



RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

CARLOS ALVAREZ LEVIN, Abogado, en representación según se ha acreditado de la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile “**ODECU**” en estos autos no contenciosos caratulados “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020”, Rol causa **NC-463-2020**, a este Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que, estando dentro de plazo y de conformidad a lo establecido en los artículos 27 y 31 del decreto ley número 211, vengo en interponer recurso de reclamación para ante la Excelentísima Corte Suprema en contra de la resolución Número 67/2021 dictada por este Honorable Tribunal el día 21 de Septiembre del presente año, notificada a mi representada a través de correo electrónico con fecha 23 de Septiembre del presente año, según consta en la certificación de foja 440.

I) De la Legitimación Activa de ODECU para poder recurrir

La Organización de Consumidores y Usuarios de Chile A.C. (en adelante, ODECU) es una Organización de Consumidores con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo fin es resguardar los derechos de los consumidores chilenos mediante el ejercicio de todas las facultades que le otorga la ley, siendo

una de estas facultades el ejercicio de acciones y recursos judiciales en representación de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Que, sin perjuicio de lo anterior, ODECU viene en presentar el presente recurso en su carácter de parte interviniente en estos autos, de acuerdo al artículo 39, letra ñ), del DL 211, que establece en el marco de las facultades del Fiscal Nacional Económico de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados, que el Tribunal podrá escuchar el parecer de quienes tengan interés legítimo, presumiendo que tienen aquel interés, las asociaciones de consumidores establecidas en la ley N°19.496.

En consonancia con lo anterior, la ley 19.496 en su artículo 8°, letra e), establece que las Asociaciones de Consumidores pueden representar, ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, el interés colectivo y difuso de los consumidores, esto es, los que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual; o que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Asimismo el artículo 6° de la misma ley, establece que serán consideradas como organizaciones de interés público en los términos que dispone el artículo 15 de la ley 20.500.

II) De los hechos que dan origen a este recurso.

Que, el 05 de Septiembre del año 2018 este H. Tribunal de la Libre Competencia, dictó la Resolución N° 53/2018 por medio de la cual emitió pronunciamiento en el procedimiento no contencioso iniciado mediante consulta formulada por la cadena de farmacias Cruz Verde S.A. para que este honorable tribunal se pronunciara respecto de los criterios establecidos por Transbank S.A. en la determinación de las tasas de descuento, merchant discount.

Aquellos merchant discounts son cobrados por Transbank en razón de lo establecido en el “Plan de Autorregulación Para Establecimientos Comerciales y Emisores de Tarjetas de Crédito y Débito” (“PAR”), documento por medio del cual dicha compañía sometió a la aprobación del TDLC el Plan de Autorregulación Tarifaria a que se refiere el avenimiento acordado en autos Rol C N° 16-04 de ese tribunal. Dicho plan fue aprobado por el TDLC el 9 de marzo de 2006.

En este orden de ideas, Transbank explica que las variables consideradas al aprobar el PAR en el año 2006 han sufrido cambios; así, según describe, se ha producido un aumento exponencial en el uso de tarjetas de crédito y débito, habiendo desaparecido, además, la distinción entre los mercados relevantes.

Finalmente, en 05 de diciembre de 2018 este H. Tribunal de la Libre Competencia resolvió la consulta iniciada por Cruz Verde S.A. señalando que el Plan de Autorregulación de Transbank S.A. no cumple con el objetivo final de establecer los descuentos de una manera pública, de general aplicación, con parámetros objetivos y no discriminatorios.

En este sentido, Transbank recurre de reclamación para la Excma. Corte Suprema conociendo el recurso de reclamación causa Rol N° 24.828-2018, magistratura que acoge el recurso de Transbank S.A., más no es acogido por los argumentos de fondo esgrimidos por la recurrente, si no que este es acogido atendidos los fundamentos contradictorios de la sentencia recurrida.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que dichas 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 esta Corte, en uso de sus facultades propias, la deje sin efecto, reemplazándola por la decisión que se dirá enseguida.

