

Recurso de reclamación

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N°670, piso 8, Santiago, en autos caratulados **“Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020”, Roi NC 463-20 TDLC**, a este H. Tribunal, respetuosamente solicito:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27, 31 inciso final y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), y encontrándome dentro de plazo legal, interpongo fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 61/2021 dictada por el H. Tribunal con fecha 21 de septiembre de 2021 (en adelante “Resolución N° 61” o “Resolución”), notificada por correo electrónico a esta Fiscalía el 22 de septiembre de 2021, en lo relativo a las materias que se detallan a continuación, por las razones de hecho, de derecho y económicas señaladas *infra*.

Solicito al H. Tribunal tener por interpuesto y admitir a tramitación el presente recurso, de manera que la Excm. Corte Suprema, conociendo de él, haga lugar al mismo y enmiende la Resolución N° 61, conforme a los fundamentos que se exponen en esta presentación.

Contenido

I. La Consulta formulada por Transbank y las observaciones presentadas por esta Fiscalía	2
A. Resumen de los principales puntos de la consulta.....	2
B. Observaciones planteadas por la FNE durante el proceso	6
II. Contenido de la Resolución	9
A. La Resolución reconoce los riesgos planteados por la FNE sobre el Sistema Tarifario de Transbank.....	10
B. La Resolución aborda y resuelve correctamente la mayoría de las materias objeto de la consulta.....	10
C. En un reducido grupo de materias, la Resolución establece medidas que hacen que la autorregulación de Transbank sea incluso menos restrictiva que lo solicitado en su consulta.....	11

D.	Otras medidas propuestas por Transbank y establecidas por el H. TDLC requieren ajustes para su adecuada efectividad y fiscalización.....	13
III.	Modificaciones al Sistema Tarifario consultado por Transbank en las que el H. TDLC no señala los fundamentos por los que considera que éste no se ajustaría a las normas del D.L. N° 211	17
A.	Vigencia del Sistema Tarifario de Transbank en relación a los comercios	18
B.	La Resolución limita injustificadamente la auditoría del Panel de Consultores Independientes al Sistema Tarifario sólo respecto de PSPs y Operadores, excluyendo a comercios	21
C.	El Sistema Tarifario de Transbank reemplazará al Plan de Autorregulación sin un análisis completo de las reglas que se eliminarán.....	24
IV.	La Resolución establece deberes a la FNE que exceden sus funciones y facultades	27
A.	La resolución ordena a esta Fiscalía efectuar un listado de la información “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias financieras de Transbank respecto de los PSP.....	28
V.	CONCLUSIONES	29

I. La Consulta formulada por Transbank y las observaciones presentadas por esta Fiscalía

A. Resumen de los principales puntos de la consulta

1. Con fecha 13 de mayo de 2020, Transbank ingresó a este H. Tribunal una consulta respecto a la conformidad de su nuevo sistema tarifario en relación con comercios, emisores, proveedores de servicios para procesamiento de pagos (“**PSP**”) y operadores o adquirentes que desearan interconectarse a la compañía en el contexto del modelo de cuatro partes (“**M4P**”, descrito en la Figura N° 2 de la Resolución) implementado desde el 1° de abril de 2020.

2. Cabe señalar que, tal como se detallará *infra*, y ha sido reconocido por este H. Tribunal en el considerando 118 de su Resolución N° 53 de fecha 5 de septiembre de 2018 (“**Resolución N° 53**”), y por la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol N° 24.828-2018 de fecha 27 de diciembre de 2019 (“**Sentencia de la Excma. Corte Suprema**”), que dejó sin efecto la Resolución N° 53, en sus considerandos décimo segundo y vigésimo tercero, Transbank se encuentra plenamente sujeta a las obligaciones que contrajo en virtud del avenimiento suscrito por ésta con la FNE y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. con fecha 5 de abril de 2005 (“**Avenimiento**”) en la causa Rol C N° 16-04, así como los desarrollos posteriores que complementan y/o especifican su contenido: la Sentencia N° 29 de 12 de septiembre de 2005 (“**Sentencia N°**

29”), y la misma Sentencia de la Excma. Corte Suprema que dispuso “[c]omo se advierte, *Transbank se comprometió, en relación a los establecimientos de comercio, a fijar comisiones objetivas, de carácter público, de general aplicación, que no incurrieran en discriminaciones arbitrarias y que, además, cumplieran con las circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*”¹.

3. Como se aprecia, no es resultado de la mera voluntad de Transbank el disponer de un sistema de tarifas y condiciones comerciales que cumplan con un alto estándar de justificación económica. Es una obligación que tiene fuente en un avenimiento aprobado por este H. Tribunal, con fuerza de cosa juzgada, en disposiciones regulatorias sectoriales y en la jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema.

4. En ese contexto, Transbank y la FNE suscribieron en marzo de 2020 un Acuerdo Extrajudicial² (“**AE**”), que pretendía adecuar el régimen tarifario autorregulado de Transbank al M4P, considerando los cambios normativos y la reciente evolución de las condiciones del mercado de tarjetas de pago, con la inminente entrada de nuevos operadores en el segmento de adquirencia. Este AE fue rechazado por el H. TDLC, al considerar que la materia requería de una evaluación profunda que no era posible bajo el procedimiento establecido en la letra ñ) del artículo 39 del D.L. N° 211, sin llegar a pronunciarse sobre el contenido del Acuerdo³.

5. Luego del rechazo del AE, la Consultante sometió a la consideración del H. Tribunal un Sistema Tarifario similar en sus componentes esenciales -pero con algunas diferencias relevantes- al contenido en el AE suscrito con la FNE. La estructura de tarificación considera que la comisión que cobra a los comercios (denominado también *merchant discount* o “**MD**”) está compuesto por: (i) la Tasas de Intercambio (“**TI**”) aplicable a cada transacción y comercio, y fijadas por las marcas; (ii) los costos de marca (“**CM**”) aplicables a cada transacción y fijadas por las marcas; y (iii) el margen adquirente o “**MA**”, aplicable a cada comercio y fijado por el adquirente, en este caso, Transbank. De esta forma, la compañía indica que el MA sería “*el único [componente del MD] bajo control de Transbank*”, y sería a través de este ingreso que se recuperarían todos los costos asociados al negocio adquirente y se obtendría la rentabilidad de la empresa⁴.

¹ Considerando décimo segundo.

² Acuerdo Extrajudicial de fecha 31 de marzo de 2020 entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., presentado en la causa Rol AE-17-2020

³ Resolución de 29 de abril de 2020, en Rol TDLC AE N° 17-20

⁴ Presentación de Transbank a fs. 9, página 4.

6. Para determinar el MA, Transbank propone tarifificar a costo económico todos los servicios que identifica como básicos o “consustanciales a la operación adquirente de la empresa”⁵, entendiendo como costo económico los costos medios de largo plazo asociados a la actividad de adquirencia de la compañía⁶.

7. La estructura de MA propuesta por Transbank contiene los siguientes elementos que se consideran relevantes desde el punto de vista de la libre competencia:

- i. Corresponde a una tabla de doble entrada única en donde se realizan descuentos incrementales a medida que un comercio tenga mayor número de transacciones y mayor ticket promedio.
- ii. Corresponde a tarifas máximas, es decir, Transbank se reserva la facultad de aplicar descuentos sobre el MA por sobre los explicitados en la tabla para casos particulares.
- iii. Se aplica un factor o ponderador correctivo dependiendo de si la transacción fue ejecutada con tarjeta de crédito o tarjeta de débito, aplicando un precio mayor a aquellas ejecutadas con la primera clase de tarjetas mencionada.
- iv. No considera ningún tipo de discriminación por concepto de categorías o rubro de comercio, categoría de tarjeta (standard, premium, corporativa) ni tipo de transacción (presencial o no presencial).

8. Adicionalmente, Transbank propone la conformación de un panel de consultores que audite una única vez el cálculo de los costos económicos utilizados para la fijación del MA, pudiendo ajustar la tabla de MA y cualquiera de sus elementos, caso de considerarlo necesario. Específicamente, se busca que el panel de consultores determine o verifique, mediante un informe: (i) los costos medios de largo plazo asociados a los servicios de adquirencia de Transbank; (ii) la tasa de rentabilidad normal de Transbank, que no podría ser superior a la de 2019; (iii) las economías de escala y efectos de red que justifiquen descuentos del MA por número de transacciones, ticket promedio u otro factor relevante; y (iv) los tramos de descuentos por cualquier de estos factores. Se propone que uno de los consultores sea designado por Transbank, otro por la FNE y otro de forma conjunta por ambas entidades, todos ellos debiendo cumplir con ciertos requisitos básicos⁷.

⁵ Estos servicios son: (i) Afiliación de comercios; (ii) Captura y autorización adquirente; (iii) Recepción y envío de transacciones; (iv) Procesamiento y compensación de las transacciones; (v) Atención de los requerimientos de los comercios a causa de transacciones; (vi) Gestión de controversias; (vii) Explotación Comercial; (viii) Atención a comercios; y (ix) Desarrollo de negocios.

