

## **RECURSO DE RECLAMACIÓN**

### **H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**José Tomás Errázuriz Grez, Javier Díaz Velásquez y José Luis Corvalán Pérez**, abogados, por su representada, **Banco Santander – Chile**, interesado en este procedimiento no contencioso para la dictación de Instrucción de Carácter General 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, Rol NC N°474-20, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**H. TDLC**") respetuosamente decimos:

Por este acto, interponemos recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 del H. Tribunal, de fecha 17 de agosto de 2022 ("ICG" o "ICG N°5"), notificadas a esta parte con fecha 18 de agosto de 2022, solicitando al H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, con el objeto de que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo, modifique las instrucciones contenidas en la ICG que se indican en el cuerpo de esta presentación, sobre la base de los antecedentes de hecho, económicos y de derecho que se indican a continuación:

#### **I.- Consideraciones preliminares**

En forma preliminar, cabe constatar que las ICG recogen varios de los planteamientos que fueron propuestos por Banco Santander inicialmente en su Consulta tramitada bajo el Rol NC 472-2020 y luego en los presentes autos.

En este sentido, las instrucciones en materia de interoperabilidad técnica; necesidad de que los emisores adopten el protocolo 3DS en un plazo máximo de 90 días hábiles; y habilitación de las funcionalidades cuotas comercio y cuotas promoción emisor; apuntan en el correcto sentido de asegurar la interoperabilidad plena entre los diversos actores de la industria.

Por su parte, la recomendación normativa relativa a (a) Que los PSPs que realicen actividades de liquidación y/o pago se sujeten a la Ley N°19.913 y a la fiscalización de la Unidad de Análisis Financiero; y (b) Que los PSPs, ya sea que realicen o no actividades de liquidación y/o pago, se sometan a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero; corrige una inaceptable brecha que

permitía a los PSP operar en condiciones más favorables en relación con los adquirentes.

No obstante lo anterior, algunas de las instrucciones contenidas en la ICG apuntan en un sentido contrario a lo solicitado por esta parte y a nuestro entender inciden negativamente en la competencia en el mercado de medios de pago, junto con generar efectos sistémicos afectando otros bienes jurídicos igualmente valiosos como son la inclusión financiera, la protección de los derechos de los consumidores y la reducción de la evasión fiscal, que no han sido adecuadamente ponderados y analizados por las instrucciones dispuestas por el H. Tribunal.

Nos referimos específicamente a las instrucciones relativas a las reglas de las Marcas denominadas *No Surcharge Rule* (NSR) y *Honor all Cards en su variante Honor All Products* (HAP), así como a la instrucción concerniente a la implementación del protocolo de seguridad 3DS.

A continuación, pasaremos a desarrollar los motivos fácticos, económicos y jurídicos por los que respetuosamente solicitamos que la Excma. Corte Suprema modifique dichas instrucciones y el sentido de la modificación propuesta:

## **II.- La E. Corte Suprema debe modificar las ICG en lo que respecta a la eliminación de la regla HAP**

En el numeral 4.3 de la parte resolutive de las ICG, el H. Tribunal instruyó que *“Las Marcas que posean una posición dominante, según se señaló en el acápite D, sección 3, deberán eliminar la regla honor all products, en un plazo de 30 días hábiles”*.

Según se explica en la parte considerativa de las ICG, el principal riesgo tenido en cuenta por el H. Tribunal para disponer esta instrucción fue la existencia de *“riesgos anticompetitivos de apalancamiento del poder de mercado de las Marcas desde un mercado a otro, a través de una venta atada”* (c. 238).

La consecuencia práctica de esta instrucción radica en la necesidad de negociar con cada comercio la aceptación de las tarjetas de pago con provisión de fondos – comúnmente denominadas **“Tarjetas de Prepago”**.

Ello implica, en los hechos, poner una lápida al desarrollo de este medio de pago, toda vez que, tal como consta del presente expediente y de las ICG, a la fecha existen muchos grandes comercios – por ejemplo, supermercados – que se han negado sistemáticamente a aceptar el uso de Tarjetas de Prepago.

Ello resulta particularmente grave si se tiene en consideración que la finalidad expresa de la Ley 20.950, que permitió la Emisión de Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos a Empresas no Bancarias, fue que “...*progresivamente todos los sectores de la población, **especialmente aquellos que están más excluidos del sistema bancario**, accedan con mayor facilidad a servicios financieros de calidad y adecuados a sus necesidades, proporcionando protección a las familias y oportunidades para mejorar sus condiciones de vida*”<sup>1</sup>.

