

Recurso de Reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Andrés Fuchs Nissim y **Rosario García Matte**, abogados, en representación de **Multicaja S.A.** (“Multicaja”), en la causa no contenciosa **Rol NC-463-2020**, caratulada “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “H. TDLC”), respetuosamente decimos:

Por este acto, interponemos recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 67/2021 del H. Tribunal, de fecha 21 de septiembre de 2021 (“Resolución” o “Resolución N° 67”), notificada a esta parte con fecha 22 de septiembre de 2021, solicitando al H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excma. Corte Suprema, con el objeto de que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo, (i) ordene que la vigencia del Sistema Tarifario aplicable respecto de los comercios regirá mientras Transbank mantenga su posición de dominio en el mercado, y no hasta la entrada en vigor de las tasas de intercambio; y, (ii) revoque la posibilidad excepcional otorgada por el H. Tribunal para que Transbank pueda cobrar tarifas inferiores a aquellas tarifas fijas establecidas en las tablas de doble entrada.

I. Resumen Ejecutivo

1. De forma previa a explicar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que fundan nuestro recurso, estimamos pertinente señalar que la Resolución del H. Tribunal se preocupa de prevenir tanto posibles riesgos explotativos respecto de comercios y PSP, como posibles riesgos exclusorios en perjuicio de los competidores de Transbank.

2. En este sentido, Multicaja considera correcto que la Resolución haya accedido a lo solicitado por esta parte en este procedimiento, en cuanto a: (i) ordenar el término inmediato del régimen transitorio y excepcional de subsidios al resolver la consulta; (ii) asegurar que la tarificación que se imponga a Transbank para su margen adquirente no implique una tarificación que pueda ser considerada como predatoria, o que permita subsidios cruzados; y, (iii) establecer que las tarifas que debe cobrar Transbank sean fijas y no máximas.

3. Sin embargo, a juicio de esta parte, la Resolución N° 67 yerra al establecer que la vigencia del sistema tarifario aplicable a los comercios se mantenga vigente únicamente hasta 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.

4. Lo anterior, porque, como se explicará más adelante, las medidas de comportamiento impuestas por el H. Tribunal deben mantenerse en tanto no se modifiquen las condiciones de competencia en virtud de las cuales fueron ordenadas y, en este caso, los riesgos de abusos exclusorios que Transbank puede cometer respecto de sus competidores no cesarán con la entrada en vigor de las tasas de intercambio, sino una vez que cese su posición de dominancia en el mercado.

5. En efecto, los fundamentos que llevaron al H. Tribunal a resolver que Transbank sólo podrá cobrar tarifas fijas; o a prohibir que Transbank pueda cobrar márgenes adquirentes menores a su costo medio variable con el fin de evitar prácticas exclusorias, se mantendrán todos vigentes mientras Transbank mantenga su posición de dominio.

6. Por consiguiente, esta parte estima que el Sistema Tarifario aplicable a los comercios se debe mantener vigente en tanto Transbank mantenga su posición de dominio, tal como ocurre con el resto del sistema tarifario.

7. Lo anterior, es especialmente cierto si se considera que, además, en este caso existen razones adicionales que justifican la imposición de medidas a Transbank en lo que se refiere a su sistema tarifario aplicable a los comercios, las que dicen relación, principalmente, con su supra dominancia y con la falta de una interoperabilidad plena entre los actores, lo que afecta especialmente la capacidad de entrada de nuevos competidores y de expansión de los competidores ya establecidos, y respecto de la cual no se espera una pronta solución.

8. Finalmente, la solicitud planteada por esta parte de modificar la vigencia del Sistema Tarifario de Transbank aplicable a los comercios no solo está justificada en consideraciones generales de la jurisprudencia en esta sede, sino también en el hecho que el propio Transbank reconoce que la vigencia del referido sistema debe ser hasta que se profundicen las condiciones de competencia en el mercado.

9. Esto último es particularmente relevante, toda vez que, si bien el H. Tribunal acogió la solicitud de esta parte en cuanto a establecer que las tarifas de los márgenes adquirentes cobradas por Transbank deben ser fijas y no máximas, igualmente permitió que Transbank pueda igualar los precios ofrecidos por su competencia, lo que, en los hechos, entorpecerá la posibilidad de que los competidores de Transbank, como nuestra representada, puedan profundizar las condiciones de competencia en el corto plazo en que tendrá vigencia el sistema tarifario aplicable a los comercios, el que, según lo resuelto en la Resolución N° 67, será de aproximadamente nueve meses.

10. En este contexto, nuestra representada considera correcta la decisión del H. Tribunal de establecer que las tarifas que Transbank puede cobrar a comercios y PSP sean fijas, pero estima necesario que la Excma. Corte Suprema revoque la posibilidad que se le ha dado a Transbank de cobrar tarifas que sean inferiores a aquellas que correspondan en virtud de las tablas de doble entrada, pues esa es la mejor manera tanto para evitar que se repitan distorsiones a la libre competencia y discriminaciones entre las tarifas que se cobran a comercios del mismo rubro, como para lograr el objetivo perseguido por el H. Tribunal de aumentar la intensidad competitiva del mercado.

11. Para justificar lo anterior, en lo sucesivo, se seguirá la siguiente estructura:

ÍNDICE

I.	Antecedentes.....	4
	A. De la consulta de Transbank.....	4
	B. La posición sostenida por Multicaja en este procedimiento	5
	C. Resolución N° 67 del H. Tribunal.....	6
II.	Vigencia, en los hechos, del Sistema Tarifario aplicable respecto de los comercios.....	9
III.	La Excma. Corte Suprema debe modificar la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios y resolver que el mismo se mantendrá vigente mientras Transbank mantenga su posición dominante en el mercado	13
	A. Primer argumento: Las medidas de comportamiento que se imponen por parte del TDLC deben tener, en principio, una vigencia permanente o indefinida; o, al menos, deben ser de una duración tal que aseguren que se podrá cumplir con su objetivo	13
	B. Segundo argumento: En este caso en particular, existen suficientes razones para resolver que el plazo de vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios debe continuar vigente mientras Transbank mantenga su posición de dominio	15
	a. Supra dominancia de Transbank en el mercado.....	16
	b. Problemas de interoperabilidad	17
	c. Posibles abusos exclusorios de Transbank	18
	C. Tercer argumento: El propio Transbank ha reconocido que su Sistema Tarifario debe estar vigente hasta que se profundice el escenario de competencia en el mercado adquirente.....	19
IV.	La Excma. Corte Suprema debe confirmar que las tarifas establecidas a Transbank deben ser fijas, pero debe revocar la posibilidad que se le ha otorgado a dicha compañía para cobrar tarifas inferiores a aquellas que correspondan en virtud de las tablas de doble entrada.....	20
	A. Primer argumento: El análisis que debe hacerse para resolver si se debe otorgar a Transbank el derecho de igualar las tarifas de sus competidores o no se debe hacer tomando en consideración cuál de esas alternativas es más consistente con el objetivo de las medidas impuestas por el H. Tribunal.....	21
	B. Segundo argumento: El prohibir que Transbank pueda igualar las ofertas que hagan sus competidores, permitirá, por una parte, que se materialicen los riesgos a la competencia que se pretendía evitar al establecer estas tarifas como fijas; y, por otra, que se sigan concretando discriminaciones arbitrarias en las tarifas que Transbank le cobra a los comercios.....	23
	C. Tercer argumento: Las condiciones fijadas por el H. Tribunal para que Transbank pueda igualar los precios de sus competidores son insuficientes para profundizar un escenario de competencia, ya que se establecen condiciones que son irrelevantes, difíciles de fiscalizar y que no impiden que Transbank tome conocimiento de sus clientes que hayan empezado a operar con otro adquirente	24

I. Antecedentes

A. De la consulta de Transbank

1. Con fecha 12 de mayo de 2020, Transbank sometió a consulta ante el H. Tribunal el sistema tarifario que había implementado desde el 1° de abril de 2020 con el paso al modelo de cuatro partes (“M4P”), respecto de: (i) comercios; (ii) emisores; (iii) proveedores de servicios para procesamiento de pago (“PSP”); y, (iv) operadores/adquirentes¹ que deseen interconectarse con dicha compañía (“Sistema Tarifario”)². Para los efectos de este recurso, únicamente es relevante el Sistema Tarifario aplicable a comercios y PSP.