Que, en este orden de ideas, la Excelentísima Corte Suprema, a pesar de acoger el recurso de reclamación impetrado por Transbank, haciendo uso de sus “*amplias facultades*” para revisar la resolución del este TDLC ordena a Transbank en su parte resolutive, lo siguiente:

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

Esta determinación se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante”¹

*Lo destacado es nuestro.

En definitiva, cuando la Corte Suprema ordena a Transbank “adaptar” el Plan de Autorregulación para que los merchant discounts cumplieran las exigencias *de ser de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley*, La Excma. Corte Suprema dio un espaldarazo a la vigencia del PAR, confirmando de esta manera su plena vigencia.

1

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/24.828-18_Libre-Competencia-002-Corte-Suprema.pdf

Esto es tan cierto, y la vigencia del PAR es tan conocida por todos los actores, que inclusive Transbank solicitó en el escrito en que presenta su recurso de reclamación para ante la Corte Suprema que se declarare por aquella magistratura que el PAR seguía con vigencia hasta el momento en que implementara su “modelo de cuatro partes”. Solicitud que atendida la resolución de la Excma. Corte Suprema fue desechada completamente, pues, como se ha señalado anteriormente, la Corte Suprema ordena **adaptar** su Plan de Autorregulación Tarifaria, pero, en ningún momento, lo anula o desconoce su validez.

En consecuencia, al día de la presentación del presente recurso, el PAR se encuentra plenamente vigente, toda vez que no se han efectuado todas las “*regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes*” ni sustituido “*integralmente la que se encuentra imperante*”, toda vez que recién el 6 de agosto de 2021 se publicó la Ley N° 21.365 que regula las tasas de intercambio de tarjetas de pago, y su implementación se encuentra pendiente y no finalizado, y por lo tanto, carece de la aptitud necesaria para dar por cumplido el requisito expresado por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 24.828-2018.

III) De la resolución recurrida y su tramitación ante este H. Tribunal de la Libre Competencia

Como S.S. ha podido apreciar, Transbank tenía una obligación posterior a la resolución de su recurso de reclamación, el cual consistía en adaptar el Plan de Autorregulación Tarifaria a las instrucciones contenidas en la resolución de término de la causa Rol N° 24.828-2018 tramitada ante la Corte Suprema.

Bajo esta lógica y atendido el mandamiento del máximo tribunal, era lógico -o eso pensábamos- que siendo Transbank una empresa con poder de mercado y sobre

todo una de aquellas que siempre en el acontecer nacional es mencionada cuando se habla de mercados regulados y libre competencia, cumpliría con la normativa nacional y al tener una resolución emanada del máximo tribunal de la república, cumpliría con el mandamiento de la Corte Suprema en el sentido de **adaptar el plan de autorregulación tarifaria**.

Que, todo lo contrario a lo pensado, Transbank abandonó aquella línea de cumplimiento e inició este procedimiento de “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”, individualizado bajo el Rol NC N°463-2020 de este Honorable Tribunal de la Libre Competencia.

Transbank inició esta consulta con una única y clara finalidad, la cual es la de poder aplicar un nuevo sistema tarifario basado en que, supuestamente, el Plan de Autorregulación Tarifaria de Transbank expiró el 01 de abril del 2020.

En este sentido, este Honorable Tribunal con fecha 21 de Septiembre del presente año, a través de la resolución número 67/2021, impugnada a través del presente recurso resolvió lo siguiente:

“SE RESUELVE:

*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.
(...)”*

IV) Del fondo de este recurso.

En este punto, quisiéramos explicar a esta honorable magistratura el porqué ODECU recurre de la resolución reclamada, y sobretodo el porqué la aprobación por parte de este TDLC de la consulta respecto al nuevo sistema tarifario de Transbank S.A. es, primeramente, contrario a derecho, como asimismo al mandamiento emanado de la Corte Suprema en la resolución Rol N° 24.828-2018, como, asimismo, estar sólo justificada por la arbitraria decisión de Transbank de dejar sin efecto un PAR plenamente vigente.