La instrucción de eliminar la regla HAP, no solo hiere de muerte el objetivo de inclusión financiera perseguido por la referida Ley 20.950 al impulsar el desarrollo de un medio de pago accesible para la población que no tiene acceso al mercado bancario; sino que de paso afecta al erario fiscal, ya que el objetivo de ampliar el uso de medios de pago electrónicos, particularmente entre la población actualmente no bancarizada, contribuye a la disminución del número de actividades informales, con el consiguiente incremento de la recaudación tributaria.

En este sentido, esta parte coincide plenamente con la prevención del Ministro Sr. Barahona, en cuanto subraya que “*Este medio de pago, por ser incipiente, conlleva además una preocupación de interés público sobre su cobertura de operación. En efecto, la Ley N°20.950 sobre medios de pago con provisión de fondos, autorizó excepcionalmente al Estado para emitir y operar medios de pago con provisión de fondos (artículo 13), y respecto de Metro S.A., introdujo en la Ley N°18.772 normas sobre la forma de convenir esta empresa, con entidades emisoras de medios de pago con provisión de fondos, la prestación recíproca de los servicios de recaudación y carga de fondos. Lo anterior debido a la importancia que reviste la recarga de la tarjeta, ya que se dirige a consumidores generalmente no bancarizados, sin cuenta o tarjeta de crédito que facilite la provisión o recarga de fondos*”.

Lo cierto es que, tal y como advierte el Ministro Sr. Barahona en la referida prevención, no se advierte de los considerandos de la ICG, razones de peso para “*restringir el efecto de aceptación universal del producto tarjeta de pago con provisión de fondos. Una decisión que implique limitarla hace incurrir en costos transaccionales adicionales de negociar los términos de su incorporación, caso a caso, lo que **podría restringir su acceso al necesario alcance universal que requiere un producto como este***”.

---

<sup>1</sup> Mensaje Presidencial, sección I

En efecto, como referíamos, el principal riesgo advertido por el H. Tribunal radica en la posibilidad de que las Marcas pudieran reforzar su poder de mercado por la vía de realizar ventas atadas.

Sin embargo, en los considerandos de la ICG el propio H. Tribunal constata, citando a nuestro representado Banco Santander, que **“Respecto de los riesgos asociados a las ventas atadas, se coincide con Banco Santander en que las ventas atadas no son per se atentatorias contra la libre competencia y que, en ese sentido, deben analizarse caso a caso bajo la regla de la razón, ponderando los riesgos y eficiencias que conlleva (en este sentido, véase Motta et al., Exclusionary Practices, The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, 2018, Cambridge University Press, p. 350 y siguientes)”** (c. 240).

A lo anterior debe añadirse lo señalado sobre este supuesto riesgo por el Ministro Sr. Barahona en su prevención, en el sentido que **“Si bien es efectivo que existe un riesgo de ejercicio de poder de mercado por las Marcas, dado el reforzamiento de la cartera de productos o servicios y los costos que su uso pueden implicar, no se vislumbra la razón de excluir a este medio de pago en particular de la aplicación del efecto inherente a la regla HaC. Los riesgos potenciales que se argumentan (empaquetamiento o venta atada, alza de costos para el comercio), han sido analizados también respecto de los productos ya consolidados que son ofrecidos bajo el amparo de la regla HaC (tarjeta de crédito y débito)”**.

En definitiva, existiendo consciencia por parte del H. Tribunal de la debilidad de una decisión basada en este supuesto riesgo de apalancamiento, su instrucción de eliminación de la regla HAP termina fundándose en la supuesta existencia que **“otros mecanismos menos lesivos de la libre competencia que pueden propender a la inclusión financiera, como las TI diferenciadas según tipo de tarjeta”**.

Al razonar de esta forma, el H. Tribunal parece recoger lo planteado por la FNE en estos autos, en el sentido que **“...si se requiere estimular la aceptación de tarjetas de prepago en el comercio, correspondería también que las Marcas establezcan (o se regulen) tasas de intercambio menores para ese tipo de tarjetas”**<sup>2</sup>.

Sin embargo, tal y como constata el informe de Compass Lexecon acompañado por Banco Santander en estos autos, titulado “Interoperabilidad y competencia en el mercado de medios de pago electrónicos en Chile”, **“el razonamiento de la autoridad parece ser incompleto, ya que solamente se fija en uno de los dos lados del mercado: el de los comercios. Es cierto que menores TI específicas a las**

---

<sup>2</sup> Aporta Antecedentes FNE, Rol NC 474 TDLC

tarjetas de prepago pueden favorecer su aceptación entre comercios, pero esto tiene como contraposición la entrega de menores incentivos a la emisión y uso de este tipo de tarjetas<sup>3</sup>.