2. Al respecto, el Sistema Tarifario propuesto por Transbank suponía, en esencia, que Transbank fijaría su margen adquirente a costo económico, esto es, conforme con los costos medios de largo plazo asociados a la actividad de adquirencia³.

3. Para estos efectos, Transbank acompañó a la consulta tanto una tabla con los márgenes adquirentes máximos que le cobraría a los comercios⁴, como una tabla con los márgenes adquirentes máximos que le cobraría a los PSP⁵. Adicionalmente, la propuesta de Transbank contemplaba la formación de un panel de tres consultores independientes cuyo propósito sería auditar los cálculos de MA⁶.

4. De acuerdo con la propuesta de Transbank, los márgenes adquirentes fijados en esta tabla serían máximos, lo que implicaría que la compañía podría cobrarle a un determinado comercio una tarifa menor que la indicada en la tabla.

¹ De conformidad con el Título I, N°3 del Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile: “(...) se entiende por Empresa Operadora de Tarjetas, en adelante, ‘Empresa Operadora’ u ‘Operador’, a la persona jurídica que realiza la liquidación y/o el pago de las prestaciones que se adeuden a las entidades afiliadas por concepto de utilización de las Tarjetas de Crédito, conforme a lo establecido en el Título III de este Capítulo”. Por su parte, un adquirente corresponde a la entidad que provee a un establecimiento comercial los servicios y medios necesarios para aceptar pagos con medios electrónicos.

Sin embargo, por razones de simpleza, tanto en la Consulta de Transbank, como en lo sucesivo de esta presentación, se utilizará indistintamente el concepto de operador y de adquirente.

² Consulta Transbank, p. 1.

³ Consulta Transbank, p. 5.

⁴ Consulta Transbank, Anexo N° 1.

⁵ Consulta Transbank, Anexo N° 3.

⁶ En concreto, como resumen la Resolución N° 67, el informe de los auditores independientes verificaría: (i) los costos medios de largo plazo asociados a la prestación, a comercios, de los servicios “básicos”; (ii) la tasa de rentabilidad normal de Transbank asociada a la prestación de los servicios “básicos” a comercios, la que no podría ser superior a la del año 2019; (iii) las economías de escala y efectos de red que justifiquen los tramos de descuentos del MA por número de transacciones, por ticket promedio u otro factor relevante; y (iv) los tramos de descuentos por número de transacciones, por ticket promedio u otro factor relevante del MA, y la distribución de transacciones dentro de cada tramo, para lograr el financiamiento eficiente de los costos medios de largo plazo (H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 208).

5. Finalmente, Transbank solicitó al H. Tribunal que declarara que:
- a. El Sistema Tarifario se mantendrá vigente hasta que se profundice el escenario de competencia entre adquirentes y/o sub-adquirentes; o, hasta que se produzca otro evento o cambio de circunstancias que se determine en la resolución de término; y
 - b. Que el PAR aprobado en los autos Rol C N° 16-04 y objeto de una última revisión por medio de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, carece de vigencia, al referirse en su ámbito de aplicación a una operación de Transbank bajo el antiguo modelo de tres partes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que , como consecuencia de la implementación de esta tarificación, habría ocurrido que “para un número de comercios (alrededor de 17.000), los MD resultantes bajo el M4P resultaban superiores a los MD vigentes hasta el 31 de marzo de 2020, esto es, de acuerdo a las reglas que se aplicaban antes bajo una operación basada en el M3P”⁷, razón por la que Transbank “consideró absolver esas alzas de precios bajo ciertas condiciones y plazos”⁸.

7. Lo anterior llevó, entonces, a que el Sistema Tarifario aplicable a comercios y PSP contemplara además un régimen transitorio y excepcional de subsidios, según el cual Transbank se compromete a absorber las alzas de precios en relación con las tarifas cobradas en virtud del PAR, bajo ciertas condiciones, hasta el 31 de marzo de 2021⁹.

8. Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento el H. Tribunal resolvió 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”¹⁰.

B. La posición sostenida por Multicaja en este procedimiento

9. Durante este procedimiento, nuestra representada manifestó que se debe ser particularmente cuidadoso con las condiciones que se fijen respecto de la forma en que Transbank deberá tarificar su margen adquirente bajo la ejecución de un M4P, para que el

⁷ Consulta Transbank, p. 18.

⁸ Consulta Transbank, p. 18.

⁹ Consulta Transbank, p. 6.

¹⁰ H. TDLC, resolución de folio 184.

mismo no pueda ser ocupado como una herramienta para impedir el ingreso o la expansión de competidores.

10. Por consiguiente, se argumentó, que debe evitarse que por proteger posibles y eventuales abusos explotativos por parte de Transbank, se permitan estrategias exclusorias, pues, a la larga, ello sería más perjudicial para la competencia y el proceso competitivo.

11. En conformidad a lo anterior, nuestra representada solicitó que las condiciones que se fijen respecto del Sistema Tarifario de Transbank fomenten la libre competencia, lo que se tradujo en pedirle al H. Tribunal que: (i) ordene el término inmediato del régimen transitorio y excepcional subsidios, una vez que se resuelva esta consulta; (ii) asegure que la tarificación que se imponga a Transbank para su margen adquirente no implique una tarificación que pueda ser considerada como predatoria, o que permita subsidios cruzados; y, (iii) prohíba la posibilidad de Transbank de discriminar tarifas, por la vía de ordenar que las tarifas que se le fijen sean fijas y no máximas. Todas estas medidas, como se dijo en un comienzo, fueron consideradas en la Resolución N° 67.

C. Resolución N° 67 del H. Tribunal

12. La Resolución N° 67 tuvo por objeto “revisar la conformidad del Sistema Tarifario con la normativa de la libre competencia”¹¹, y su conclusión fue que el Sistema Tarifario consultado por Transbank se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211, “siempre que cumpla de manera íntegra con todas y cada una de las medidas”¹² impuestas en la Resolución.

13. En particular, en lo que dice relación con el Sistema Tarifario aplicable a comercios y PSP, la Resolución analizó una serie de cuestionamientos y riesgos. El objetivo de dicho análisis consistía en determinar si era necesario imponer algún tipo de medida para evitar conductas explotativas o exclusorias por parte de Transbank.

14. Una síntesis de los riesgos analizados por el H. Tribunal, y de las medidas impuestas, se encuentra en la siguiente tabla:

Riesgo	Naturaleza	Medida
Riesgo de aumento artificial o sobrestimación de los costos de Transbank en su rol adquirente	Explotativo	En la fijación de tarifas de MA, se deberán considerar únicamente los costos asociados a la adquirencia y procesamiento adquirente, incorporando los ajustes indicados en la sección (b.1) ¹³ .

¹¹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 20.

¹² H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Primero.

¹³ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(b).

		El cálculo de las tarifas aplicables a los comercios y PSP debe considerar los costos incurridos por Transbank S.A. en el año anterior a aquel en que se aplican ¹⁴ .
Riesgo de aumento artificial o sobrestimación de los costos de Transbank en su rol de procesador adquirente	Explotativo	Las tarifas asociadas a tarjetas de débito y con provisión de fondos deben ser menores a aquellas asociadas a tarjetas de crédito, según se indica en el párrafo 347 de la parte considerativa ¹⁵ .
Riesgo de discriminación arbitraria – descuentos de ticket promedio	Explotativo	En términos del valor del ticket promedio, la tarifa debe ser creciente, a tasas decrecientes, a medida que aumenta su monto. Los umbrales correspondientes a dos tramos consecutivos no podrán tener una diferencia superior a un 3% ¹⁶ .
Riesgo de discriminación arbitraria – Descuentos por volumen	Explotativo	Los descuentos basados en el número de transacciones deben ser incrementales y Transbank S.A., deberá ajustarlos de manera de que estos sean de la misma magnitud para todos los rangos del valor de ticket promedio, tal como se indica en el párrafo 284 de la parte considerativa ¹⁷ .
Riesgos de exclusión – Predación	Exclusorio	Ninguna tarifa podrá ser inferior al costo medio variable de las actividades de adquirencia o de procesamiento adquirente, según corresponda ¹⁸ .
Riesgos de exclusión – MA máximos	Exclusorio	Las tarifas establecidas en las tablas de doble entrada deben ser fijas. Excepcionalmente, Transbank S.A. podrá cobrar tarifas inferiores a aquellas que correspondan en virtud de las tablas de doble entrada, con el objeto de igualar a la competencia, siempre que cumpla con todas las condiciones referidas en el párrafo 323 de la parte considerativa, incluyendo un deber de informar a la Fiscalía Nacional Económica, en un plazo de 10 días hábiles, cada vez que ejerza este derecho ¹⁹ .