⁶ Presentación de Transbank a fs. 9, página 5.

⁷ Conforme a lo que se indica en la presentación de la consultante, éstos deben: (i) tener reconocida experiencia en, a lo menos, procesos o estudios tarifarios, organización industrial o sistemas de

9. Finalmente, otras características relevantes del Sistema Tarifario propuesto por Transbank a comercios son las siguientes:

- i. Diferenciación de MD por marca de tarjeta: Transbank podrá comunicar a los comercios MD distintos para cada marca de tarjeta, los cuales reflejarían la diferencia entre las respectivas TI y CM que fijan cada una de ellas para comercio y/o tipo de transacción. Los comercios serán en todo momento libres de desafiliarse de una o más Marcas, si así lo estiman conveniente.
- ii. Recargo por transacciones con tarjetas emitidas en el extranjero: Transbank aplicará un recargo a las transacciones con tarjeta emitidas en el extranjero, en el caso de que las TI internacionales y CM aplicables sean superiores a los de las transacciones domésticas. El tarjetahabiente deberá autorizar el recargo en la misma transacción, sin perjuicio de que el comercio pueda hacerse cargo de ésta si así lo comunica a Transbank por escrito.
- iii. Transbank proveerá en condiciones generales, objetivas y no discriminatorias los servicios adicionales u optativos (arriendo de POS, servicio de red, de autorización y captura electrónica de transacciones por Internet, host-to-host, certificación de terminales y de aplicaciones, entre otros) y solo implementará alzas fundadas en costos. Además, los comercios podrán contratar con terceros esos servicios adicionales u optativos, sin que Transbank condicione la contratación de un servicio o producto a otros;
- iv. Transbank puede cobrar un MD mayor al resultante de aplicar las reglas generales, cuando ello esté establecido en acuerdos globales de las Marcas a nivel internacional con determinados establecimientos de comercio relativos a TI o costos de marca; y
- v. El Sistema Tarifario consultado no es aplicable a las entidades estatales que acepten tarjetas, salvo empresas del Estado.

10. El objeto de este proceso, entonces, es verificar si el sistema de tarifas y condiciones comerciales descrito, que Transbank está aplicando y aplicará a los comercios afiliados, a los procesadores de servicios de pago (sub-adquirentes o “PSPs”), a los emisores y a otros operadores que se interconecten a su red, se adecúa a las normas de defensa de la libre competencia o si es necesario establecer condiciones bajo las que deben ser ajustadas para hacerlo.

medios de pago; y, (ii) no haber prestado servicios, directa o indirectamente, a Transbank, a sus accionistas, a empresas relacionadas, a sus directores, ejecutivos principales, a los competidores de Transbank o a la FNE en investigaciones relacionadas con Transbank, en los últimos tres años.

B. Observaciones planteadas por la FNE durante el proceso

11. Como se indicó, la definición central del Sistema Tarifario de Transbank es similar - pero no idéntica- al contenido del Acuerdo Extrajudicial suscrito por esta Fiscalía y dicha empresa en marzo de 2020.

12. El estándar sustantivo de la evaluación realizada por esta Fiscalía también está predefinido en las decisiones y regulaciones referidas en el acápite anterior: Transbank debe aplicar tarifas y condiciones comerciales públicas, transparentes, generales, objetivas, motivadas, económicamente justificadas y no discriminatorias.

13. Respecto de ese contenido del Sistema Tarifario, esta Fiscalía considera que corresponden a los resguardos mínimos imprescindibles respecto de los riesgos anticompetitivos inherentes a la posición de Transbank en el mercado, y cumple con los criterios de transparencia, publicidad, objetividad y no discriminación establecidos en el Avenimiento, las decisiones de este H. Tribunal y en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, ya citados.

14. Sin embargo, el Sistema Tarifario sometido a consulta por Transbank contiene otros elementos que, a juicio de esta Fiscalía, debían ser modificados por la consultante o sometidos a condiciones por el H. Tribunal para aprobarlo, pues presentan riesgos relevantes a la libre competencia:

- i. Se debe explicitar que el objetivo en la auditoría del panel de consultores independientes, propuesta por Transbank, considera la revisión exhaustiva de todas y cada una de las actividades o servicios identificados como críticos o asociados al rol adquirente de la empresa, y que estos contarán con la facultad de hacer las adecuaciones o ponderaciones que estimen necesarias para el posterior cálculo de los costos económicos de la empresa. En este sentido, la función del panel debe tener la autonomía para verificar, determinar y modificar todos los parámetros de costeo por actividad que estimen adecuados, realizar una correcta asignación de costos de comercios y PSP, y verificar que las respectivas tablas los financien con una distribución de tarifas justificadas en las economías de escala y efectos de red que cada uno presente.
- ii. Corresponderá al panel de expertos independientes verificar o, en su caso, establecer los factores ponderadores de la tabla de MA para transacciones con tarjetas de crédito y débito.

- iii. La Auditoría será realizada de manera periódica, al menos mientras siga vigente el Sistema Tarifario que eventualmente sea aprobado por este H. Tribunal, por un plazo que, en cualquier caso, no sea mayor a cuatro años.
- iv. Es indispensable que las Tablas de MA de Transbank tengan el carácter de tarifas fijas, sin la posibilidad que se puedan aplicar descuentos “a medida”, negociados o aplicados discrecionalmente sólo a ciertos comercios o PSP.
- v. Consecuencia de lo anterior es que Transbank debe poner término a los contratos y acuerdos comerciales que mantenga en relación con tarifas por servicios de adquirencia distintas a las que correspondan según el nuevo Sistema Tarifario.
- vi. El recargo a transacciones con tarjeta emitidas en el extranjero aplicado por Transbank no debe exceder el monto que permita a Transbank recuperar de forma exacta la diferencia de costo que enfrenta por la aplicación de tasas de intercambio y costos de marca más onerosos que los establecidos localmente.
- vii. Respecto de la información de comercios subafiliados por PSP, Transbank debe limitar sus requerimientos únicamente a aquella indispensable para cumplir con la verificación del rubro para aplicar la correspondiente TI, y cumplir las exigencias regulatorias vigentes.

15. En cuanto a las tarifas aplicadas por Transbank en el periodo previo a la implementación del Sistema Tarifario, que la consulta denomina “Régimen Transitorio”, si bien esta Fiscalía tiene observaciones relevantes respecto de la metodología e información utilizada para la construcción de las Tablas de MA, su aplicación no tiene una incidencia significativa en los riesgos a la competencia que se buscan mitigar.

16. En efecto, a pesar de todas las observaciones señaladas respecto de las Tablas de MA, la estructura del Régimen transitorio permite que se traspasen a los comercios de menor tamaño y ticket promedio rebajas en los MD comparados con los que pagaban bajo el PAR en el modelo de tres partes. Esto ya beneficia a más de 130.000 comercios, y la corrección de esas observaciones por la consultante podría incrementar marginalmente el número de comercios beneficiados y la magnitud de la disminución de sus MD.

17. Por otra parte, la aplicación directa de las Tablas de MA a un número reducido de comercios y PSP con alto volumen de transacciones o ticket promedio mayor habría significado un incremento relevante de los MD pagados por esos comercios, por un valor estimado en U\$60 millones para este año, costo que a su vez sería traspasado a los consumidores, sea que usen o no las tarjetas como medio de pago. Este efecto negativo es evitado por la estructura del Régimen transitorio, pues a ese conjunto de comercios y

PSPs Transbank les mantendrá el MD que pagaron hasta marzo de este año, según el PAR aplicado en el modelo de tres partes. En consecuencia, las falencias en la determinación de las Tablas de MA -que de corregirse probablemente impliquen un incremento de los MA aplicables a ese grupo de empresas- tampoco son relevantes para ese conjunto de comercios, pues no serán usadas en el cálculo de sus MD.

18. Debe recordarse también que, como señala la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, corresponde a Transbank la carga de demostrar que las tarifas aplicadas no son discriminatorias, son objetivas y cuentan con fundamento económico y que, de no hacerlo, esas tarifas serán consideradas como contrarias a la libre competencia.

19. En relación a las condiciones de mercado, la FNE ha calificado que Transbank cuenta actualmente con una posición cuasi monopólica en los servicios de adquirencia de tarjetas de pago, y no se espera que enfrente competencia relevante en el corto plazo. Por una parte, otros adquirentes recién cuentan de manera incipiente con operaciones efectivas, con la disponibilidad de productos y servicios necesarios para ser siquiera una alternativa viable a los comercios. Respecto de los PSP, si bien pueden considerarse sustitutos de Transbank respecto de algunos segmentos de mercado, al tener a Transbank como único proveedor de acceso también están limitados en la presión competitiva que pueden ejercer.