En este sentido, separaremos los argumentos en 3 líneas argumentativas diferentes pero entrelazadas entre sí, individualizadas bajo las letras A) B) y C).

A) De la vigencia del PAR y las condiciones impuestas por la Corte Suprema en la causa Rol N° 24.828-2018.

Como S.S. ha podido apreciar, en las páginas que anteceden para llegar hasta el punto, Transbank ha recorrido un camino muy irregular, comenzando desde su reclamación en la cual solicitó omitir por completo el cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, actuando de manera arbitraria al señalar que el PAR que regía su modelo de tres partes quedaba sin vigencia, atendida su migración al modelo de 4 partes.

Que, consecuentemente a esto, todo lo sucedido en esta consulta y principalmente en en la decisión emanada de la resolución de término de esta, se encuentran peligrosamente viciadas, **esto atendido a que esta consulta se ha realizado primeramente con un PAR vigente y segundo con una resolución de la Corte Suprema pendiente de cumplimiento.**

Estas situaciones han estado presentes desde el inicio de la consulta, habiéndose manifestado en varias ocasiones a lo largo de la tramitación de esta, tal y como

una enfermedad atormenta al enfermo, siendo -lamentablemente- omitidas por S.S. al dictaminar la resolución N°67/2021, viciando de esta manera de forma irremediable la resolución recurrida.

Tan cierto es que ha estado presente la vigencia del PAR como la resolución de la Corte Suprema, en la tramitación de esta consulta, que inclusive esta magistratura ha llegado a tomar en consideración en la tramitación de la presente consulta, en este mismo sentido, en la parte considerativa de la resolución reclamada se consigna bajo el punto 9 que:

“resolución de folio 158, la que dispuso que “el Sistema Tarifario de Transbank no podrá ejecutarse, celebrarse o concluirse, en cualquiera de sus etapas, sin que previamente haya sido aprobado por este Tribunal el cambio de circunstancia en que se funda y su contenido””;

luego en punto 10 señala que:

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

Y, además en el punto 11 que:

“se resolvió “aclarar la resolución en el sentido de explicitar que Transbank S.A. no puede ejecutar el Sistema Tarifario objeto de la consulta hasta que el Tribunal lo apruebe y, en su lugar, debe aplicar los Merchant Discounts

calculados conforme lo dispone el PAR y las modificaciones que resulten pertinentes, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema.”

Es decir, tal y como se ha acreditado durante la tramitación de esta consulta, el PAR -que según Transbank había perdido su vigencia- **se encuentra plenamente vigente** al momento de que Transbank solicitara dar inicio a esta consulta, siendo lo que por lógica **correspondía, previo a dar inicio a esta consulta**, era verificar si se habían cumplido los requisitos esgrimidos por la Excma. Corte Suprema, tal como señala la parte considerativa de la resolución reclamada y que consigna bajo el punto 12:

“En definitiva, la ejecución del Sistema Tarifario no puede concluir hasta que el Tribunal se pronuncie sobre su conformidad con la libre competencia, de modo que Transbank debe continuar aplicando el régimen transitorio hasta la resolución de esta Consulta.”

En el mismo sentido está lo señalado por el Banco Central aportado en la etapa procesal correspondiente y que consigna la resolución recurrida en su parte considerativa, bajo el número 98, señalando que:

“en palabras del Banco Central “favoreció su implementación” (Oficio N° 635, folio 72, p. 3). Sin embargo, según señala el mismo Banco Central, este marco normativo no es suficiente para completar la transición del mercado al modelo antes referido; en este sentido señala “(...) despejar los aspectos regulatorios era una condición necesaria pero no suficiente para la transición de un modelo de tres partes a uno de cuatro partes” (Oficio N° 635, folio 72, p. 3).” y luego bajo el número 99 -el destacado es nuestro- que “En particular, complementando el punto anterior, el Banco Central ha sostenido que “La implementación plena del Modelo de 4 Partes, sugerido por la institucionalidad