Lo anterior es de suyo relevante, por cuanto en esta discusión es fundamental **no olvidar la naturaleza de dos lados de este mercado: para estimular la penetración de tarjetas de prepago, no solo es necesario que los comercios acepten este tipo de tarjetas, sino que también es necesario que haya emisores interesados en emitirlos y tarjetahabientes interesados en usarlos, para lo cual resulta importante la existencia de tasas de intercambio atractivas para su emisión.**

En consecuencia, no resulta efectivo el supuesto del H. Tribunal de que el objetivo de inclusión financiera pudiera conseguirse mediante “*TI diferenciadas*”, ya que un nivel de tasas diferenciado destinado a incentivar la aceptación de tarjetas con provisión de fondos por parte de los comercios, **probablemente afectará negativamente los incentivos a su emisión, y viceversa.**

En suma, la aplicación efectiva de la regla HAP resulta esencial para permitir el desarrollo efectivo de este medio de pago y alcanzar el objetivo de inclusión financiera perseguido por el legislador, además de eliminar la incertidumbre que la eliminación de la regla en comento produce en los consumidores en cuanto a la aceptabilidad de las tarjetas de prepago en los diversos comercios.

**Por tanto, las ICG deben ser modificadas, en el sentido de (i) eliminar la instrucción 4.3, y (ii) en su lugar, permitir expresamente que las Marcas apliquen y hagan efectiva la regla *Honor All Cards* en su variante *Honor All Products*.**

### **III.- La E. Corte Suprema debe modificar las ICG en lo que respecta a la regla *No Surcharge***

En términos simples, esta regla implica que los comercios se encuentran impedidos de cobrar más a los consumidores que pagan con tarjeta respecto de aquellos que optan por pagar en efectivo.

En el numeral 4.2 de la parte resolutive de las ICG, el H. Tribunal dispone una serie de instrucciones en lo que respecta a la regla de las Marcas conocida como *No Surcharge Rule* (NSR) en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Informe Compass Interoperabilidad, p. 39

*“4.2 No discriminación o recargo (no surcharge rule)*

*(a) Mientras rijan las tasas de intercambio transitorias, que no satisfacen la prueba de indiferencia del comercio, las Marcas deberán eliminar la regla NSR. Ello implica que se prohíbe a las Marcas imponer a sus licenciarios adquirentes cláusulas que impidan a los comercios aplicar recargos a los pagos con tarjeta y se debe disponer que los comercios podrán establecer precios diferenciados para distintos medios de pago. Los comercios no podrán aplicar recargos superiores al MD correspondiente a la transacción de que se trate y deberán transparentar y publicar los recargos de cada transacción a sus consumidores.*

*(b) Una vez que entren en vigencia las tasas de intercambio definitivas, fijadas por el Comité TI, las instrucciones se aplicarán de la siguiente manera: - Si las TI definitivas no satisfacen la prueba de indiferencia del comercio o “test del turista” expuesto en el párrafo 194, se mantendrá la prohibición a las Marcas de aplicar la NSR. El límite al recargo que podrán aplicar los comercios será el monto que corresponda a MD-Bs, entendiéndose por “Bs” el beneficio que reporta para el comercio el pago con tarjetas, en los términos expuestos en el párrafo 194. Se tiene en consideración que la variable “Bs” debiera conocerse a partir de lo señalado en las actas del Comité TI. Los comercios deberán transparentar y publicar los recargos de cada transacción a sus consumidores. - Si las TI definitivas satisfacen la prueba de indiferencia del comercio o “test del turista”, las Marcas deberán aplicar la NSR, y, en consecuencia, los comercios no podrán imponer recargos a las transacciones realizadas con tarjetas de pago.*

*Las instrucciones antes expuestas se aplicarán a transacciones presenciales y no presenciales”.*

La decisión del H. Tribunal de eliminar esta regla mientras no rijan tasas de intercambio que satisfagan la prueba de indiferencia del comercio, obedece a la idea de que la *“imposibilidad de los comercios de cobrar a los consumidores un recargo a las transacciones con tarjeta induce al cobro de mayores merchant discounts, por cuanto las tarjetas son percibidas por los comercios como parte importante del atractivo para sus consumidores”* (c. 187).