20. Según la información pública más reciente⁸ disponible, a diciembre del año 2020, los operadores adquirentes que compiten con Transbank suman cerca del 2% de participación sobre el número y monto total de transacciones con tarjetas, mientras que el total de los PSP interconectados con Transbank tienen alrededor de un 5% de participación, también sobre el número y monto total de transacciones.

21. Si bien en teoría los PSP pueden ejercer presión competitiva a Transbank en su función de adquirencia, de acuerdo a la información proporcionada por éstos en la investigación abierta para elaborar el aporte de antecedentes al proceso, se ha indicado que se especializan en ciertos nichos de mercado tales como transferencias electrónicas,

⁸ Fuentes: CMF, Informes Estadísticos de Tarjetas de Crédito (disponible en <https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-propertyvalue-29508.html>), de débito y ATM (disponible en <https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-propertyvalue-29509.html>); y Transbank, presentación de folio 237 y versiones públicas agregadas a folio 252, ambas del expediente TDLC NC 474-2020.

afiliación de comercios pequeños o alejados geográficamente, y procesamiento de transacciones con tarjetas no presenciales⁹.

22. En este sentido, la presión competitiva que pueden ejercer sobre la consultante es limitada, sobre todo en el segmento de comercios más sensible a precios, ya que la tarifa que los PSP pueden ofrecer a éstos difícilmente puede ser inferior a la que ya ofrece Transbank.

23. En conclusión, a pesar de los numerosos anuncios y declaraciones públicas sobre la inminente competencia en el segmento de adquirencia, la información levantada en la investigación permite concluir que ninguno de los potenciales desafiantes de Transbank estaría en condiciones de generar una presión competitiva relevante sobre la Consultante, al menos en el corto y mediano plazo. Así, la posición cuasi monopólica de Transbank requiere mantener los resguardos adecuados para proteger la libre competencia en este mercado, cuestión que se analiza a continuación.

II. Contenido de la Resolución

24. La parte considerativa de la Resolución se estructura primero con una sección de definiciones (Sección A), la definición del objeto y alcance de la consulta (sección B), la definición del alcance de las facultades del H. TDLC en el análisis de la consulta y los límites que impone la revisión de una medida establecida en una decisión previa (sección C), los antecedentes que dan cuenta del origen de esa medida de autorregulación tarifaria, su contenido y modificaciones (sección D), y la evaluación del cambio de circunstancias en la industria de medios de pago con tarjetas, argumentada por Transbank, y si ameritan el término, modificación o reemplazo del PAR (sección E).

25. Luego continúa con la descripción de las características actuales de la industria de medios de pago y sus condiciones de competencia (sección F), el análisis del Sistema Tarifario propuesto por Transbank y de los cuestionamientos y riesgos expuestos por la FNE y los demás aportantes de antecedentes en el proceso, indicando en cada acápite las medidas que deberá adoptar Transbank para que su Sistema Tarifario se ajuste a las normas del D.L. N° 211(sección G), las que luego sistematiza y resume en la parte resolutive.

⁹Declaraciones de diversos PSP, de fechas 3 y 4 julio de 2020, en expediente de investigación FNE Rol 2620-20.

A. La Resolución reconoce los riesgos planteados por la FNE sobre el Sistema Tarifario de Transbank

26. Las secciones F y G de la Resolución presentan una evaluación de las condiciones de competencia que enfrenta Transbank que, en términos generales, coincide con la expuesta por la FNE en su aporte de antecedentes al proceso.

27. Así, por ejemplo, en las secciones F.b. y F.c. de la Resolución, se establece la posición dominante de Transbank, con un 99,8% de participación de mercado durante el periodo 2019-2020, y la baja presión competitiva que ejercerían los recientes entrantes al mercado de procesamiento adquirente, o junto con los PSPs en el segmento de afiliación de comercios. También concuerda con que las barreras a la entrada aún se mantienen, a pesar de haberse levantado las restricciones regulatorias identificadas por el H. TDLC en su Proposición Normativa del año 2017.

28. Luego, la Resolución desarrolla cada uno de los riesgos a la libre competencia que se originarían en caso que Transbank implementara su Sistema Tarifario en los términos planteados en la Consulta, confirmando aquellos advertidos por la FNE y por los demás intervinientes en sus respectivos aporte de antecedentes, a excepción de dos de ellos¹⁰.

B. La Resolución aborda y resuelve correctamente la mayoría de las materias objeto de la consulta

29. Como se señaló, el objeto de la consulta consistió en determinar la conformidad del Sistema Tarifario implementado por Transbank con la libre competencia, en particular respecto de las tarifas que cobra a (i) comercios; (ii) PSPs; (iii) otros operadores; y, (iv) emisores.

30. Entonces, la Resolución evalúa, para cada uno de los riesgos de afectación a la libre competencia identificados en los respectivos segmentos de clientes, si el Sistema Tarifario de Transbank contiene medidas adecuadas para contener y neutralizar esos riesgos o, por el contrario, si se requiere establecer medidas adicionales para lograr su conformidad con el D.L. N° 211.

¹⁰ Se trata de: (i) conductas de estrangulamiento de márgenes en perjuicio de algún PSP, cuestión que la Resolución desestima en los considerandos 300 a 309; y (ii) los riesgos relacionados a la aplicación de tarifas a empresas recaudadoras fijadas en términos porcentuales y no en un monto fijo, desestimados en los considerandos 335 a 347.

31. Esta evaluación se realiza separadamente para cada tipo de clientes de Transbank -comercios, emisores, PSPs y otros operadores- pues cada uno de ellos requiere distintos tipos de servicios y enfrentan condiciones de competencia también diferentes.

32. En opinión de esta Fiscalía, la Resolución del H. TDLC establece -en casi todas las materias analizadas- las medidas adicionales necesarias y suficientes para mitigarlos adecuadamente, velando por que estas no generen rigideces o distorsiones injustificadas en el mercado, y sean efectivamente fiscalizables.

33. Así, por ejemplo, ordena corregir las fuentes de costos y estructura de las tablas de MA que utilice Transbank para determinar sus tarifas a comercios y PSPs¹¹, con un piso mínimo que no podrá ser inferior a sus costos medios variables, y limita los descuentos que podrá ofrecer la empresa a sus actuales comercios respecto de ofertas de competidores.

34. También establece los riesgos por acceso a información estratégica de los PSPs¹² y los comercios afiliados por ellos, y al respecto establece medidas adicionales a las consideradas por Transbank en la consulta. Lo mismo hace respecto del Sistema Tarifario propuesto en relación con servicios prestados a otros operadores adquirentes¹³ y emisores¹⁴.

C. En un reducido grupo de materias, la Resolución establece medidas que hacen que la autorregulación de Transbank sea incluso menos restrictiva que lo solicitado en su consulta

35. En tres materias específicas, que se detallan en la sección III de este recurso, la Resolución elimina o reduce significativamente los resguardos que la propia Consultante había diseñado en su nuevo Sistema Tarifario, sin que se justifique cómo esos resguardos podrían afectar a la libre competencia.

36. Debe recordarse que, en este proceso, el H. Tribunal ejerció la facultad contenida en el numeral 2º del artículo 18 del D.L. Nº 211, que señala:

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

¹¹ Sección G.b.1 de la Resolución.

¹² Sección G.b.2 de la Resolución.

¹³ Sección G.b.3 de la Resolución.

¹⁴ Sección G.b.4 de la Resolución.

[...]

2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tenga 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, sobre, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

37. En la sección C de la Resolución se desarrolla cuál es el alcance de esta potestad, definida en la resolución que dio inicio al procedimiento (folio 11), descartando su competencia para pronunciarse -en este proceso- respecto de una serie de argumentos planteados por algunos intervinientes en el proceso, respecto de supuestos incumplimiento de Transbank a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema¹⁵.

38. A continuación, cita jurisprudencia reciente del mismo H. Tribunal y de la Excm. Corte Suprema para establecer el propósito de su revisión: “*culminar en un pronunciamiento en el que se definan los requisitos que deben operar para que una determinada conducta que se autoriza no genere efectos nocivos o contrarios a la libre competencia, sin analizar la culpabilidad de los intervinientes en el mismo, cuestión que está reservada al procedimiento contradictorio [...] Las resoluciones en procedimientos ‘no contenciosos’, responden a un fin tutelar-preventivo [...]*”¹⁶.

39. Luego, en el considerando 260^o afirma:

260. Para el análisis que se realizará en la siguiente sección, se tomará en consideración el objeto y alcance de la potestad consultiva prevista en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 (párrafos 14 y siguientes supra), esto es, los ajustes o condiciones que deberán realizarse para que el Sistema Tarifario no infrinja las disposiciones de dicha ley, más no la imposición de medidas que aseguren que el Sistema Tarifario contenga un nivel óptimo de tarifas o un diseño óptimo, materia propia de la fijación de tarifas en mercados regulados.

