pero como indica Fernando Díaz Cachafeiro "La política de control rígido de los precios bancarios fue pronto cuestionada al aflorar múltiples deficiencias, dado que, por una parte, distorsionaba la actuación competitiva de las entidades y, por la otra, era ineficaz para cumplir con los fines para los cuales fue establecida" García, F. Derecho de la Competencia y Actividad Bancaria, estudio de los acuerdos sobre precios en los sistemas de pago electrónicos. *Madrid, Editorial Jurídica de Chile*. Pág. 140 y 141.

si así se hace de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del DL 211- sólo debería alcanzar a esta porción, por cuanto el resto de las tarifas escapan de su ámbito de actuación y, por ende, de la esfera de sus responsabilidades. En ese sentido, el suscrito es de la opinión que es correcto que Transbank haya sometido a revisión del H Tribunal el sistema tarifario en la porción que le es atribuida (Margen Adquirente).

VI. Conclusiones

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 el 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 Excma. 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 Excma. 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 Excma. 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 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.

Atentamente,



Tomás Menchaca Olivares
Profesor de Derecho Económico
Pontificia Universidad Católica de Chile