15. Adicionalmente, el H. Tribunal también analizó otros riesgos señalados por intervinientes en el proceso, como son los riesgos de estrangulamiento de márgenes respecto de los PSP, de las tarifas aplicables a las empresas recaudadoras; y el alza de tarifas sin la absorción transitoria contemplada en el sistema tarifario. Sin embargo, el H. Tribunal en su resolución descartó la posibilidad de que estos riesgos se materialicen, razón por la que no estableció ninguna medida a su respecto.

16. En efecto, en relación con el supuesto riesgo de alzas de tarifas, el H. Tribunal consideró que lo verdaderamente riesgoso y anticompetitivo en este caso sería mantener el régimen de subsidios, ya que “eso deja sin posibilidad a los competidores de Transbank de disputar clientes y acceder a gran parte de los comercios y perpetúa su posición dominante”²⁰.

¹⁴ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(g).

¹⁵ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(f).

¹⁶ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(d).

¹⁷ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(c).

¹⁸ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(e).

¹⁹ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(a).

²⁰ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 334.

17. Consistente con lo anterior, el H. Tribunal estimó “que la eliminación de los subsidios tiene como objeto resguardar el proceso competitivo, toda vez que aumentará la competencia en la adquirencia y permitirá que los competidores de la Consultante puedan ejercer una mayor presión competitiva en el mercado. Ello beneficiaría a los comercios y a los consumidores en el mediano y largo plazo”²¹, razón por la que, resolvió que²²:

De conformidad con lo expuesto en el párrafo 334 de la parte considerativa, a partir de la notificación de esta resolución, Transbank S.A. debe dejar de aplicar el régimen transitorio a que se refiere el capítulo III del escrito de folio 9²³.

18. Por último, en relación con la vigencia del Sistema Tarifario, la Resolución N° 67 distinguió entre los diversos actores, resolviendo, en definitiva, que:

- a. “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”²⁴; mientras que,
- b. “El Sistema Tarifario consultado aplicable a los PSP, operadores y emisores, ajustado en los términos indicados en las secciones (b.1), (b.2), (b.3) y (b.4) de la parte considerativa, continuará vigente mientras Transbank S.A. mantenga su posición dominante en el mercado”²⁵.

19. Como consecuencia de esta distinción, el panel de consultores independientes al que se hacía referencia en la Consulta de Transbank no tendrá intervención alguna en la fijación de los márgenes adquirentes respecto de los comercios, sino que únicamente “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”²⁶.

20. En cuanto a las razones dadas por el H. Tribunal para realizar la referida distinción, en relación con la vigencia del Sistema Tarifario, lo cierto es que la Resolución no es muy explícita.

²¹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 334.

²² H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Sexto.

²³ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Sexto.

²⁴ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Tercero.

²⁵ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Cuarto.

²⁶ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Quinto. .

21. En efecto, de lo antecedentes expuestos en la Resolución, lo único que permitiría justificar que el Sistema Tarifario aplicable a los comercios tenga vigencia hasta la entrada en vigor de las tasas de intercambio definitivas, y no mientras Transbank mantenga su posición de dominio, obedece a la distinción que realiza la Resolución entre los segmentos de la adquirencia y del procesamiento adquirente²⁷, que la lleva a sostener que las tasas de intercambio representarían el principal costo de adquirencia y, por consiguiente, “mientras no se regulen las TI, la competencia en adquirencia puede restringirse, al reducirse el margen de ganancia que se puede obtener en este segmento”²⁸. *A contrario sensu*, pareciera tener que interpretarse que, reguladas las tasas de intercambio, no habría razón para restringir la competencia en la adquirencia.

22. En cambio, respecto del segmento de procesamiento adquirente, el H. Tribunal sostuvo que no se puede aplicar el mismo razonamiento, “toda vez que la fijación de las TI no implica necesariamente una disminución de las barreras a la entrada y la expansión relacionadas con esta actividad (economías de escala e interoperabilidad)”, razón por la que Transbank deberá mantener todas las obligaciones referidas al Sistema Tarifario aplicable a los PSP “mientras mantenga su posición de dominio en el mercado”²⁹.

II. Vigencia, en los hechos, del Sistema Tarifario aplicable respecto de los comercios

23. Los Resueltos Segundo y Tercero de la Resolución N° 67, disponen el tiempo que se mantendrá vigente el nuevo Sistema Tarifario de Transbank respecto a los comercios: mientras el Resuelto Segundo dispone cuándo será su inicio, el Resuelto Tercero dispone cuándo llegará a su fin.

24. Así, conforme con el Resuelto Segundo, el Sistema Tarifario aplicable a comercios comenzará su vigencia, de acuerdo con las medidas señaladas en la Resolución N° 67, recién 30 días hábiles después de la notificación de la Resolución. Por su parte, conforme al Resuelto Tercero, el Sistema Tarifario aplicable a los comercios durará hasta que entren en vigor los límites máximos a las Tasas de Intercambio.

25. Resulta relevante, entonces, conocer cuándo se verificarán tales hitos -sobre todo, el que marca el término del Sistema - para poder conocer, en los hechos, la vigencia del Sistema

²⁷ Actualmente es posible distinguir dos niveles de competencia en los segmentos de adquirencia y procesamiento adquirente. Por un lado, los adquirentes, ya sea integrados o no integrados, compiten o podrían competir por la captación de los sub-adquirentes, y por otro, adquirentes y sub-adquirentes compiten por la afiliación de comercios” (H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 136).

²⁸ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 192.

²⁹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 330.

Tarifario respecto a los comercios. Desde ya, y según será explicado con detalle a continuación, el tiempo intermedio entre esos dos hitos durará aproximadamente, y muy probablemente, tan sólo nueve meses; plazo que, como ya se adelantó, resulta insuficiente para precaver los riesgos exclusorios indicados en la Resolución N° 67, y, parafraseando los términos de la Resolución, aumentar la competencia en el mercado de la adquirencia.

26. En relación al primer hito, Transbank deberá dar cumplimiento al Sistema Tarifario aprobado en un plazo de “30 días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución” que es la “fecha a partir de la cual, entrará en vigor el nuevo sistema tarifario, con los ajustes indicados en esta resolución”³⁰.

27. La Resolución fue notificada a Transbank el 22 de septiembre, de modo que los 30 días hábiles se cumplen el 28 de octubre, día que marca entonces el inicio del Sistema Tarifario aplicable a los comercios.

28. En relación con el segundo hito, como se ha explicado, el Sistema Tarifario aplicable a los comercios estará 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”³¹.

29. Al respecto, el referido artículo 8° dispone que los límites a las tasas de intercambio serán determinadas por el Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio (“Comité”), conforme al siguiente procedimiento:

- a. *Primero*, el procedimiento establece que a partir de la publicación de la resolución del Comité en que se acuerde iniciar el proceso para determinar límites a las tasas de intercambio, comienza a correr un plazo de 45 días hábiles para que cualquier interesado pueda enviar sus opiniones, observaciones o propuestas. Dicha publicación tuvo lugar el pasado 6 de agosto.
- b. *Luego*, el procedimiento establece que “una vez cumplido el mencionado plazo, sea que se hayan recibido o no opiniones, observaciones o propuestas, el Comité procederá a preparar una propuesta preliminar de límites a las tasas de intercambio”³². Tal propuesta preliminar, conforme al artículo 4° Transitorio de la Ley de Tasas de Intercambio, deberá ser publicada en un

³⁰ H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo Segundo.