40. De esta manera, la Resolución afirma contener un criterio de revisión del objeto de la consulta consistente con la jurisprudencia previa, esto es, indicar los ajustes o condiciones que deberá adoptar Transbank para que su nuevo Sistema Tarifario no infrinja

¹⁵ Considerando 15^o de la Resolución.

¹⁶ Sentencia N° 117/2011 del H. TDLC.

la libre competencia. Sin embargo, al aplicar esa revisión, el H. TDLC ordena eliminar o reducir ciertos resguardos contenidos en la Consulta no porque sean efectivamente restrictivos de la libre competencia, sino por considerarlos -de manera implícita- innecesarios. En otras palabras, ajusta los resguardos propuestos por Transbank para lograr lo que considera “óptimo” y no porque sean anticompetitivos, precisamente lo contrario a lo afirmado en la consideración citada.

41. Como ha señalado la Excma. Corte Suprema en el anterior caso que involucraba el sistema Tarifario de Transbank, “[...] *las contradicciones y falta de sustento vician la decisión reclamada, privándola de la necesaria razonabilidad en la fundamentación que le ha de servir de basamento y justifican, por consiguiente, que dicha Corte, en uso de sus facultades propias, la deje sin efecto*”¹⁷

42. En la sección III. siguiente se analizará cada uno de estos ajustes y medidas establecidas en la Resolución, indicando cómo el H. TDLC ha omitido una fundamentación adecuada para establecer que los resguardos propuestos por Transbank en la consulta efectivamente afectarían la libre competencia; adicionalmente, a juicio de esta Fiscalía, la Resolución al efectuar tales ajustes, ha dejado sin efecto medidas útiles y proporcionales para mitigar riesgos específicos, así como para facilitar su cumplimiento y fiscalización. En consecuencia, se solicitará que, acogiendo la presente reclamación, estos sean restablecidos por la Excma. Corte Suprema .

D. Otras medidas propuestas por Transbank y establecidas por el H. TDLC requieren ajustes para su adecuada efectividad y fiscalización

43. En el numeral 6 de la parte resolutive, el H. TDLC ordena a Transbank poner término inmediato al régimen tarifario transitorio descrito en el capítulo III de la Consulta y aplicado por dicha empresa desde abril de 2020. Los fundamentos de esa decisión están contenidos en los considerandos 331 a 334 de la Resolución.

44. Como indicó Transbank en su Consulta, el objetivo de este régimen tarifario transitorio fue evitar -por un periodo limitado- el traspaso a los comercios del mayor nivel de las TI establecidas por las Marcas de Tarjetas, en comparación con las comisiones que esos mismos comercios pagaban bajo el modelo de tres partes, considerando que esas Tasas de Intercambio aún no se encuentran sujetas a un máximo regulado.

¹⁷ Sentencia en Rol N° 24.828-2018 (Cruz Verde/Transbank), considerando vigésimo primero

45. Esta Fiscalía ha sido consistente en señalar que el paso a un M4P antes de que se regulen las TI máximas implica que regirán aquellas determinadas unilateralmente por las Marcas de Tarjetas. Para las transacciones nacionales, las TI fijadas por Mastercard, Visa y Amex son, actualmente y para un grupo determinado de comercios, mayores a la remuneración recibida por los emisores mientras operaban en el Modelo de Tres Partes (“M3P”, descrito en la Figura N° 1 de la Resolución) y, al ser traspasadas íntegramente a las comisiones que pagan los comercios, provocan un alza generalizada de para ese grupo de clientes de Transbank, en perjuicio de éstos, y en definitiva, del consumidor final¹⁸.

46. Para evitar este efecto sistémico en la industria, la FNE acordó con Transbank, en el Acuerdo Extrajudicial, la implementación de un régimen excepcional y transitorio en virtud del cual este último absorbería las eventuales alzas del *merchant discount*, hasta la rebaja efectiva de las TI y de los CM, ya sea de forma voluntaria, o por vía de regulación legal¹⁹.

47. Adicionalmente, Transbank indicó que -dados los niveles de TI y CM- sólo mediante un régimen transitorio que absorbiese las alzas resultaba posible viabilizar el paso a un M4P²⁰, pero que, al implicar un compromiso patrimonial, estaba en posición de absorber pérdidas sólo por el período indicado en el AE, esto es, como máximo, hasta el 31 de marzo de 2022²¹.

48. Si bien el H. TDLC rechazó el AE²², Transbank presentó en su Consulta un nuevo régimen transitorio, ampliando el objeto del régimen tarifario transitorio reseñado *supra*, pues consideró absorber el alza en los *merchant discounts* que soportarían los comercios y los PSPs, aunque limitado a un año de duración, esto es, hasta el 31 de marzo de 2021.

49. Al respecto, la Fiscalía señaló que este régimen transitorio presenta diversos efectos positivos, tales como: (i) evitar el traspaso del incremento de comisiones a un grupo de comercios relevante, que concentra una proporción relevante de las transacciones procesadas por Transbank, el cual sería traspasado a los consumidores finales; (ii) permite

¹⁸ Presentación de la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A. de fecha 6 de abril de 2020, punto III. Declaraciones individuales de la FNE, párrafos (iii) y (iv), a fs. 51 de la causa Rol AE-17-2020.

¹⁹ Acuerdo Extrajudicial de fecha 31 de marzo de 2020 entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., presentado en la causa Rol AE-17-2020, el cual consta desde fs. 1 a 26.

²⁰ Presentación de la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A. de fecha 6 de abril de 2020, punto II. Declaraciones individuales de Transbank, párrafo (ii), a fs. 48 de la causa Rol AE-17-2020.

²¹ Acuerdo Extrajudicial de fecha 31 de marzo de 2020 entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., presentado en la causa Rol AE-17-2020, párrafo 20, a fs. 10.

²² Resolución del H. TDLC de fecha 29 de abril de 2020 en causa Rol AE-17-2020, a fs. 459.

reducir las comisiones que pagan un gran número de comercios con menor volumen y ticket promedio; (iii) amplía la oportunidad de implementar adecuadamente la regulación de TI; y (iv) evita distorsiones a la competencia en los segmentos de comercios afiliados a PSP²³.

50. Considerando que este régimen tarifario transitorio es la única alternativa para evitar las alzas en los *merchant discounts* que pagarán los comercios, mientras no se encuentran reguladas las TI, esta Fiscalía consideró la medida como beneficiosa para el mercado en general, indicando que debía extenderse por un período que permita lograr la implementación de la regulación de las TI por el recientemente creado Comité para la Fijación de Tasas de Intercambio²⁴.

51. Estos argumentos fueron profundizados en la causa rol NC 483-20 del H. TDLC²⁵, en la cual se expresó que, bajo una estimación conservadora, de no mediar este régimen transitorio, la aplicación de las TI establecidas por las Marcas habría causado un alza en el costo total de recibir tarjetas de pago de aproximadamente US\$60 millones anuales, generando incrementos en comisiones a más de 6.200 comercios respecto de tarjetas de crédito, y 3.300 para débito²⁶. Este proceso para la dictación de Instrucciones de Carácter General fue iniciado de oficio por el H. TDLC, precisamente para evaluar la necesidad de establecer -temporalmente- límites máximos a las TI, mientras se implementara su regulación con rango legal.

52. Asimismo, durante el proceso el H. TDLC extendió la duración del régimen transitorio del Sistema Tarifario, por resolución de folio 158, aclarada por resoluciones de folio 168 y 184. Esta última indica que Transbank “*no puede concluir la ejecución del Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal se pronuncie sobre el mismo, vale decir, debe continuar aplicando el régimen transitorio a que se refiere el capítulo III del escrito de folio 9, en ejecución al momento de presentarse la consulta.*”

53. A esta fecha, aún no se establecen las TI máximas reguladas, que serán determinadas por el Comité, de manera provisoria, a más tardar en febrero de 2022, pues se encuentra en curso el procedimiento establecido en la Ley N° 21.365 que regula las Tasas de Intercambio, en la etapa de recepción de antecedentes.

²³ Aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 9 de julio de 2020, en causa Rol NC 463-20, de folio 103, p. 45 y 46.

²⁴ *Ibíd*, p. 48.

²⁵ Estos antecedentes fueron anteriormente en la Solicitud de Dictación de Instrucciones de Carácter General de fecha 14 de junio de 2020, en la causa Rol NC 466-20.

²⁶ De acuerdo a la información disponible en marzo de 2020 de todas las transacciones de comercios afiliados a Transbank el año 2019. Aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 12 de enero de 2021, de folio 127.

54. No obstante lo señalado, el H. TDLC optó por poner término inmediato a este régimen tarifario transitorio sin esperar a la determinación de las TI máximas transitorias que debe realizar el Comité de TI, ni establecer algún otro mecanismo que evitara el perjuicio a los comercios y consumidores indicado precedentemente. Aún más, puso término anticipado al proceso de dictación de Instrucciones de Carácter General sobre esta materia que había iniciado de oficio, quedando así un periodo de hasta cinco meses -entre la fecha de notificación de la Resolución y la fecha en que el Comité determine las TI máximas transitorias- en que Transbank traspasará íntegramente a los comercios el mayor costo generado por las TI determinadas por las marcas.