de competencia en Chile y establecido explícitamente en la regulación del BCCh, sería un paso importante en esa dirección. Sin embargo, ello requiere necesariamente que los distintos actores privados agoten las instancias para resolver las fricciones que impiden su funcionamiento.” (Informe de Estabilidad Financiera, segundo semestre de 2018, p. 81, disponible en <https://www.bcentral.cl/contenido/-/detalle/informe-de-estabilidad-financiera-segundo-semester-2018-4>). A continuación, enuncia las dificultades que se enfrentan para completar la transición al M4P, siendo una de ellas la falta de regulación de las tasas de intercambio, señalando que ésta no está exenta de dificultades (ibid). En línea con lo anterior, señaló en julio de 2020 que “(...) al implementar un M4P, tal como demuestra la experiencia internacional, las TI fijadas por los esquemas de marcas se transforman en una variable clave para el funcionamiento apropiado y competitivo de estos mercados” (Oficio 635, folio 72, p. 4) y que “Estas tarifas [tarifas de intercambio], y los efectos que de ahí se deriven, está entre los elementos que requerirían de mayor atención en la situación actual en que se encuentra este mercado” (ibid., p. 6).”.

*Lo destacado es nuestro.

En resumen, lo que esto quiere decir, es que sin tasa de intercambio, no está cumplida la condición. Y su fijación, está pendiente de acuerdo a la nueva ley de tasas de intercambio.

Más aún, la propia resolución recurrida indica otros elementos faltantes -y que no han sido saneados. A modo de ejemplo, la propia resolución recurrida lo dice con total claridad bajo el número 83 de la parte considerativa que indica que:

“En consideración a lo expuesto, al momento de ingreso de la Consulta, no existía una variación en las circunstancias en los términos dispuestos en la

Sentencia de la Excm. Corte Suprema, que permitiera declarar que el PAR carece de vigencia.”

Que, este requisito es reconocido por la propia resolución reclamada en su parte considerativa bajo el número 75 señala:

“la Sentencia de la Excm. Corte Suprema estableció una especie de condición, cuyo acaecimiento, en estricto rigor, permite modificar los criterios que debe cumplir el Merchant discount que cobra Transbank, en los términos expresados en dicha sentencia. En específico, el cumplimiento de dicha condición supone la ocurrencia de alguno de los hechos que plantea como alternativos, a saber: (i) que se dicten las regulaciones pertinentes para un modelo de cuatro partes por la autoridad competente; o (ii) que se sustituya integralmente la regulación que se encuentra vigente.”

En este sentido, es dable preguntar si la autoridad competente ¿ha efectuado todas las regulaciones que son pertinentes para un modelo de cuatro partes o las ha sustituido integralmente? A nuestro juicio, a la fecha, la respuesta es un claro y rotundo NO.

Que, atendido lo expuesto, no parece adecuado fundar lo sucedido en la causal genérica de “cambio de circunstancias de la industria” en consideración de lo resuelto expresamente por la Exma. Corte Suprema, esto que el PAR:

“se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante.” y que como la propia resolución reclamada concluye, no se encuentran cumplidas. Así lo señala la resolución recurrida en su parte considerativa bajo el número 90 al indicar que *“a la fecha de la Consulta, no se*

había verificado un cambio de circunstancias “regulatorio” en los términos de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema”.

La propia resolución recurrida en su parte considerativa bajo el número 29 indica:

“llama la atención de esta Magistratura que Transbank presentó una consulta solicitando declarar que el PAR aprobado por este Tribunal carece de vigencia, de manera ex post a su reemplazo y antes de que en esta sede se declare que efectivamente cambiaron las circunstancias que se tuvieron a la vista y que sirvieron de base para aprobar el PAR en el proceso rol C N° 16-04 y sus modificaciones posteriores (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 2019).”