³¹ H. TDLC, Resolución N° 67, resuelvo Tercero.

³² Artículo 8° b) Ley de Tasas de Intercambio.

plazo no superior a 6 meses desde la integración del Comité, lo que implica que el plazo máximo para publicar la propuesta preliminar será el día 6 de febrero de 2022. De todas formas, pudiera ocurrir que el Comité publicara la propuesta preliminar antes.

- c. *A continuación*, desde la publicación de la propuesta preliminar, comienza a correr un plazo de 60 días hábiles para que cualquier interesado u órgano público pueda observarla o comentarla. Si la publicación ocurre en el máximo plazo otorgado, esto el 4 de febrero (dado que 6 de febrero cae domingo, día inhábil), entonces el plazo para hacer observaciones vencería el 2 de mayo de 2022.
- d. *Enseguida*, “transcurrido el referido plazo de sesenta días hábiles, sea que se hayan recibido o no comentarios u observaciones, el Comité procederá a dictar la resolución que determine los límites a las tasas de intercambio, las que deberán ser publicadas en su sitio web”. Pese que para esta fase no hay plazo alguno definido en la Ley, pudiera ocurrir que durante ese mismo mes de mayo de 2022 el Comité resuelva y publique los límites definitivos a las tasas de intercambio.
- e. *Finalmente*, si ese fuera el caso y transcurridos cinco días hábiles contado desde su dictación, la resolución no fuere objeto de recurso de reposición, “el Comité procederá a publicar los límites a las tasas de intercambio en el Diario Oficial, los cuales comenzarán a regir de conformidad al plazo que indique el acuerdo. Si el acuerdo no señala un plazo de entrada en vigencia, los límites a las tasas de intercambio entrarán a regir el primer día del tercer mes siguiente a su publicación en el Diario Oficial”.

Si bien, en esta etapa final nuevamente no se fija un plazo máximo a partir del cual comienzan a regir los límites definitivos desde su publicación en el Diario Oficial, sí existe una regla supletoria, de modo que si el Comité dicta y publica los límites a las Tasas de Intercambio en mayo de 2022, sin señalar plazo para su entrada en vigencia, los límites a las Tasas de Intercambio entrarían en vigor a partir del 1 de agosto de 2022, fecha en la que también terminaría el Sistema Tarifario aplicable a los comercios.

30. De este modo, es posible concluir que la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios será de aproximadamente tan sólo de nueve meses³³, pudiendo ser incluso menor si el Comité resuelve antes de los plazos máximos establecidos en la ley.

31. Lo anterior, sin considerar siquiera que la Resolución establece, además, en su Resuelvo Séptimo que “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”.

32. Es decir, Transbank iniciará el nuevo Sistema Tarifario el 28 de octubre, y, de acuerdo con el resuelvo recién citado, quince días después, deberá notificarle a FNE las justificaciones y cálculos que sustentan sus nuevas tarifas. Pudiera ocurrir, por ejemplo, que la FNE determine que dichas tarifas no se sustentan o no se ajustan a lo ordenado por el TDCL, y ordene a Transbank ajustarse a la Resolución. Mientras ello ocurra, el Sistema Tarifario que se aplicó a los comercios, o que aplique en el intertanto, podría ser uno no ajustado a lo ordenado, y por ende, no apto para aumentar la competencia en el mercado de la adquirencia y prevenir riesgos explotativos y exclusorios. Pese a ello, el tiempo seguirá corriendo en contra para la vigencia de las medidas, sin importar que éstas hayan sido realmente aplicadas, pues llegado el día en que se fijen las Tasas de Intercambio, deberán cesar, hayan estado ajustadas o no. En consecuencia, podría ocurrir que, en los hechos, que la vigencia del Sistema Tarifario pudiera llegar a ser incluso menor a la analizada en los párrafos precedentes.

33. Todo lo anterior, permite concluir entonces que la vigencia, en los hechos, del Sistema Tarifario aplicable a los comercios es insuficiente para precaver los riesgos exclusorios analizados en la Resolución N° 67, sobre todo si, como se dijo, el H. Tribunal permitió que Transbank pueda cobrar tarifas inferiores a las tarifas fijas que le son fijadas.

34. Por ello, en los siguientes capítulos, se justificará, primero, por qué la Excma. Corte Suprema debe modificar la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios, estableciendo que su vigencia, en lugar de mantenerse hasta que entren en vigor las tasas de

³³ Entre el 28 de octubre de 2022, fecha en la que entrará en vigencia el nuevo Sistema Tarifario aplicable a los comercios, y el 1 de agosto de 2022, fecha en que este probablemente llegue a término, transcurrirían sólo nueve meses, y ese es, en los hechos, el tiempo de vigencia que tendrá el Sistema Tarifario aplicable a los comercios de mantenerse inalterada la decisión del H. Tribunal.

intercambio definitivas, deberá ser mientras se mantenga la posición de dominio de Transbank; y, luego, por qué la Excma. Corte Suprema debe revocar la autorización de que Transbank pueda cobrar tarifas inferiores a aquellas que le correspondan en virtud de las tablas de doble entrada.

III. La Excma. Corte Suprema debe modificar la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios y resolver que el mismo se mantendrá vigente mientras Transbank mantenga su posición dominante en el mercado

A. Primer argumento: Las medidas de comportamiento que se imponen por parte del TDLC deben tener, en principio, una vigencia permanente o indefinida; o, al menos, deben ser de una duración tal que aseguren que se podrá cumplir con su objetivo

35. Tal como se ha señalado hasta ahora, el H. Tribunal resolvió declarar que el Sistema Tarifario sometido a consulta por parte de Transbank 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”³⁴, las que luego resume en la parte resolutive de la misma.

36. Desde un punto de vista jurídico, las medidas impuestas o, en términos del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, las condiciones que deberán ser cumplidas en el hecho, acto o contrato consultado son “una autorización de funcionamiento, de tracto sucesivo, que se proyecta sobre el ejercicio de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo, de modo que hace nacer una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado”³⁵.

37. Las medidas o condiciones que se pueden imponer se dividen en dos grandes categorías: medidas estructurales y medidas de conducta o comportamiento. Mientras las medidas estructurales, explica la doctrina, “implican una redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios”, los remedios conductuales “restringen los derechos de propiedad y la libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes”³⁶.

³⁴ H. Resolución N° 67, Resuelvo Primero.

³⁵ Agüero, Francisco, *Informe en Derecho: obligatoriedad y cambio de circunstancias en resoluciones del TDLC*, acompañado por Walmart a folio 221 del expediente, p. 10.

³⁶ Montt, Santiago, *Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno*, en: “Anuario de Derecho Público”, Universidad Diego Portales, 2012, p. 457.

38. En línea con lo anterior, las medidas estructurales consisten habitualmente en la venta o cesión de activos, mientras que las posibles condiciones de conductas pueden ser amplias y variadas³⁷, siendo casi siempre “hechas a la medida” de los riesgos del hecho, acto o contrato que se aprueba³⁸.

39. Desde el punto de vista de su cumplimiento, las medidas estructurales son generalmente de cumplimiento inmediato o casi inmediato, mientras que las medidas conductuales tienen, en principio, una duración indefinida, en tanto se mantengan las condiciones de competencia en que fueron otorgadas.

40. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia, la regla general en materia de vigencia de las medidas conductuales indica que:

Las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura.

En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio³⁹.

41. Pues bien, en este caso, la vigencia de las medidas impuestas por el H. Tribunal a Transbank, en lo que se refiere a su relación con los comercios, no está dada por el principio *rebus sic stantibus*, ni por el hecho de que se mantengan o modifiquen las condiciones de competencia vigentes al momento de imponerla, sino que la vigencia está dada por la creencia del H. Tribunal de que una vez reguladas las tasas de intercambio, a juicio del H. Tribunal, “debiera aumentar la intensidad competitiva”⁴⁰.