55. La Fiscalía reconoce que, en este punto, correspondía hacer un balance entre las condiciones de competencia de corto plazo -alteradas por el régimen transitorio de Transbank, que reduce la capacidad de otros adquirentes para disputarle un segmento de clientes- y los efectos que esas condiciones de competencia tendrán en el mercado, en particular respecto de los consumidores. No debe olvidarse que, al final, son éstos los que directa o indirectamente financian todo el sistema de medios de pago con tarjeta.

56. Sin embargo, es un hecho reconocido en la misma Resolución²⁷ que, bajo las TI fijadas por las Marcas de Tarjetas, la mayor intensidad competitiva entre adquirentes no generará un beneficio a los comercios o a los consumidores. En ese sentido, adelantar en cinco meses la capacidad de otros adquirentes de competir plenamente con Transbank no cambiará las condiciones de competencia de mediano y largo plazo.

57. Esta materia es abordada -correctamente, a juicio de esta Fiscalía- en la prevención del H. Ministro Sr. Paredes, quien explicita que precisamente la decisión de mantener regulado todo el MD de Transbank, de forma temporal hasta que se hayan fijado las TI al menos de manera transitoria, permite proteger el proceso competitivo y que la afectación patrimonial sufrida por Transbank con la aplicación de este régimen transitorio debió haber sido previsto por esta empresa al poner término a los contratos con los emisores y pudo realizar acciones para evitarlo.

58. Señala el H. Ministro Paredes que “[...] *sin perjuicio del impacto negativo que el régimen transitorio tiene sobre adquirentes entrantes y potenciales, tal daño no es la consecuencia de él sino originariamente del aumento de las TI. Permitir que cese el régimen transitorio antes de que se fijen las TI traspasará ese daño, que en parte es absorbido por esos adquirentes y por el mismo Transbank, a los comercios y por ese intermedio a los*

²⁷ Considerando 334º de la Resolución.

consumidores, lo que en términos de las consecuencias, lo hace incluso más injusto. Más aún, si bien prolongar el régimen transitorio mantendrá las pérdidas para Transbank asociables a la absorción que el MA ha hecho del aumento de TI, dicho aumento de las TI es una remuneración adicional que reciben los bancos emisores, seis de los cuales, a marzo del año 2021 eran propietarios de más del 99% de las acciones de Transbank.” (p. 18 de la prevención). A lo que debe agregarse que esos accionistas han realizado y podrán realizar, en el futuro, los aportes de capital a Transbank que requiera para el cumplimiento de sus obligaciones regulatorias y costos de operación, con cargo a sus utilidades pasadas o futuras.

III. Modificaciones al Sistema Tarifario consultado por Transbank en las que el H. TDLC no señala los fundamentos por los que considera que éste no se ajustaría a las normas del D.L. N° 211

59. Dado que el objeto consultado es el Sistema Tarifario aplicado por Transbank, al ordenar su modificación debe entenderse que el H. TDLC ha considerado que, en los términos propuestos por la Consulta, esas condiciones infringirían la libre competencia de no mediar su corrección en los términos señalados por la resolución. De hecho, así lo señala el numeral 1. de la parte resolutive:

“1. Declarar que el Sistema Tarifario sometido a consulta por Transbank S.A. se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211, siempre que cumpla de manera íntegra con todas y cada una de las medidas señaladas en la sección G letra (b) de la parte considerativa de esta resolución, en la forma que allí se detalla.

60. En gran parte del análisis del H. TDLC, eso es efectivo y expresamente indica cómo lo propuesto por la Consultante generaría riesgos o efectos no deseados para una adecuada competencia, justificando y fundamentando su corrección.

61. Sin embargo, como se señaló en la sección II.C.-, la Resolución establece ciertas medidas que modifican el Sistema Tarifario presentado en la Consulta, y esas modificaciones hacen que la autorregulación de Transbank sea incluso menos restrictiva que lo solicitado por la misma consultante, sin que el H. TDLC señale las razones por los que dichos resguardos no serían necesarios para mantener una libre competencia o si serían contrarios al D.L. 211.

62. Ese es también el criterio de revisión establecido por la Excma. Corte Suprema, en el considerando décimo séptimo de la sentencia rol N° 24.828-2018 relacionada también

con la revisión del PAR de Transbank, indicando que: *“corresponde que esta Corte examine si las decisiones adoptadas por los falladores se encuentran revestidas de fundamentos suficientes (...) analizar si los hechos, actos o contratos de que se trata en autos transgreden efectivamente la libre competencia y, de ser así, si las condiciones fijadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para salvar dicha transgresión cumplen dicha finalidad y se ajustan, además, a las reglas contenidas en el Decreto Ley N° 211”*.

63. Sin embargo, en las medidas que se indican en esta sección, la decisión del H. TDLC no está suficientemente fundamentada o, derechamente, omite indicar cómo un resguardo propuesto por Transbank podría afectar la libre competencia. La falta de fundamentación de la decisión del H. TDLC, en las materias que se expondrán, le resta razonabilidad y justifica que sean revisadas y modificadas por la Excma. Corte

64. Adicionalmente, la FNE considera que la propuesta de Transbank, en estas materias, permiten proteger de mejor manera la libre competencia, sin generar restricciones innecesarias o injustificadas a la empresa ni afectar el proceso competitivo. De hecho, estas medidas fueron consideradas en el Acuerdo Extrajudicial suscrito entre Transbank y la FNE y, luego que este fuera rechazado, incluidas unilateral y voluntariamente por esta empresa en el Sistema Tarifario consultado, por lo que solicitamos sean reestablecidas por la Excma. Corte Suprema, acogiendo esta reclamación.

A. Vigencia del Sistema Tarifario de Transbank en relación a los comercios

65. En solo un párrafo²⁸, el H. TDLC explica que la regulación de TI reducirá las barreras a la entrada y expansión de competidores, por lo que debiera aumentar la intensidad competitiva respecto de los servicios de adquirencia a comercios y, en último término, traducirse en mejores condiciones para éstos. Bajo esa única premisa, establece en el numeral 3° de la parte resolutive que:

“3. El Sistema Tarifario consultado aplicable a los comercios, ajustado en los términos indicados en esta resolución, se mantendrá vigente hasta la fecha en que entren en vigor los límites a las tasas de intercambio que se fijarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 21.365”.

66. Por el contrario, en su Consulta Transbank solicita mantener la tarificación de todo su Sistema Tarifario, incluida la definición de su MA aplicable a los comercios *“en la medida*

²⁸ Considerando 329° de la Resolución.

que Transbank mantenga una posición preponderante en el mercado²⁹, sin condicionarlo a un plazo o hito específico.

67. La propuesta de Transbank es consistente con el análisis de riesgos realizado por la FNE³⁰, por la gran mayoría de los intervinientes, e incluso por el mismo H. TDLC³¹ en las otras secciones de la Resolución: mientras Transbank cuente con posición dominante en el mercado y de no mediar una regulación de su Sistema Tarifario, tendrá los incentivos y la capacidad para restringir la entrada y expansión de sus competidores, así como para establecer comisiones mayores en aquellos segmentos de comercios que no serían disputables. Estos riesgos no cambian sustantivamente -ni menos desaparecen- con la regulación de las TI.

68. Los riesgos explotativos, de exclusión mediante prácticas predatorias y de discriminación arbitraria, reconocidos por el propio Tribunal respecto de comercios, se mantienen con independencia de que las TI se regulen o no: siendo las TI un costo homogéneo para todos los adquirentes, la competencia en comisiones a los comercios se da sobre el MA, precisamente la parte regulada por el Sistema Tarifario propuesto en la consulta, y son especialmente relevantes en el periodo de entrada y expansión de sus primeros competidores, mientras Transbank mantenga posición supradominante.

69. Adicionalmente, el H. TDLC indica que la falta de una implementación completa de la interoperatividad genera ventajas competitivas a Transbank³² y representa una barrera a la entrada y expansión de competidores, lo que tampoco se modificará con la entrada en vigencia de la regulación de TI.

70. La Resolución también establece³³ que son dos las condiciones necesarias para mantener la obligación de autorregulación tarifaria: la regulación de las TI y lograr plena interoperabilidad. Sin embargo, olvida esta última al definir la vigencia que tendrá el Sistema Tarifario de Transbank respecto de los comercios.

²⁹ “Ahora bien, el Sistema Tarifario tiene sentido sólo en la medida que Transbank mantenga una posición preponderante en el mercado por lo que Transbank solicita declarar que éste puede ser dejado sin efecto en un escenario de competencia entre adquirentes y/o sub-adquirentes”. Consulta de Transbank, p. 19

³⁰ Véase folio 103, Aporte de antecedentes de la FNE en esta causa.