Adicionalmente, el H. Tribunal identifica otras distorsiones derivadas de la imposibilidad de los comercios de traspasar a los consumidores el mayor costo que les generan los distintos medios de pago, a saber: *“(i) precios más altos para los consumidores de los bienes y servicios, producto de que los comercios que no aceptan este medio de pago tienen incentivos a subir sus precios al mismo nivel que los comercios que aceptan varios medios de pago; y (ii) subsidios cruzados de*

*quienes utilizan el efectivo u otros medios de pago hacia quienes utilizan las tarjetas como medio de pago” (c.188).*

**Sin embargo, a entender de esta parte, la prohibición de aplicar la NSR atenta contra los derechos reconocidos a los consumidores por la Ley 19.946, los que, como es sabido, son de orden público y revisten naturaleza irrenunciable.**

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 19.946 dispone que *“Constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado”.*

Por su parte, el artículo 30 del referido cuerpo legal establece que *“El precio deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo”,* añadiendo luego que *“El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes”.*

En los hechos, la prohibición de aplicar la NSR importará una infracción a estas disposiciones legales de orden público, por cuanto el consumidor, al momento de llegar a la caja, si opta por pagar por tarjeta, **se podrá verse enfrentado a un cobro superior al informado, exhibido o publicitado, viéndose afectado en sus derechos.**

Por otra parte, tal y como lo reconoce la propia ICG, la prohibición de la NSR en el derecho comparado ha generado dificultades y la evidencia da cuenta que se ha traducido **en la aplicación de recargos sustantivos a los consumidores cuando pagaban con tarjeta** (c. 190).

Producto de lo anterior, y tal como se constata en la ICG, países como Estados Unidos, Australia, Reino Unido y Canadá han optado por reinstaurar la NSR o imponer límites considerables a dichos recargos (c.191).

Siendo éste el contexto internacional y existiendo evidencia disponible que el propio H. Tribunal consigna, **no se entienden las razones por las que el H. Tribunal resuelve instruir una prohibición que en la experiencia internacional se ha revelado como pernicioso para los consumidores.**

Por otra parte, si bien la instrucción del H. Tribunal contempla límites a los recargos, la fiscalización de los mismos resulta de suyo compleja – por no decir imposible – sobre todo bajo el supuesto en que debe aplicarse la fórmula *MD-Bs*.

Lo anterior importa un serio riesgo de un empleo abusivo del recargo por parte de los comercios, tal y como se ha verificado en la experiencia comparada.

Finalmente, y en línea con lo señalado en el capítulo anterior, la prohibición de la NSR genera un incentivo importante al uso del efectivo como medio de pago, afectando el necesario crecimiento de los segmentos de la emisión y la adquirencia en el país, con la consecuente afectación de los ya referidos objetivos de inclusión financiera y reducción de la evasión fiscal.

**Por tanto, las ICG deben ser modificadas, en el sentido de (i) eliminar la instrucción 4.2, y (ii) en su lugar, permitir expresamente que las Marcas apliquen y hagan efectiva la regla *No Surcharge Rule*.**

#### **IV.- La E. Corte Suprema debe modificar las ICG en lo que respecta a la implementación del protocolo 3DS**

Finalmente, en el numeral 2 de la parte resolutive de las ICG, el H. Tribunal dicta una instrucción en relación con la “Calidad de la interoperabilidad en transacciones no presenciales domésticas: protocolo de autenticación”, disponiendo al efecto que *“Los emisores deberán adoptar el protocolo 3DS en un plazo máximo de 90 días hábiles. Sin perjuicio de ello, se hace presente que ello no implica que los emisores y adquirentes deben utilizar como única alternativa dicho protocolo de autenticación”*.

Esta instrucción, en lo que respecta a la implementación del protocolo 3DS por parte de los emisores de tarjetas de pago, se encuentra en línea con lo planteado por esta parte en estos autos, así como con lo propuesto por Compass Lexecon en su ya referido informe sobre “Interoperabilidad y competencia en el mercado de medios de pago electrónicos en Chile”.

No obstante lo anterior, se observa en la instrucción una asimetría regulatoria que afecta la competencia en el mercado de la adquirencia, por cuanto, si bien se exige a los emisores implementar el protocolo 3DS, se permite al incumbente dominante Transbank continuar operando con su protocolo de desarrollo propio, sin obligarlo a adoptar el referido protocolo de seguridad 3DS, como sí han tenido que hacerlo los adquirentes que pretenden desafiarlo, debiendo incurrir en los costos asociados.