³⁷ En la práctica, nuestro H. TDLC ha impuesto un amplio espectro de condiciones o medidas de conducta, incluyendo: (i) la prohibición de participar en la propiedad de empresas que puedan competir con la empresa fusionada (Resolución N° 1); (ii) la obligación de consultar al H. TDLC, en los términos del procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211, como condición previa a: (a) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes (Resolución N° 1); (b) adquirir futuras concesiones adicionales (Resolución N° 20); (c) renovar concesiones radiales (Resolución N° 20); y (d) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (Resolución N° 22); (iii) la imposición de precios máximos por plazos de dos a tres años (Resolución N° 23/2008, Resolución N° 1).

³⁸ Montt, Santiago, *Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno*, en: “Anuario de Derecho Público”, Universidad Diego Portales, 2012, p. 457.

³⁹ H. TDLC. Resolución N° 64, considerando 9°. En el mismo sentido, véase: (i) H. TDLC, Sentencia N° 117, considerando 21°; (ii) H. TDLC. Resolución N° 53, párrafo 123; (iii) H. TDLC, Resolución N° 57/2019, párrafos 50, 51 y 52.

⁴⁰ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 329.

42. Sin embargo, nada asegura que las condiciones de competencia efectivamente hayan cambiado al momento de fijarse por parte del Comité las tasas de intercambio definitivas, ni tampoco que dichas condiciones vayan a cambiar como consecuencia de dicha fijación. Lo anterior es especialmente cierto si se tiene presente las barreras a la entrada que existen en este mercado, y a las que se hará referencia en detalle en el próximo capítulo (supra dominancia de Transbank y problemas de interoperabilidad, principalmente), nada tienen que ver con la fijación de las tasas de intercambio.

43. Por lo mismo, lo más lógico hubiese sido que el H. Tribunal mantenga el criterio regular en la materia -y que es el establecido, de hecho, respecto de la vigencia del Sistema Tarifario en relación con PSP, emisores y operadores-, conforme con el cual la autorización está sujeta al cambio de circunstancias sobre la posición de dominio de Transbank.

B. Segundo argumento: En este caso en particular, existen suficientes razones para resolver que el plazo de vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios debe continuar vigente mientras Transbank mantenga su posición de dominio

44. En relación con esta materia, debe señalarse que existen dos órdenes de razones para justificar que el Sistema Tarifario aplicable a los comercios debe continuar vigente mientras Transbank mantenga su posición de dominio: (i) el primero, dice relación con las barreras a la entrada existentes en el mercado y que afectan, principalmente, la capacidad de expansión de los competidores de Transbank; y (ii) el segundo, dice relación con que el referido régimen se estableció no sólo para proteger a los comercios de eventuales abusos explotativos por parte de Transbank, sino también para precaver abusos exclusorios de Transbank en contra de sus competidores.

45. Según se ha analizado hasta ahora, uno de los objetivos fundamentales de las medidas impuestas a Transbank por parte del H. Tribunal consiste en resguardar el proceso competitivo, aumentar la competencia en la adquirencia y permitir que los competidores de Transbank, entre ellos nuestra representada, puedan ejercer una mayor presión competitiva en el mercado⁴¹.

46. Dicho objetivo no es menor, si se considera que, como reconoce la Resolución N° 67, Transbank tiene una posición supra dominante en el segmento de la adquirencia y, además, existen barreras a la entrada que dicen relación no solo con las economías de escala o la integración vertical propia de Transbank, sino también con problemas de interoperabilidad que han llevado al H. Tribunal, por una parte, a analizar la conveniencia de adoptar “ciertas

⁴¹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 334.

medidas necesarias para fomentar la competencia en la industria”⁴²; y, por otra, a reconocer en la propia Resolución N° 67 “que aún faltan ajustes operacionales y tecnológicos para poder afirmar que existe plena interoperabilidad en el sistema de medios de pago”⁴³, lo que “representa una barrera de entrada o de expansión relevante en este segmento, que podría estar otorgando a Transbank una ventaja competitiva y así, le podría permitir mantener su posición de dominio, aun cuando las principales barreras normativas se hayan eliminado”⁴⁴.

a. Supra dominancia de Transbank en el mercado

47. Transbank tiene una posición supra dominante en el segmento de la adquirencia, a tal punto que el H. Tribunal, a referirse a las participaciones de mercado, tuvo por acreditado que “a diciembre de 2020, Transbank continuaba concentrando casi el 100% de las actividades de adquirencia y procesamiento adquirente, a pesar de la entrada de nuevos actores sub-adquirentes y adquirentes integrados. Según dan cuenta las cifras acompañadas (...) la participación de mercado de Transbank, en número de transacciones, durante el periodo 2019-2020 fue de un 99,8%”⁴⁵.

48. En línea con lo anterior, la Resolución después agrega que “según las cifras acompañadas por la CMF (folio 215), se puede deducir que, Transbank y sus sub-adquirentes representaron el 99,97% de los pagos que se realizan a los comercios por concepto de transacciones con tarjetas de pago, en el periodo comprendido entre marzo 2019 y agosto 2020. El porcentaje de participación restante, a esa fecha, corresponde a Multicaja”⁴⁶.

49. Incluso, conforme a información entregada recientemente por los operadores –de marzo a julio de 2021-, se tuvo por demostrado que: “las transacciones mensuales promedio de ambos agentes (Multicaja y Getnet) fueron incluso menores a las que le aportaron individualmente y de forma mensual algunos grandes comercios a Transbank”⁴⁷.

50. En atención a todo lo anterior, el H. Tribunal terminó por concluir que “la alta participación de mercado que ostenta Transbank y la escasa presión competitiva que ejercen sobre él sus sub-adquirentes y otros adquirentes integrados, son indicios de que este aún mantiene una posición dominante en el mercado”⁴⁸, y que “la transición hacia el M4P no obsta a que Transbank continúe teniendo una posición dominante”⁴⁹.

⁴² H. TDLC, Resolución de inicio, de folio 1, procedimiento no contencioso Rol NC N° 474, considerando décimo.

⁴³ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 169.

⁴⁴ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 169.

⁴⁵ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 143.

⁴⁶ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 145.

⁴⁷ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 187.

⁴⁸ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 148.

⁴⁹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 141.

51. De este modo, y por el sólo hecho de la supra dominancia de Transbank, es difícil entender por qué el H. Tribunal le da una vigencia tan cortoplacista al Sistema Tarifario aplicable a los comercios, el que, entre otros fines, persigue precisamente aumentar la competencia en el mercado de la adquirencia y precaver efectos exclusorios respecto de los competidores de Transbank.

b. Problemas de interoperabilidad

52. Con fecha 25 de septiembre de 2020, el H. Tribunal resolvió, de oficio, iniciar el procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N°211, “respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N°3 del mismo cuerpo legal, sobre las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos; en especial, la interoperabilidad entre los distintos actores que participan en este mercado, y la revisión de ciertas prácticas comerciales y de los incentivos que tienen dichos actores”⁵⁰.

53. Una de las razones fundamentales para abrir dicho procedimiento, consistió en que, si bien han existido modificaciones regulatorias relevantes en el mercado de los medios de pago, éstas serían insuficientes para garantizar la competencia en dicho mercado, lo que habría llevado a diversas entidades a sugerir adopción de ciertas medidas necesarias, entre las que se encuentra, las referidas a temas de interoperabilidad.

54. Poco más de un año después, con fecha 22 de septiembre de 2021, al dictar la Resolución N° 67, el H. Tribunal reconoció que, no obstante, “los antecedentes dan cuenta de un avance considerable en interoperabilidad entre la fecha de la consulta y junio de 2021, se puede concluir que aún faltan ajustes operacionales y tecnológicos para poder afirmar que existe plena interoperabilidad en el sistema de medios de pago”⁵¹.

55. Esta falta de interoperabilidad plena representa, de acuerdo con el H. Tribunal, “una barrera de entrada o de expansión relevante en este segmento, que podría estar otorgando a Transbank una ventaja competitiva y así, le podría permitir mantener su posición de dominio, aun cuando las principales barreras normativas se hayan eliminado”⁵².

⁵⁰ CITA.

⁵¹ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 169.

⁵² H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 169.