Asimismo, como lo indica la resolución recurrida bajo los puntos 102 y 103, que el hecho que

“(i) Transbank se encuentra operando bajo un M4P, de conformidad con la definición del CNF, lo que dio lugar a una serie de cambios tecnológicos, operacionales y contractuales; (ii) otros actores del mercado como Multicaja y Getnet también se encuentran operando bajo un M4P, en los términos del CNF” (...) *“han dado lugar a un cambio significativo en las circunstancias, desde una perspectiva fáctica y económica, que amerita reemplazar el PAR que se concibió para el M3P”*

Lo señalado anteriormente es una interpretación que no compartimos.

Adicionalmente, la Exma. Corte Suprema, de acuerdo a nuestra interpretación, circunscribe expresamente las hipótesis de “cambio de circunstancias” a dos, las que como hemos visto ninguna de ellas se encuentran cumplidas. Luego no resulta procedente ampliarlas.

Por su parte, fue la propia Transbank la que decidió arbitrariamente sustituir su modelo de tres a uno de cuatro partes, acción propia y no emanada del mercado en general. Peor aún es estimar que dicho cambio de circunstancias prevalece por sobre lo razonado expresamente por la Exma. Corte Suprema, lo que nos parece incorrecto.

A nuestro juicio, de manera alguna se cumplen los requisitos fácticos determinados por la Excm. Corte Suprema para la presentación y posterior aprobación de un nuevo sistema tarifario y, en consecuencia, es improcedente que el TDLC resuelva declarar que se ajusta a las normas del DL 211, con las medidas que señala la Resolución N°67/2021, puesto que el PAR se encuentra vigente y **no habiéndose cumplido íntegramente la condición establecida por la Exma. Corte Suprema.**

Todo, en consideración que el proceso de fijación de tasa de intercambio está en curso y dará sus resultados a inicios de 2022. Tal como señaló el propio comité **“De conformidad a lo señalado en el artículo segundo transitorio de la Ley de Tasas de Intercambio, y en consideración a la fecha de su publicación en el Diario Oficial, los primeros límites a las tasas de intercambio se fijarán, a más tardar, el día 6 de febrero de 2022 (...) En línea con lo establecido en el literal a) del artículo 8 de la Ley de Tasas de Intercambio, hoy se inicia el periodo de 45 días hábiles para el envío de opiniones y propuestas al Comité.”** (disponible en <https://www.hacienda.cl/noticias-y-eventos/noticias/comite-para-la-fijacion-de-limite-s-a-las-tasas-de-intercambio-llevo-a-cabo-su>)

- B) Asimismo, a nuestro juicio, no puede un solicitante infractor solicitar la aprobación de un acuerdo infraccional como modo de convalidar un incumplimiento en materia de libre competencia.**

Esto en el sentido que como se ha demostrado en las líneas anteriores, el PAR hasta la tramitación de esta consulta mantiene plena vigencia, tal como señala el propio TDLC. En la parte considerativa de la resolución reclamada se consigna, bajo el punto 12:

“En definitiva, la ejecución del Sistema Tarifario no puede concluir hasta que el Tribunal se pronuncie sobre su conformidad con la libre competencia, de modo que Transbank debe continuar aplicando el régimen transitorio hasta la resolución de esta Consulta”,

El hecho de haber implementado antes de haber sido autorizado un nuevo esquema de cobro, es evidentemente un incumplimiento en materia de libre competencia, particularmente respecto de la resolución de la Excm. Corte Suprema, la que no puede ser convalidada por medio de su autorización, en circunstancias que el fraude todo lo corrompe. ¿Cómo es posible autorizar un hecho antijurídico?

A la fecha del cambio implementado por Transbank, la autoridad competente no había efectuado las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes ni se había sustituido -ni adecuado- integralmente.

Hacemos presente el fallo de la Corte Suprema de 27 de diciembre de 2019. Es evidente que la Corte Suprema no se refiere a las normas del Banco Central de Chile sobre Emisión y Operación de Tarjetas de Pago, las que han sido ajustadas en julio de 2017, luego con ajustes a aspectos específicos los años 2017 y 2018.

Por su parte, el Banco Central de Chile abrió un período de consulta que se extendió hasta el 10 de diciembre de 2020.