³¹ Considerandos 149º, 169º, 330º, 348º a 357º, 358º a 361º, 362º a 365º entre otros

³² Considerandos 150º a 169º de la Resolución.

³³ Considerando 103º de la Resolución.

71. Por otra parte, en el modelo de negocio de Transbank -considerado un “adquirente integrado”, como lo define el H. TDLC³⁴- las economías de escala en procesamiento adquirente reconocidas en la Resolución³⁵ no son separables de su estructura de costos de servicios de adquirencia y no debe confundirse tampoco con los servicios de afiliación. Por tanto, no aparece consistente ni justificada la conclusión del H. TDLC respecto de la reducción de barreras a la entrada y expansión sólo por la regulación de TI: aún en esas circunstancias Transbank mantendría una ventaja difícilmente replicable, tal como señala la Resolución respecto de los segmentos de servicios a PSPs³⁶ y a otros operadores³⁷

72. Adicionalmente, restringir la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios es inconsistente con la interpretación que hace el propio H. TDLC respecto de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema³⁸. En efecto, la Resolución señala que -según dicha sentencia- la regulación de las TI sería el hito que habilitaría a Transbank a reemplazar o modificar los lineamientos del PAR. En ningún caso menciona que ese hito sería el que permitiría terminar con cualquier tipo de restricción o medida respecto de las comisiones cobradas a los comercios.

73. Por tanto, esta Fiscalía concluye que (i) el H. TDLC no ha indicado cómo ni bajo qué fundamentos la solicitud de Transbank de mantener regulado su Sistema Tarifario para los comercios “*en la medida que Transbank mantenga una posición preponderante en el mercado*” es contrario a la libre competencia, estándar de evaluación establecido en el D.L. Nº 211 y en la misma Resolución recurrida³⁹; y, (ii) la decisión de establecer su vigencia sólo hasta la fecha en que rijan los límites a las TI no se sustenta y es contradictoria con el análisis de riesgos para la libre competencia contenido en la misma Resolución.

74. Cualquiera de estas conclusiones, por sí sola, es suficiente para justificar la corrección de la Resolución recurrida en este punto. De la misma forma en que se ha establecido que las obligaciones tarifarias de Transbank respecto de PSPs y operadores, mantendrán su vigencia mientras posea posición dominante⁴⁰, debiese establecerse dicha condición para las obligaciones tarifarias sobre comercios,

³⁴ Glosario, letra b).

³⁵ Considerandos 170º a 183º, 187º y 188º de la Resolución.

³⁶ Considerando 330º de la Resolución.

³⁷ Considerando 360º de la Resolución.

³⁸ Considerandos 77º a 83º de la Resolución.

³⁹ Considerandos 3º, 18º a 20º y, especialmente, el 260º de la Resolución.)

⁴⁰ Numeral 4 de la parte resolutive.

75. En ese sentido, solicitamos se modifique lo señalado en el considerando 329 y en el numeral tercero de la parte resolutive en el siguiente sentido: *“El Sistema Tarifario consultado aplicable a los comercios, ajustado en los términos indicados en esta resolución, se mantendrá vigente **mientras Transbank mantenga su posición dominante en el mercado**”*.

76. Adicionalmente, debe explicitarse que este nuevo Sistema tarifario debe ser aplicado a todos los clientes de Transbank -sean comercios o PSP- independientemente de los acuerdos comerciales o contratos previos suscritos que tengan relación con tarifas por servicios de adquirencia.

B. La Resolución limita injustificadamente la auditoría del Panel de Consultores Independientes al Sistema Tarifario sólo respecto de PSPs y Operadores, excluyendo a comercios

77. El numeral 5º de la parte resolutive establece lo siguiente:

“5. El panel de consultores independientes a que se refieren las secciones II.1.3; II.3.2.3 y II.4 de la Consulta, deberá auditar el Sistema Tarifario solo en lo que se refiere a PSP y operadores, dando cumplimiento a los lineamientos indicados en esta resolución y, de estimarlo necesario, deberá ordenar los ajustes que considere pertinentes. El panel deberá entregar su informe a Transbank S.A. y la FNE a más tardar el 30 de abril de 2022.”

78. La conformación de un Panel de Expertos Independientes fue establecido originalmente en el Acuerdo Extrajudicial suscrito entre Transbank y la FNE el año 2020, como medida para realizar una revisión externa y en profundidad de la composición de los servicios básicos que Transbank presta a los comercios, la estructura y niveles de costos para proveer esos servicios, las economías de escala y de red generados por ellos, y la estructura de tramos y descuentos que deben tener las tablas que contienen los MA que componen su Sistema Tarifario.

79. En la Consulta, Transbank somete a revisión del H. TDLC -unilateral y voluntariamente- la conformación de ese Panel⁴¹, con participación de la FNE en la designación de dos de sus miembros, y el ámbito de sus funciones y deberes, los que

⁴¹ Sección II.1.3 de la Consulta.

además extiende asignándole también la auditoría de las tarifas para PSPs⁴² y para otros operadores⁴³.

80. En los considerandos 208 a 210 de la Resolución, el H. TDLC describe la conformación del Panel y las funciones que tendría, a solicitud de Transbank, respecto del régimen permanente del Sistema Tarifario aplicable a los comercios y luego continúa, en la sección G.b.1, revisando los cuestionamientos y riesgos identificados respecto del Sistema Tarifario respecto de los comercios y PSPs. En ninguna de estas consideraciones indica cómo o de qué manera podría afectar a la libre competencia la intervención del Panel de Expertos Independientes en la auditoría de las tarifas que Transbank cobra a los comercios.

81. Aún más, en esa sección el H. TDLC confirma una serie de riesgos planteados por la FNE⁴⁴ y por otros intervinientes respecto de la estructura de costos a considerar en el diseño del Sistema Tarifario, y ordena a Transbank excluir -total o proporcionalmente- determinados costos de su estructura tarifaria. Luego ordena corregir a la baja el cálculo de MA a cobrar a los comercios⁴⁵, evitando la doble contabilización de costos relacionados con servicios a los PSP, actualizar la base de costos ajustándolos a los del año inmediatamente anterior⁴⁶. Y cierra esa sección ordenando: “[...] *que el informe del panel de consultores independientes a que se refiere la Consulta en las secciones II.1.3, II.3.2.3 y II.4 incorpore, además de los ítem señalados en la Consulta, la revisión de las actividades asociadas al rol adquirente y de procesamiento adquirente de la Consultante, según corresponda, y sus parámetros de costeo, incluyendo el factor ponderador de (i) tarjetas de crédito y (ii) tarjetas de débito y con provisión de fondos, y que ordene las modificaciones que estime necesarias*”⁴⁷ (énfasis añadido).

82. Como se aprecia, en ninguna parte de este análisis se excluye de las funciones del Panel la auditoría de costos y estructura tarifaria aplicable a los comercios, ni menos aún se explica porqué corresponde excluirlas. De hecho, lo que ordena es incorporar nuevas revisiones adicionales a las consideradas en la Consulta, que se diseñaron precisamente para auditar las tarifas a comercios.

⁴² Sección II.3.2.3 de la Consulta.

⁴³ Sección II.4, último párrafo, de la Consulta.

⁴⁴ Considerando 243.

⁴⁵ Considerando 245.

⁴⁶ Considerando 249.

⁴⁷ Considerando 254.

83. Luego, al analizar los riesgos de discriminación arbitraria por aplicación de descuentos por ticket promedio, la Resolución establece los defectos en la construcción de los tramos de tablas de MA aplicables a los comercios y ordena ajustarlas⁴⁸. Lo mismo ocurre respecto de los descuentos por volumen de transacciones⁴⁹. Y cierra esa sección estableciendo la obligación de Transbank de entregar a la FNE *“la información necesaria para demostrar que tanto los descuentos por número de transacciones como la elaboración de los tramos respectivos reflejen adecuadamente las economías de escala”*.

84. La auditoría de esa información está considerada dentro de las funciones que Transbank propuso para el Panel de Expertos, y en ninguna parte de estos análisis la Resolución indica que deban excluirse de ella, o cómo se afectaría la libre competencia en caso de hacerlo.

85. Finalmente, al analizar los riesgos de exclusión, la Resolución indica la necesidad de calcular correctamente los costos medios variables de Transbank para verificar que ningún comercio o PSP pague un MA por transacción inferior a éstos⁵⁰. Ese cálculo también corresponde a una de las funciones propuestas por Transbank para el Panel de Expertos, y no se aprecia algún fundamento para que su auditoría se limite a los PSPs, excluyendo a los comercios.

86. En conclusión, no se observan justificaciones de limitar las funciones del Panel de Consultores al régimen tarifario de Transbank sobre PSP y Operadores, excluyendo a los comercios, en circunstancias de que la Consultante se sujeta a obligaciones de tarifificar respecto a estos tres segmentos, y que en el caso de los comercios debe cumplir criterios estrictos de costeo y asignación de economías de escala.