56. Tanto es así, que el H. Tribunal advirtió que, respecto de nuestra representada, la falta de interoperabilidad se erige como una barrera a la expansión⁵³. Adicionalmente, el H. Tribunal tomó nota en la Resolución tanto de que existirían diferencias en los protocolos de seguridad utilizados por los distintos adquirentes, que llevarían a que las tasas de rechazo de los competidores de Transbank sean mayores que los de esta última compañía, como de los problemas que tendrían los adquirentes desafiantes y, en particular nuestra representada, para ofrecer programas promocionales de pago en cuota sin interés, los que solamente se estarían ofreciendo a través de Transbank⁵⁴.

57. En este contexto, si se considera que la principal mejora de los problemas de interoperabilidad vendrá recién con la resolución del procedimiento no contencioso iniciado de oficio por el H. Tribunal, cuya vista recién está fijada para fines de octubre, y cuya resolución, conforme con las estadísticas en esta sede, podrá estar recién a mediados del próximo año, es que no se entiende la razón o la lógica de acortar el plazo de vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios, ya que, como se ha explicado, los problemas de interoperabilidad se mantendrán hasta entonces, de modo tal que cuando estos problemas sean solucionados, el Sistema Tarifario aplicable a los comercios ya no se encontrará vigente.

c. Posibles abusos exclusorios de Transbank

58. Según se ha visto, uno de los objetivos fundamentales de las medidas impuestas a Transbank consiste en aumentar la intensidad competitiva en el mercado de la adquirencia⁵⁵, lo que no sólo aplica al Sistema Tarifario respecto a los operadores/adquirentes o PSP, sino que también, y muy especialmente, al Sistema Tarifario respecto a los comercios.

59. En efecto, al Sistema Tarifario aplicable a los comercios si bien regula la relación tarifaria entre éstos y Transbank, no solo está concebido para proteger a los comercios de eventuales abusos explotativos, sino que también para proteger a quienes compiten *por* ellos de eventuales prácticas exclusorias de Transbank en contra de sus competidores. Lo anterior se desprende claramente de las consideraciones del H. Tribunal para determinar los ajustes necesarios a dicho sistema.

⁵³ “Así, la baja participación de mercado que tenía Multicaja a agosto 2020 (ver párrafo 145), a pesar de tener las licencias de adquirencia de Visa, Mastercard, Amex y Union Pay, y estar en condiciones de procesar el 86% del total de tarjetas de crédito y el 72% de tarjetas de débito (folio 98, p.14), da cuenta de que la falta de interoperabilidad se erige como una barrera a la expansión. Adicionalmente, la falta de interoperabilidad limita la posibilidad de atraer sub-adquirentes por parte de adquirentes integrados distintos de Transbank” (H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 152).

⁵⁴ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 168.

⁵⁵ H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 334.

60. Así, por ejemplo, el H. Tribunal tuvo en especial consideración el riesgo de abusos exclusorios para ordenar a Transbank el cobro de tarifas fijas a los comercios, o el prohibirle cobrar a los comercios un margen adquirente menor a sus costos medios variables.

61. En ese contexto, en que los ajustes ordenados al Sistema Tarifario aplicable a los comercios no sólo guardan relación con la protección de éstos respecto de eventuales abusos explotativos, sino que también dicen relación con la prevención de eventuales abusos exclusorios que pudiera cometer Transbank en contra de sus competidores; es que no se entiende por qué la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios debe ser solo hasta la entrada en vigor de las tasas de intercambio definitivas.

62. Lo anterior, porque si bien la fijación de las tasas de intercambio pudiera servir para precaver suficientemente los riesgos explotativos, su entrada en vigor no guarda relación ni impedirá el riesgo de prácticas exclusorias. Por consiguiente, que no se entiende la razón o la lógica de sujetar el plazo de vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios a la existencia de límites a las tasas de intercambio, que no guardan relación con los riesgos identificados, y no hasta que la posición de supradominancia de Transbank termine.

C. Tercer argumento: El propio Transbank ha reconocido que su Sistema Tarifario debe estar vigente hasta que se profundice el escenario de competencia en el mercado adquirente

63. En su consulta, Transbank reconoció mantener una “posición preponderante en el mercado”⁵⁶, y, debido a ello, solicitó en el petitorio de su Consulta que el H. Tribunal declarase que el sistema tarifario “se mantendrá vigente hasta que se profundice el escenario de competencia entre adquirentes y/o sub-adquirentes”⁵⁷.

64. Es decir, es la propia Transbank quien no sólo reconoce, sino que expresamente solicita, que el Sistema Tarifario en su totalidad se mantenga vigente hasta que se profundice el escenario de competencia en el segmento de la adquirencia, escenario que sólo se verificará una vez que Transbank pierda su posición de dominio o “preponderante”.

65. Por tanto, consideramos que si Transbank estuvo dispuesto a aceptar un Régimen Tarifario que en su totalidad durara mientras él mantenga su posición de dominio, con mayor razón, el H. Tribunal debiese acceder a ello y ordenarlo, sobre todo cuando las medidas que está ordenando justamente van encaminadas a desafiar dicha posición de dominio y a evitar la concreción de riesgos anticompetitivos mientras ello no ocurra.

⁵⁶ Consulta Transbank, p. 19.

⁵⁷ Consulta Transbank, petitorio, pp.19-20.

IV. La Excma. Corte Suprema debe confirmar que las tarifas establecidas a Transbank deben ser fijas, pero debe revocar la posibilidad que se le ha otorgado a dicha compañía para cobrar tarifas inferiores a aquellas que correspondan en virtud de las tablas de doble entrada

66. En relación con la naturaleza que deben tener las tarifas que Transbank le deba cobrar a los comercios, esto es, si las tarifas deben ser máximas o fijas, existió un importante debate en el marco de este procedimiento, pues mientras Transbank consideraba que dichas tarifas debían ser máximas, esta parte y la Fiscalía Nacional Económica argumentábamos que las tarifas debían ser *verdaderamente* fijas.

67. En su Resolución, el H. Tribunal accedió a lo solicitado por esta parte y la FNE, al disponer en su Resuelvo Primero que “las tarifas establecidas en las tablas de doble entrada deben ser fijas”⁵⁸. No obstante, la Resolución agregó que, “excepcionalmente, Transbank S.A. podrá cobrar tarifas inferiores a aquellas que correspondan en virtud de las tablas de doble entrada, con el objeto de igualar a la competencia, siempre que cumpla con todas las condiciones referidas en el párrafo 323 de la parte considerativa⁵⁹, incluyendo un deber de informar a la Fiscalía Nacional Económica, en un plazo de 10 días hábiles, cada vez que ejerza este derecho”⁶⁰.

68. Al respecto, esta parte considera que, a pesar de que el H. Tribunal accedió, en principio, a lo solicitado por esta parte, el hecho que el Sistema Tarifario aplicable a los comercios sea de tan corta duración impone que las tarifas establecidas en las tablas de doble entrada deban ser fijas, sin que exista posibilidad excepcional de realizar descuentos para igualar los precios de los competidores por parte de Transbank.

69. Los argumentos para justificar la inconveniencia de permitir que Transbank pueda realizar descuentos a las tarifas fijas son, principalmente, los siguientes:

⁵⁸ Resuelvo 1.1. (a)

⁵⁹ “Como parte del Sistema Tarifario sometido a consulta, Transbank propone que se le permita ejercer su derecho a igualar las tarifas de sus competidores, supeditado al cumplimiento de algunas condiciones (folio 227, p. 7 y en el informe de folio 226, a saber: (i) debe tratarse de un cliente actual de la Consultante, esto es, solo puede ejercerse el derecho para retener clientes y no para atraer nuevos; (ii) dicho cliente debe manifestar a Transbank que posee una oferta alternativa a un MD inferior que el cobrado por Transbank en ese momento, y que implique por tanto un MA inferior al vigente de Transbank; (iii) Transbank no podrá solicitar al establecimiento de comercio el acceso o copia a la oferta de ese competidor; (iv) el cliente deberá comprometerse a guardar la cotización del competidor por al menos un año, para entregarla a la FNE en caso de requerirla ésta; y, (v) no existirán cláusulas inglesas en los contratos de afiliación que obliguen al comercio a otorgar a Transbank el derecho de igualar la oferta de su competidor antes de poder aceptar esta última. Adicionalmente, tal como se señaló en el párrafo 319, Transbank plantea que podría realizar descuentos sin incurrir en conductas exclusorias, cobrando un MA entre los costos medios de largo plazo y los costos medios evitables” (H. TDLC, Resolución N° 67, párrafo 323).