Es decir, entre la sentencia de la Corte Suprema y la implementación de facto de su nuevo modelo por parte de Transbank, no se dictó ninguna norma. La propia resolución recurrida en su parte considerativa lo dice con total claridad bajo el número 80 al señalar:

“la condición que establece la Sentencia de la Excma. Corte Suprema en su parte resolutive y que autorizaría a Transbank a reemplazar o modificar los lineamientos aplicables a su PAR, allí establecidos, aún no se había cumplido a la fecha de la Consulta. En efecto, recién el 6 de agosto de 2021 se publicó de la Ley N° 21.365 que Regula las tasas de intercambio de tarjetas de pago (“Ley de Tasas de Intercambio”), que fue acompañada a folio 419 y rola en el expediente a folio 416.”; y luego en el número 83 al indicar que “en consideración a lo expuesto, al momento de ingreso de la Consulta, no existía una variación en las circunstancias en los términos dispuestos en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, que permitiera declarar que el PAR carece de vigencia.”

Por el contrario, recién el día 6 de agosto de 2021, es decir con posterioridad a la implementación de Transbank, se publicó la Ley N° 21.365 que regula las tasas de intercambio de tarjetas de pago, cuyo proceso de implementación se encuentra en curso y no finalizado.

Pese a que las cosas se deshacen como se hacen, decidió unilateralmente dejar sin efecto el acuerdo autorregulatorio aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin preguntar ni avisar ni mediar obligación legal de hacerlo. Es decir, **política de hechos consumados**.

¿No es un incumplimiento del PAR lo que ha hecho Transbank? ¿No debió haber pedido permiso a este TDLC, y vía recursos a la Excma Corte Suprema, antes y no después, de implementarlo de facto?

Pues bien, ¿qué hizo Transbank? Sin preguntar ni avisar ni mediar regulación que lo obligara a hacerlo, que se hubiere dictado entre el fallo de la Corte Suprema y la implementación de facto de Transbank, decidió implementar un modelo de cuatro partes. Esto es, un hecho propio completamente voluntario del cual evidentemente Transbank es responsable. Transbank se puso voluntariamente en esta situación de incumplimiento, en circunstancias que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o negligencia.

Esos incumplimientos han causado daño a los consumidores y éstos no han sido reparados.

La Excma. Corte Suprema estableció que las reglas sobre las cuales se establecieron las tarifas traspasadas al final del día a los consumidores finales son contrarias a las reglas de la libre competencia y, en consecuencia, corresponde indemnizar el daño causado a los consumidores.

Luego, llama la atención la inactividad de los actores del sistema de libre competencia en buscar dicha reparación a los consumidores y la omisión de esta circunstancia en la propuesta de Transbank.

Tal como señala el propio TDLC en la parte considerativa de la resolución reclamada se consigna bajo el punto 93 al indicar que:

*“se debe tener presente **que dicho cambio fue impulsado por Transbank con el beneplácito de la FNE**, que, tal como se expuso en los párrafos 66 y 67, es el organismo a quien le correspondió supervigilar el cumplimiento de la*

Sentencia de la Excma. Corte Suprema” ; y luego bajo el punto 96, “los cambios que se evidencian en el mercado de los sistemas de pago con tarjetas en Chile, no han sido únicamente impulsados por Transbank, con la aquiescencia de la FNE”.

**Lo destacado es nuestro*

Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia excusa su pronunciamiento al señalar que:

“16. Los planteamientos antes expuestos exceden los límites materiales de la competencia de este Tribunal al ejercer su potestad consultiva en general y de esta Consulta en particular (...)” y luego agregar que “73 (...) Al respecto, se reitera lo señalado en los párrafos 16 a 20 en orden a que, en lo que respecta al supuesto incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema por parte de Transbank y eventuales infracciones a la libre competencia que alegan los aportantes antes individualizados, ello excede el ámbito de la potestad consultiva de este Tribunal, toda vez que constituyen imputaciones que podrían conllevar la atribución de responsabilidad a la Consultante. Por tal motivo, dichas imputaciones no se examinarán en este procedimiento no contencioso.”