87. Adicionalmente, la Resolución establece en el numeral 7º de la parte resolutive que la FNE deberá fiscalizar su cumplimiento, especificando en la sección G.b.1 las medidas relacionadas con las tablas de MA para comercios, con criterios detallados sobre costos y estructura de tramos que deberá aplicar Transbank.

88. Sin embargo, en el cumplimiento de esta función de fiscalización la FNE estará imposibilitada de contar con el insumo de ese Panel respecto de las tarifas a comercios, aun cuando lo mantiene respecto de los PSPs y otros operadores. Esto genera el riesgo de

⁴⁸ Considerandos 262 a 270.

⁴⁹ Considerandos 272 a 284

⁵⁰ Considerandos 296 a 299 y 324 a 328

establecer definiciones metodológicas y bases de cálculo diferentes para los elementos comunes entre las tarifas a PSPs y a comercios, por lo que debiese extenderse dicha función a estos últimos.

89. En ese sentido, solicitamos se modifique lo señalado en el numeral quinto de la parte resolutive en el siguiente sentido: “5. *El panel de consultores independientes a que se refieren las secciones II.1.3; II.3.2.3 y II.4 de la Consulta, deberá auditar el Sistema Tarifario en lo que se refiere a **comercios**, PSP y operadores, dando cumplimiento a los lineamientos indicados en esta resolución y, de estimarlo necesario, deberá ordenar los ajustes que considere pertinentes. El panel deberá entregar su informe a Transbank S.A. y la FNE a más tardar el 30 de abril de 2022*”.

C. El Sistema Tarifario de Transbank reemplazará al Plan de Autorregulación sin un análisis completo de las reglas que se eliminarán

90. La Resolución establece, en la frase final del numeral segundo de lo resolutive, una cláusula derogatoria general, en virtud de la cual el Sistema Tarifario reemplazará al Plan de Autorregulación del año 2005. Sin embargo, éste contiene reglas relativas al tratamiento de grupos económicos, servicios públicos, y el principio general de establecer condiciones públicas, objetivas y no discriminatorias respecto de los comercios, entre otras, que no se encuentran contenidas ni cubiertas en el nuevo Sistema Tarifario.

91. Esta Fiscalía fue enfática, siempre sustentándose en la jurisprudencia del H. TDLC y de la Excma. Corte Suprema, al sostener que Transbank actualmente se encuentra sujeta a las obligaciones que contrajo en el Avenimiento del año 2005, así como de las decisiones posteriores que complementan su contenido, a saber: la Sentencia N° 29 del H. TDLC, y la Sentencia Rol N° 24.828-2018 de la E. Corte Suprema.

92. Dentro de las obligaciones antedichas, se encuentra la de establecer un régimen tarifario, así como las condiciones comerciales conforme a las cuales contratará con las demás empresas a las cuales les provea servicios relacionados a la adquirencia u operación de tarjetas, lo que, en definitiva, se materializó a través de su Plan de Autorregulación (“PAR”).

93. La migración de la industria de tarjetas de pago desde un M3P al actual M4P, no ha relevado a Transbank de forma alguna a las obligaciones a las que se encuentra sujeto en virtud del Avenimiento, sino que únicamente se ha hecho necesaria la actualización y

modificación del PAR en dos aspectos específicos, tal como se indicó al H. TDLC en autos⁵¹:

- i. Tarifas, ya que el nuevo sistema tarifario debe referirse únicamente al margen adquirente (“MA”), y no al merchant discount completo como sucedía en el M3P, toda vez que los componentes de este último, referidos a las TI y a los CM, ahora son determinados discrecionalmente por las Marcas de Tarjetas. Asimismo, debe diferenciarse los cobros que se efectúan a los comercios, respecto de aquellos que realizan a los PSP, pues existen razones económicas que justifican la aplicación de tarifas distintas; y,
- ii. Condiciones comerciales relativas a la interconexión e interoperabilidad entre distintos actores de la industria, de acuerdo a la regulación sectorial contenida en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile, por lo que deben adaptarse las reglas del PAR respecto de los emisores y los comercios, e incluir una nueva normativa en cuanto a las relaciones de Transbank con los PSP, y con otros Operadores.

94. De acuerdo a lo anteriormente indicado, no resulta consistente ni adecuadamente fundada la decisión de reemplazar íntegramente el PAR⁵², toda vez que éste contiene reglas que no fueron materia de la Consulta ni discutidas en este procedimiento, ni menos aún analizadas por el H. TDLC en su Resolución.

95. Mediante la decisión del H. Tribunal, se dejan sin efecto reglas a las que se encontraba sujeto Transbank, que habían sido previamente aprobadas por el propio Tribunal, y que fueron tenidas a la vista por la Excma. Corte Suprema al dictar la Sentencia Rol N° 24.828-2018, que son compatibles con el M4P, sin expresar algún fundamento jurídico o económico para hacerlo, toda vez que la Resolución recurrida no analiza estas reglas, ni justifica si serían o no incompatibles con el M4P, ni tampoco aborda la forma en la que su derogación entra en franca contradicción con el objetivo de resguardo a la competencia contenido en el Avenimiento.

96. A título ejemplar, las siguientes reglas del PAR resultan derogadas:

- i. Periodicidad de cambio de tarifas: El numeral 1.1.1.7 del PAR establece que las tarifas de Transbank se ajustarán anualmente, en base a la actividad del

⁵¹ Aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 9 de julio de 2020, en causa rol NC 463-20, de folio 103, párrafos 88 y 89.

⁵² Resolución N° 67/2021 de fecha 21 de septiembre de 2021, resuelvo N° 2.

comercio en el año calendario anterior, y con vigencia desde abril a marzo del año siguiente.

- ii. Franquicias y redes de distribuidores El numeral 1.1.1.14 del PAR indica que estos grupos de comercios, que operen bajo una misma marca, podrán considerar el total de las ventas de todos los establecimientos para determinar la tarifa que corresponda, siempre que al menos el 80% de los locales se encuentren afiliados por Transbank.
- iii. Revisión intraperiodo del tramo de tarifas: El numeral 1.1.3.6 del PAR establece la facultad de un comercio de solicitar la modificación de su comisión en caso de aumento significativo de las operaciones con tarjetas.
- iv. Entidades estatales: en el numeral 1.1.3.9 del PAR, materia que se desarrolla a continuación.

97. Por otra parte, Transbank plantea en su Consulta⁵³ que el nuevo Sistema Tarifario no es aplicable a las entidades estatales que acepten tarjetas de pago destinadas al pago de impuestos, ingresos, derechos, multas, bienes o servicios, tal como señala el PAR. La Resolución reitera esa descripción, en el considerando 209. Sin embargo, el H. TDLC no analiza las razones de esta exclusión bajo el M4P ni indica cuál sería el régimen tarifario que Transbank deberá aplicar a estas entidades.

98. Esta exclusión tiene origen en las limitaciones presupuestarias de los entes públicos, normas legales vigentes y dictámenes de la Contraloría General de la República, que impiden a estos servicios pagar comisiones por recibir otros medios de pago y, no obstante, Transbank decidió prestarles servicios aun cuando no percibiría ingresos por las transacciones realizadas en ellos conforme al PAR.

99. De no mediar una modificación de la Resolución, modificando la última frase del numeral 2 de lo resolutivo y restableciendo la vigencia de aquellas reglas contenidas en el PAR que son compatibles con el M4P, Transbank quedaría en una posición privilegiada para mantener la afiliación de estos entes públicos, sin límites mínimos ni máximos a los niveles de esas tarifas, a los descuentos que podrá ofrecer ni sometido a criterios de publicidad, objetividad y no discriminación, como sí estableció el H. TDLC respecto de los comercios y otras entidades privadas.

100. En consecuencia, la Resolución adolece también en esta materia de un doble problema, desde la perspectiva jurídica y económica. Por una parte, el H. TDLC no señala

⁵³ Numeral (iv) de la sección II.1. 4.3 "Otros elementos que forman parte del Sistema Tarifario

los fundamentos que justifican la derogación de las reglas contenidas en el PAR, y que no se contienen en el nuevo sistema tarifario. Como se señaló precedentemente, la Excma. Corte Suprema ha señalado que la falta de sustento vicia la decisión reclamada, privándola de la necesaria razonabilidad en la fundamentación que le ha de servir de basamento, y justifica que nuestro Máximo Tribunal las deje sin efecto⁵⁴ en la parte correspondiente.

101. Y, por otro lado, el PAR en tanto instrumento que garantiza la ejecución de las obligaciones contraídas en el Avenimiento, y que se encuentran plenamente vigentes, impiden que Transbank pueda abusar de su posición supra dominante en el mercado de operación de tarjetas. Así, la decisión del H. TDLC de derogar las reglas antedichas es contradictoria con dicha finalidad, pues éstas se encuentran justamente dirigidas a resguardar la competencia en el mercado⁵⁵.