⁶⁰ (H. TDLC, Resolución N° 67, Resuelvo 1.1.(a).

- a. En primer lugar, el análisis que debe hacerse para resolver si permitir que Transbank realice descuentos debe ser uno que considere que el mercado de la adquirencia se está recién abriendo a la competencia y, por ello, es conveniente establecer condiciones que permitan, en los términos de Transbank, que se profundice el escenario de competencia entre adquirentes y/o sub-adquirentes;
- b. En segundo término, el prohibir que Transbank pueda igualar las ofertas que hagan sus competidores, permitirá, por una parte, que se materialicen los riesgos a la competencia que se pretendía evitar al establecer estas tarifas como fijas; y, por otra, que se sigan concretando discriminaciones arbitrarias en las tarifas que Transbank le cobra a los comercios.
- c. Finalmente, las condiciones establecidas en el párrafo 323 para que Transbank pueda igualar las tarifas de sus competidores no son suficientes para profundizar un escenario de competencia, ya que, por una parte, no son tan excepcionales, y por la otra, aún cuando no se permitan cláusulas inglesas en los contratos de afiliación que obliguen al comercio a otorgar a Transbank el derecho de igualar la oferta de su competidor antes de poder aceptar esta última, igualmente Transbank podrá tener conocimiento de cuándo un cliente ha empezado a operar con un competidor y acercarse él a ofrecerle igualar el precio, sin que sea posible fiscalizar si es que fue un determinado cliente o no quien se acercó a Transbank para indicarle que tenía una oferta alternativa a un margen adquirente inferior.

A. Primer argumento: El análisis que debe hacerse para resolver si se debe otorgar a Transbank el derecho de igualar las tarifas de sus competidores o no se debe hacer tomando en consideración cuál de esas alternativas es más consistente con el objetivo de las medidas impuestas por el H. Tribunal

70. En relación con esta materia, lo primero que debe observarse es que no corresponde analizar la posibilidad de otorgar a Transbank el derecho de igualar las tarifas de sus competidores Transbank a la luz de análisis propios de la faz sancionatoria del derecho de la competencia, sino que lo que corresponde es realizar ese análisis considerando que el mercado de la adquirencia en Chile recién se está abriendo a la competencia y, por ello, el derecho de la competencia debe actuar en su faz *ex ante*, por la vía de establecer condiciones que promuevan la entrada efectiva de competidores y prevengan conductas contrarias a la libre competencia por parte del dominante.

71. En estos casos, es necesario reconocer que el paso del monopolio a la competencia no es fácil ni inmediato, sino gradual, y que debe ir acompañado de una regulación que, en lugar de preocuparse únicamente de limitar al monopolio, sea funcional a la aparición de competencia⁶¹.

72. Al respecto, la literatura ha reconocido que la mejor manera de promover la competencia en mercados que se encuentran en procesos de liberalización o desmonopolización es a través de una regulación asimétrica que remueva barreras a la entrada y haga más factible la *desafiabilidad* del mercado⁶².

73. Este tipo de regulación se justifica en el hecho que el riesgo que se enfrenta en un escenario de competencia es distinto: el “gran riesgo en los mercados desmonopolizados consiste en la perpetuación de la posición de dominio del ex monopolista debido a su comportamiento excluyente, dirigido a perjudicar a los competidores a fin de mantener la propia posición de mercado o incluso reforzarla”⁶³ (subrayado agregado).

74. Por consiguiente, las regulaciones frente a procesos de liberalización o desmonopolización deben tener por objeto “el mantenimiento de la competencia en el mercado, evitando comportamientos abusivos en materia de precios y el incentivo a la entrada de nuevos competidores en el mercado”⁶⁴. En otras palabras, estas regulaciones no deben ser neutrales, sino que deben complementar al derecho de la libre competencia para fomentarla y evitar así que se puedan producir abusos exclusorios que afecten la posibilidad de introducir competencia en el mercado⁶⁵.

75. Todo lo anterior supone, entonces, que si el objetivo de este proceso es “aumentar la competencia en la adquirencia” -en los términos de la Resolución N° 67- o “profundizar el escenario de competencia entre los adquirentes” -parafraseando los términos sugeridos por

⁶¹ En este sentido, los profesores Fernando Coloma y Jorge Tarziján sostienen que “históricamente una serie de servicios fueron considerados como monopolios naturales, lo que obligaba a los reguladores a fijar los precios de tales servicios para evitar que la única empresa que preste dichos servicios ejerciera su poder de mercado sobre los consumidores. Sin embargo, esta visión tradicional ha ido cambiando en los servicios en los que ha sido posible introducir competencia, lo que se ha traducido en que las regulaciones para esos mercados se han tornado más funcionales a la aparición de competencia directa” (“Regulación: objetivos, problemas y opciones que se abren en el mercado de la telefonía fija local”, *Revista ABANTE*, vol. 7, N° 2, 2004, p. 148).

⁶² Coloma, Fernando, Tarziján, Jorge, Regulación: objetivos, problemas y opciones que se abren en el mercado de la telefonía fija local”, *Revista ABANTE*, vol. 7, N° 2, 2004, pp. 151-152.

⁶³ Nehme, Nicole, “Regulación de la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, de acuerdo con la experiencia española”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 1, 2002, p pp. 115 y 116.

⁶⁴ Nehme, Nicole, “Regulación de la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, de acuerdo con la experiencia española”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 1, 2002, p. 109.

⁶⁵ La lista de casos de abusos exclusorios cometidos por parte de un monopolista que debió enfrentar competencia es amplia en Chile, y considera no sólo mercados de monopolios naturales, como el de telecomunicaciones, sino también otros mercados en que por diversas razones también tuvieron una compañía en posición monopólica, como ocurrió por ejemplo en el mercado del tabaco (*Compañía Chilena de Tabaco*) o fósforos (*Compañía Chilena de Fósforos*). Pueden verse en este sentido las sentencias N° 26, 45, 88, 90, 97, 115, entre otras.

Transbank-, la resolución sobre si conceder a Transbank o no el derecho de discriminar tarifas y exceptuar sus tarifas fijas para igualar las de sus competidores se debe hacer tomando en consideración cuál de esas posibilidades es más consistente con el fin del procedimiento.

76. A juicio de Multicaja, en un escenario en que el Sistema Tarifario será de duración tan breve como la fijada por el H. Tribunal, no cabe duda que el escenario que fomentará de mejor manera la competencia será aquel en el que se respeta que las tarifas de Transbank sean fijas, sin que exista excepción posible.

B. Segundo argumento: El prohibir que Transbank pueda igualar las ofertas que hagan sus competidores, permitirá, por una parte, que se materialicen los riesgos a la competencia que se pretendía evitar al establecer estas tarifas como fijas; y, por otra, que se sigan concretando discriminaciones arbitrarias en las tarifas que Transbank le cobra a los comercios.

77. Una de las razones por las cuales las tarifas de Transbank debe ser fija, conforme lo señalado por la FNE en el procedimiento, deriva del hecho que existe un riesgo relevante de que Transbank pueda incurrir en conductas anticompetitivas como lo sería el estrangulamiento de márgenes para aquellos PSP y operadores que intenten competir con Transbank en algunos segmentos del mercado, y la instauración de tarifas bajo costo para comercios estratégicos o claves (principalmente los grandes grupos de *retail*, aerolíneas y empresas de servicios básicos) que perjudiquen sustancialmente la viabilidad de los potenciales competidores directos de Transbank, al no poder alcanzar una escala o tamaño suficiente en el mercado, debido a la cautividad de estos grandes clientes”⁶⁶.

78. Por lo mismo, la Fiscalía sostiene que:

Es indispensable que las Tablas de MA de Transbank tengan el carácter de tarifas fijas, sin la posibilidad de que se puedan aplicar descuentos “a medida”, negociados o focalizados sólo en ciertos comercios. La prohibición de esta práctica no sólo se justifica en la reducción de la capacidad competitiva de otros adquirentes, sino también debe considerarse que, por la especial posición cuasi monopólica de Transbank, generaría otro nivel de discriminación entre comercios de similares características (mismo volumen y ticket promedio), donde solo algunos recibirían tarifas inferiores a los de las Tablas en razón de factores ajenos a las justificaciones económicas que deben respaldar la construcción de esas Tablas⁶⁷.