C) Finalmente, a nuestro juicio, el contenido del sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020, que el TDLC resuelve declarar que se ajusta a las normas del DL 211, con las medidas que señala la Resolución N°67/2021, incumple lo resuelto por la Excma. Corte Suprema y la propia interpretación de la Fiscalía Nacional Económica.

(1) El sistema tarifario incumple lo establecido expresamente por la Exma. Corte Suprema porque (a) las tarifas no son más bajas, por el contrario, son más altas

que si se aplicara el criterio de la E. Corte Suprema; y (b) las tarifas discriminan arbitrariamente, cuestión proscrita por la propia Corte Suprema tal y como se ha citado en páginas anteriores.

(2) El sistema tarifario incumple los lineamientos de la Fiscalía Nacional Económica establecidos el 30 de enero de 2020 ante el Tribunal de la Libre Competencia, toda vez que (a) las tarifas son mayores a lo indicado por ellos mismos, una tarifa única del orden del 0,3% para el débito y 0,4% para el crédito, esto es, montos equivalentes a los que se observan a nivel internacional. Más aún, acuerda el alza de estas tarifas en el futuro y la discriminación entre actores, contrario a sus propios planteamientos en orden a eliminar “asimetrías injustificadas de costos”; (b) no justifica cómo estas mayores tarifas no “serían traspasados a todos los consumidores, sea que usen o no tarjetas como medio de pago, en atención a la imposibilidad de establecer precios diferenciados por medio de pago” tal como señaló la propia Fiscalía; y (c) no elimina la cláusula que impide “establecer precios diferenciados por medio de pago”, que la misma Fiscalía repugna.

En efecto, la Fiscalía Nacional Económica estableció:

“(...) esta Fiscalía ha analizado la viabilidad de acordar con Transbank una modificación sustantiva al PAR para su adaptación al modelo de cuatro partes. Sin embargo, considerando los niveles y segmentación de las tasas de intercambio aplicadas por Mastercard y Visa, se ha considerado que esa adaptación es inviable sin causar una afectación significativa a un grupo de comercios que, si bien en número son menos del 20o/o de los afiliados por Transbank, representan un porcentaje muy significativo de las transacciones.

15. De incrementarse los merchant discounts a esos comercios, con alta probabilidad serían traspasados a todos los consumidores, sea que usen o no

tarjetas como medio de pago, en atención a la imposibilidad de establecer precios diferenciados por medio de pago.

16. Esta Fiscalía considera que el cumplimiento oportuno de lo ordenado a Transbank en la Sentencia citada es consistente, en cuanto a sus objetivos, con los argumentos señalados por este H. Tribunal en la Resolución N° 53/2019, en específico en lo que se refiere al carácter discriminatorio y no objetivo del PARs.

17. En dicha línea, el establecimiento por Transbank de merchant discounts que cumplan con las condiciones establecidas en la Sentencia generará efectos beneficiosos para la libre competencia y para los consumidores, pues:

i. Se eliminan las discriminaciones resultantes en asimetrías injustificadas de costos por operación de tarjetas entre comercios del mismo rubro, pero con distintos niveles de transacciones;

ii. Se eliminan las discriminaciones resultantes en asimetrías injustificadas de costos por operación de tarjetas entre comercios que, si bien han sido clasificados por Transbank en distintas categorías de comisiones, compiten directamente en ciertos segmentos de productos y;

iii. La reducción en el costo para los comercios por operación de tarjetas podrá ser traspasada -según el grado de competencia que enfrenten los comercios- a los precios pagados por los consumidores.

18. En tal sentido y atendido lo dispuesto en la Sentencia, consideramos que el cumplimiento oportuno y efectivo de la misma requiere que Transbank comunique a los comercios que, para las operaciones nacionales con tarjetas emitidas en el país, aplicarán las siguientes comisiones únicas, por tipo de tarjeta:

o Tarjetas de crédito: 0,4% sobre el valor de la transacción y;

o Tarjetas de débito y prepago: 0,3% sobre el valor de la transacción (...)