102. Por todo lo anteriormente indicado, se solicita modificar la decisión recurrida, estableciendo que deben mantener su vigencia todas aquellas reglas contenidas en el PAR aprobado por el H. TDLC el año 2006, que sean compatibles con el M4P, mientras Transbank mantenga su posición de dominio.

IV. La Resolución establece deberes a la FNE que exceden sus funciones y facultades

103. El numeral 7 de la parte resolutive⁵⁶ reitera lo señalado en el artículo 39 letra d) del D.L. 211, en cuanto a que corresponde a la FNE la fiscalización del cumplimiento de esta Resolución, agregando la obligación de Transbank a remitirle aquella información necesaria para “su adecuada supervisión”.

104. Sin embargo, velar por el cumplimiento de las decisiones del H. TDLC tiene un límite sustantivo: no corresponde a la FNE dotar discrecionalmente de contenido a las medidas

⁵⁴ Sentencia rol N° 24.828-2018 de la E. Corte Suprema, de fecha 27 de diciembre de 2019, considerando vigésimo primero.

⁵⁵ Al respecto, la E. Corte Suprema ha señalado que más allá de las fundamentaciones que podría haber expuesto el H. TDLC, si su decisión se contradice con los objetivos perseguidos con las medidas de resguardo a la competencia, como lo es en el caso de marras el PAR, debe ser dejada sin efecto. En específico, véase la Sentencia Rol N° 181-2020 de la E. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, considerando décimo sexto.

⁵⁶ “7. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211, la Fiscalía Nacional Económica velará por el cumplimiento de la presente resolución, debiendo Transbank S.A. remitirle la información necesaria para su adecuada supervisión. Para estos efectos se ordena a Transbank S.A. que, en un plazo de 45 días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución, entregue a la FNE las justificaciones y los cálculos que sustentan las tarifas de su Sistema Tarifario ajustado, así como las bases de datos utilizadas para efectuar las estimaciones pertinentes.

dictadas por este Tribunal. En ese sentido, el artículo 31 asigna al H. TDLC la facultad de establecer y determinar las medidas necesarias para que un hecho, acto o contrato sometido a consulta no infrinja la libre competencia.

105. Otro límite se refiere a las materias en las que la FNE puede adoptar decisiones de fiscalización, las que sólo se refieren al cumplimiento o infracción de normas de protección de la libre competencia. Materias no vinculadas con dicha finalidad, que se relacionan con otros bienes jurídicos u objetivos de políticas públicas, no corresponde que sean asignadas por el TDLC a la FNE. Más aun si existen servicios públicos con facultades explícitas de interpretación y fiscalización en tales materias.

A. La resolución ordena a esta Fiscalía efectuar un listado de la información “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias financieras de Transbank respecto de los PSP

106. La Resolución describe la normativa sectorial (establecida por la CMF y la UAF) y las reglas de Marcas relacionadas con la información estratégica de los PSP a que Transbank tiene acceso y los riesgos que conlleva respecto de ese segmento de mercado⁵⁷.

107. Durante el proceso, Transbank afirmó estar dispuesta a que se determine, en este proceso o por la CMF, la información mínima necesaria para el cumplimiento de las normas indicadas (folio 245, p. 47). Sin embargo, el TDLC asignó a la FNE el deber de elaborar el listado y nivel de detalle de aquella información “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias normativas.

108. Estas materias son de carácter regulatorio-financiero, particularmente relativas a la seguridad del sistema de pagos, y de índole penal, sobre prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, lo cual constituyen ámbitos que se encuentran fuera las competencias entregadas a esta Fiscalía por el DL 211, sin que se cuente con el *expertise* para hacerlo, y que pueden ser directamente contradictorios con el resguardo de la libre competencia, pues están abocados a la protección de intereses y objetivos de política pública diferentes.

109. En este sentido, la elaboración del listado debe ser realizada por los organismos competentes, que corresponden a la Comisión para el Mercado Financiero, la Unidad de Análisis Financiero y, en lo que procediere, al Servicio de Impuestos Internos. Lo contrario

⁵⁷ Considerandos 348º a 356º de la Resolución.

implicaría que la FNE tome decisiones que pertenecen al ámbito de facultades de otro servicio público, vedado por la Constitución y por las normas generales de procedimiento administrativo.

110. Adicionalmente, implicaría que se ha delegado en la FNE dotar de contenido material a una medida dictada por el TDLC, que luego le corresponde fiscalizar, lo que infringe la separación institucional de funciones establecida en el D.L. 211.

111. Por esto es necesario modificar la Resolución recurrida en esta materia, en particular lo señalado en la consideración 356, ya sea eliminando la asignación a la FNE de la función de establecer el contenido mínimo la información a que podrá acceder Transbank de los PSPs, siempre que sea el estrictamente necesario para cumplir con las exigencias regulatorias sectoriales, o reemplazando su participación por aquellos servicios directamente facultados para realizar ese tipo de interpretación normativa, como el Servicios de Impuestos Internos, la Comisión para el Mercado Financieros y la Unidad de Análisis Financiero.

V. CONCLUSIONES

112. Este recurso de reclamación tiene por objetivo enmendar la Resolución de manera que las decisiones adoptadas en ella sean concordantes con el análisis de las condiciones de mercado y de los riesgos para la libre competencia que genera el Sistema Tarifario consultado por Transbank, respecto de las cuatro materias específicas.

113. De otra manera, las medidas adoptadas por el H. TDLC en esas materias, descritas en la sección III. de esta presentación, carecen de fundamento suficiente en el mérito del proceso y en los argumentos desarrollados en la misma Resolución, pues el H. TDLC ordena eliminar o reducir ciertos resguardos contenidos en la Consulta sin evaluar ni declarar que son efectivamente restrictivos de la libre competencia.

114. Adicionalmente, a juicio de esta Fiscalía, estas modificaciones al Sistema Tarifario consultado han dejado sin efecto medidas útiles y proporcionales para mitigar riesgos específicos, así como para facilitar su cumplimiento y fiscalización. En consecuencia, se solicita que, acogiendo la presente reclamación, estos sean restablecidos por la Excma. Corte Suprema.

115. En particular, respecto de estas materias solicitamos:

- i. Se modifique lo señalado en el considerando 329 y en el numeral tercero de la parte resolutive en el siguiente sentido: *“El Sistema Tarifario consultado aplicable a los comercios, ajustado en los términos indicados en esta resolución, se mantendrá vigente **mientras Transbank mantenga su posición dominante en el mercado**”*.
- ii. Se explicita que este nuevo Sistema Tarifario debe ser aplicado a todos los clientes de Transbank -sean comercios o PSP- independientemente de los acuerdos comerciales o contratos previos suscritos que tengan relación con tarifas por servicios de adquirencia.
- iii. Se modifique lo señalado en el numeral quinto de la parte resolutive en el siguiente sentido: *“5. El panel de consultores independientes a que se refieren las secciones II.1.3; II.3.2.3 y II.4 de la Consulta, deberá auditar el Sistema Tarifario en lo que se refiere a **comercios**, PSP y operadores, dando cumplimiento a los lineamientos indicados en esta resolución y, de estimarlo necesario, deberá ordenar los ajustes que considere pertinentes. El panel deberá entregar su informe a Transbank S.A. y la FNE a más tardar el 30 de abril de 2022”*.

116. Respecto de la materia señalada en la sección IV. de esta presentación, el H. TDLC ha excedido el marco legal al asignar a la FNE la obligación de delimitar el ámbito mínimo de información imprescindible que Transbank podrá solicitar a los PSPs para el cumplimiento de sus obligaciones regulatorias sectoriales.

117. El deber de velar por el cumplimiento de las decisiones del H. TDLC, asignado por el D.L. 211 a la FNE, tiene un límite sustantivo que le impide completar el contenido de las medidas dictadas por este H. Tribunal. Otro límite institucional se refiere a las materias en las que la FNE puede adoptar decisiones de fiscalización, siempre relacionadas con el cumplimiento o infracción de normas de protección de la libre competencia, y no con materias relacionadas con otros bienes jurídicos u objetivos de políticas públicas, especialmente cuando existen servicios públicos con facultades explícitas de interpretación y fiscalización en tales materias.

118. Por esto se solicita modificar la Resolución recurrida, en lo señalado en la consideración 356, ya sea eliminando la asignación a la FNE de la función de establecer el contenido mínimo la información a que podrá acceder Transbank de los PSPs, o reemplazando su participación por aquellos servicios directamente facultados para realizar

ese tipo de interpretación normativa, como la Comisión para el Mercado Financiero, la Unidad de Análisis Financiero y el Servicios de Impuestos Internos, según corresponda.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 31 letra d), 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PIDO: Tener por interpuesto, dentro de plazo legal, fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 61, admitirlo a tramitación y elevar los autos ante la Excm. Corte Suprema, con el fin de que, conociendo de este recurso, el Excmo. Tribunal enmiende esta Resolución en los términos señalados en esta presentación.