⁶⁶ FNE, Aporta Antecedentes, p. 39.

⁶⁷ FNE, Aporta Antecedentes, p. 40.

79. Así, asegurarse que las tarifas sean fijas, impidiendo que se puedan hacer discriminaciones entre los comercios, favorece la entrada de competencia, sin perjudicar a los comercios y consumidores.

80. Favorece la competencia, porque como explican los profesores Fernando Coloma y Jorge Tarziján “hace menos probable que el dominante reaccione agresivamente a la entrada a ciertos espacios del mercado, ya que cualquier baja en el precio que realice la debe hacer extensiva a todos sus consumidores del área”⁶⁸.

81. Por su parte, esta prohibición de discriminar en precios no perjudica a los comercios ni a los consumidores, porque los derechos de estos se encuentran a salvo, en este caso, dado que el sistema tarifario propuesto por Transbank impone que las tablas de MA deberán ser determinadas en base a costo económico. Por ello, las medidas adicionales que imponga el H. Tribunal deben ir por el lado de evitar conductas exclusorias, ya que las conductas explotativas están protegidas con esa regla general.

82. En suma, como explican los profesores Coloma y Tarziján, la prohibición de que Transbank pueda realizar descuentos no surge de un afán deliberado de torcer los dictámenes de la eficiencia económica, sino que del reconocimiento de que en mercados como el de la adquirencia, en el que se entremezclan aspectos de integración vertical del operador dominante, empresas multiproducto y otros factores, hacen que el dominante esté en muy buena posición para imponer barreras estratégicas a la entrada y al crecimiento de otros operadores⁶⁹.

83. Finalmente, y, además de todo lo anterior, la posibilidad que Transbank discrimine entre las tarifas de los comercios a los que afilia para igualar a la competencia, podría terminar implicando una infracción a la sentencia de la Corte Suprema en aquella parte que dispone que las tarifas discriminatorias relativas a un mismo producto en categorías diferentes del comercio no tiene justificación económica y genera efectos indeseados desde el punto de vista de la competencia en todos aquellos mercados que transan un mismo producto, favoreciendo la posición competitiva de unos en desmedro de otros”.

C. Tercer argumento: Las condiciones fijadas por el H. Tribunal para que Transbank pueda igualar los precios de sus competidores son insuficientes para profundizar un escenario de competencia, ya que se establecen condiciones que

⁶⁸ Coloma, Fernando, Tarziján, Jorge, Regulación: objetivos, problemas y opciones que se abren en el mercado de la telefonía fija local”, *Revista ABANTE*, vol. 7, N° 2, 2004, p. 156

⁶⁹ Coloma, Fernando, Tarziján, Jorge, Regulación: objetivos, problemas y opciones que se abren en el mercado de la telefonía fija local”, *Revista ABANTE*, vol. 7, N° 2, 2004, p. 157.

son irrelevantes, difíciles de fiscalizar y que no impiden que Transbank tome conocimiento de sus clientes que hayan empezado a operar con otro adquirente

84. Con el objetivo de regular los casos en los que Transbank puede hacer descuentos, el H. Tribunal estableció una serie de requisitos, entre los que se considera que el derecho a igualar las tarifas de sus competidores, está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones: “(i) debe tratarse de un cliente actual de la Consultante, esto es, solo puede ejercerse el derecho para retener clientes y no para atraer nuevos; (ii) dicho cliente debe manifestar a Transbank que posee una oferta alternativa a un MD inferior que el cobrado por Transbank en ese momento, y que implique por tanto un MA inferior al vigente de Transbank; (iii) Transbank no podrá solicitar al establecimiento de comercio el acceso o copia a la oferta de ese competidor; (iv) el cliente deberá comprometerse a guardar la cotización del competidor por al menos un año, para entregarla a la FNE en caso de requerirla ésta; y, (v) no existirán cláusulas inglesas en los contratos de afiliación que obliguen al comercio a otorgar a Transbank el derecho de igualar la oferta de su competidor antes de poder aceptar esta última. Adicionalmente, tal como se señaló en el párrafo 319, Transbank plantea que podría realizar descuentos sin incurrir en conductas exclusorias, cobrando un MA entre los costos medios de largo plazo y los costos medios evitables”.

85. Si bien el H. Tribunal les da a estos descuentos el carácter de excepcional, lo cierto es que la primera condición indicada en el párrafo anterior, esto es, de que deba tratarse de un cliente actual de Transbank, demuestra que el régimen no es tan excepcional, ya que dada la posición de supradominancia de Transbank, que alcanza más de un 98% del mercado de la adquirencia, son pocos los clientes “nuevos”, y más bien la mayoría son clientes “actuales”.

86. Por otra parte, si bien el H. Tribunal prohíbe la estipulación de las denominadas cláusulas inglesas, ello, en los hechos, es irrelevante, porque es inevitable que Transbank tome conocimiento cuando un competidor empiece a prestarle servicios a uno de sus clientes. En efecto, cuando eso ocurra, Transbank notará rápidamente en sus sistemas que un determinado comercio está realizando menos transacciones a través de su red, y podrá, acto seguido, ir hacia ese comercio y ofrecerle mejorar sus condiciones⁷⁰, sin que sea posible fiscalizar el cumplimiento de la segunda condición indicada, a saber, que sea el cliente quien le manifieste a Transbank que recibió una mejor oferta que la que tiene con esa compañía.

87. Lo anterior, entonces, constituye una razón adicional para preferir un sistema de reglas de fácil administración, como es uno en que las tarifas que se le fijen a Transbank sean

⁷⁰ Ejemplos de ello ya le han ocurrido a mi representada, respecto de los pocos comercios a los que ha logrado ir afiliando durante estos meses. En efecto, poco después de empezar a operar con estos comercios, los mismos le han dicho a mi representada que Transbank les habría ofrecido mejores condiciones que la que ya tenían con ellos, por lo que han querido dejar los servicios de Multicaja al poco tiempo de haberlos contratado.

verdaderamente fijas, y se le impida la posibilidad de hacer descuentos para igualar los márgenes adquirentes de sus competidores, cada vez que éstos pretendan disputarle algún cliente.

88. Por último, no puede concluirse este recurso sin recordarse que la competencia en el mercado de la adquirencia es aún incipiente. Por lo mismo, nuestra representada considera que la Resolución N° 67 es certera al considerar medidas idóneas para precaver posibles riesgos de exclusión respecto de los competidores de Transbank.

89. Sin embargo, la vigencia que el H. Tribunal le ha dado a esas medidas no es suficiente para profundizar el escenario de competencia, ni para precaver futuras exclusiones de las que puedan ser víctima, razón por la cual esta parte respetuosamente solicita a la Excma. Corte Suprema que modifique la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios, y resuelva que el mismo deberá mantenerse mientras Transbank tenga posición de dominio, lo que, como se ha explicado, es de toda lógica si, finalmente, las medidas que se han impuesto obedecen, en gran medida, a dicha posición.

90. Por otra parte, Multicaja también solicita a la Excma. Corte Suprema que confirme la naturaleza fija de las tarifas que debe cobrar Transbank, pero que revoque la posibilidad otorgada para hacer descuentos o cobrar tarifas inferiores a las indicadas en las tablas. Lo anterior, especialmente, si finalmente resuelve no ampliar la vigencia del Sistema Tarifario aplicable a los comercios.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pedimos: tener por interpuesto recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Resolución N° 67 del H. Tribunal, concederlo y elevarlo para que la Excma. Corte Suprema conozca del mismo y, en definitiva, resuelva, por una parte, ordenar que la vigencia del Sistema Tarifario aplicable respecto de los comercios regirá mientras Transbank mantenga su posición de dominio en el mercado; y, por otra, revocar la posibilidad excepcional otorgada por el H. Tribunal para que Transbank pueda cobrar tarifas inferiores a aquellas tarifas fijas establecidas en las tablas de doble entrada.