20. Precisamente, los valores propuestos son aquellos valores inferiores existentes en el PAR en actual vigencia, por lo que cualquier valor superior al

indicado no cumpliría con la condición establecida en el numeral 1.3.1 antes enunciado, pues causaría el incremento de la comisión establecida para los comercios de mayor volumen. (...)

25. En conclusión, en uso de las facultades del H. Tribunal para dar cumplimiento a la resolución de término pronunciada por la Excma. Corte, solicitamos se dicten las medidas conducentes a dicho cumplimiento, proponiendo para tales efectos se ordene a Transbank la aplicación de una única comisión por tipo de tarjeta, equivalente a 0,4% sobre el valor de la transacción para las operaciones con tarjeta de crédito y de 0,3% sobre el valor de la transacción para las operaciones con tarjeta de débito y prepago, comisiones que deberán ser informadas a la totalidad de los comercios para ser aplicadas a contar del 21 de enero de 2020, estando excluidos de este cumplimiento los Merchant Discounts correspondientes a entidades estatales, a establecimientos de beneficencia, y al pago de tarifas de servicios públicos regulados.”

(3) El sistema tarifario omite entre sus reglas la circunstancia de la regulación en la materia, particularmente la circunstancia que el 6 de agosto de 2021 se publicó la Ley N° 21.365 que regula las tasas de intercambio de tarjetas de pago, y que se encuentra en curso el proceso en curso de fijación de las tasas de intercambio en los términos de su artículo 8°. No obstante, la propuesta del sistema tarifario no se actualizó y, por el contrario, la ignora.

(4) El sistema tarifario, no se hace cargo de reparar el daño causado a los consumidores por cobros incompatibles con las reglas de libre competencia, como lo dijo expresamente la Exma. Corte Suprema en los términos razonados por ella en su resolución.

En efecto, la Corte Suprema estableció, que las reglas sobre las cuales se establecieron las tarifas traspasadas al final del día a los consumidores finales son contrarias a las reglas de la libre competencia y, en consecuencia, corresponde indemnizar el daño causado a los consumidores. Luego, llama la atención la inactividad de los actores del sistema de libre competencia en buscar dicha reparación a los consumidores, y la omisión de esta circunstancia en el sistema tarifario presentado.

(5) El sistema tarifario no se hace cargo de eliminar la cláusula tipo que impide cobrar menos a los consumidores que pagan al contado y que, en consecuencia, no usan una tarjeta de crédito o débito como medio de pago, pero contribuyen en los hechos a su financiamiento.

(6) El sistema tarifario implica alzas en los precios a pagar por los consumidores finales, alzas que terminarán pagando tanto los consumidores que usan una tarjeta de crédito o débito como medio de pago, como los que no la usan, dada la prohibición contractual de cobrar menos a los consumidores que pagan al contado, como lo reconoce la misma Fiscalía Nacional Económica.

POR TANTO: En mérito de lo previamente expuesto, principalmente respecto de la irregularidad bajo la cual ha sido dictada la resolución N°67/2021 de este Honorable Tribunal de la Libre Competencia

RUEGO A ESTA HONORABLE MAGISTRATURA: Se tenga por interpuesto recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Resolución N°67/2021 de la causa rol NC N° 463-2020, solicitando desde ya a aquella Excelentísima Corte rechazar el sistema tarifario aprobado en la resolución número 67/2021; y NO aprobar, mientras no se encuentre plenamente

implementado el proceso en curso de fijación de las tasas de intercambio en los términos de su artículo 8; y, en todo caso, mientras (a) no se cumpla íntegramente el fallo de la Suprema en orden a bajar el monto de las tarifas cobradas; (b) no discrimine arbitrariamente en sus cobros; (c) elimine la regla contractual que impide a cobrar menos a los consumidores que pagan al contado; (d) incluya en sus reglas y etapas la dictación de la regulación que debe dictarse en la materia; y (e) se haga cargo de reparar todo el daño causado a los consumidores por el cobro de tarifas resultante de reglas contrarias a las normas de la libre competencia.