De esta forma, la instrucción en comento, en sus actuales términos, **otorga a Transbank una ventaja competitiva muy difícil de replicar para otros**

**adquirentes, coadyuvando a la mantención de su posición dominante en el mercado.**

Cabe señalar que la jurisprudencia de este H. TDLC ha constatado como esta clase de asimetrías regulatorias pueden conferir ventajas competitivas en favor del agente dominante, irreplicables para sus competidores. En este sentido, en su Sentencia N°178, este H. TDLC verificó que *“Que, la exención en el pago del IVA de la que goza Correos sí actúa como una ventaja competitiva en su beneficio porque le permite cobrar tarifas más bajas a algunos de sus clientes. En efecto, las empresas e instituciones que realizan actividades exentas de IVA tienen incentivos a contratar la distribución de correspondencia con Correos y no con los otros operadores privados afectos a IVA ya que, en caso de contratar con estos últimos, no podrán compensar el crédito fiscal de IVA. Asimismo, las empresas cuyo crédito fiscal por el impuesto es mayor al débito fiscal también tienen incentivos a contratar con Correos para no aumentar su crédito fiscal. Finalmente, el Informe Complementario de Islas acompañado por Envía a fojas 1151, constata que la exención para Correos le genera un beneficio financiero neto derivado de dicha exención, lo que representa un ahorro en el pago de impuestos para esta empresa. Por lo tanto, es efectivo que la exención en el pago del IVA genera una ventaja competitiva para Correos en el mercado relevante que ha sido definido en esta causa”*.

Por otra parte, la circunstancia de que Transbank se vea exenta de la necesidad de implementar el protocolo 3DS conlleva también eventuales problemas de interoperabilidad, dado que cada vez que esta institución requiere evaluar e implementar un nuevo producto se ve en el imperativo de requerir la anuencia de Transbank y nos vemos en la necesidad de remitir, por ejemplo, los BIN del nuevo producto, lo que evidentemente si tuviese implantado 3DS ello no ocurriría. Es más, en ocasiones para estos efectos, se nos ha exigido la suscripción de contratos, anexos o bien se nos ha intentado cobrar una tarifa. El ejemplo más reciente fue el caso de VISA DEBIT en que al solicitar la inclusión de este BIN para que funcionase ante ese adquirente, Transbank solicitó un cobro, el que finalmente no se efectuó por que realizamos un reclamo a las Marcas respectivas. La situación anterior es demostrativa que un protocolo base como es el 3DS es un estándar mínimo para adquirentes y emisores, dado que permite la interoperabilidad de cada actor del sistema, sin la intervención de otros.

Finalmente, cabe señalar que la instrucción dirigida a los emisores en orden a implementar el protocolo en comento no resulta operativa si en definitiva no se impone análoga obligación a Transbank. Ello, por cuanto se genera un problema un problema de selección adversa, en que el protocolo 3DS será desplazado por el propio de Transbank, no por un tema de calidad, sino que por un tema de

costos y no se debe perder de vista la posición dominante que tiene tal actor en el mercado, por lo cual el no implementar 3DS potencia la misma y petrifica el actual sistema.

**En consecuencia, en mérito de lo señalado, las ICG deben ser modificadas, en el sentido de incorporar expresamente en la instrucción 2, la obligación para TODOS los emisores y adquirentes de adoptar el protocolo 3DS en un plazo máximo de 90 días hábiles.**

**POR TANTO,**

**AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**RESPETUOSAMENTE PIDO:** Se sirva tener por interpuesto fundado recurso de reclamación en contra de la Instrucciones de Carácter General N°5/2022 del H. Tribunal, de fecha 17 de agosto de 2022, notificadas a esta parte con fecha 18 de agosto de 2022, 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, modifique las referidas Instrucciones de Carácter General N°5/2022, en los siguientes sentidos:

1. Eliminar la instrucción 4.3 y, en su lugar, permitir expresamente que las Marcas apliquen y hagan efectiva la regla *Honor All Cards* en su variante *Honor All Products*.
2. Eliminar la instrucción 4.2 y, en su lugar, permitir expresamente que las Marcas apliquen y hagan efectiva la regla *No Surcharge Rule*.
3. Incorporar expresamente en la instrucción 2, la obligación para TODOS los emisores y adquirentes, incluyendo Transbank, de adoptar el protocolo 3DS en un plazo máximo de 90 días hábiles.

  
Firmado con firma electrónica  
avanzada por  
JOSE TOMAS ERRAZURIZ GREZ  
Fecha: 2022.08.29 18:03:05 -0400

  
Firmado con firma electrónica  
avanzada por  
JOSE LUIS CORVALAN PEREZ  
Fecha: 2022.08.29 18:38:00 -0400