

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE RECLAMACIÓN. OTROSÍ: SOLICITUD QUE INDICA.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Claudio Lizana Anguita, abogado, en representación de **Mastercard International Incorporated** ("Mastercard"), en autos caratulados "*Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre condiciones de competencia en el mercado de medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos*", causa no contenciosa seguida bajo el rol NC 474-2020, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. TDLC" o "H. Tribunal") respetuosamente digo:

Que, encontrándonos dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 inciso final, en relación con el artículo 27, ambos del Decreto Ley Nro. 211 de 1973 y sus modificaciones ("DL 211"), interponemos recurso de reclamación en contra de la resolución del H. Tribunal por medio de la cual dicho tribunal dictó las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 (la "Resolución Recurrída", "Resolución" o "ICG N°5"), notificada a esta parte el 17 de agosto de 2022, solicitando que dicha Resolución sea dejada sin efecto por la Excma. Corte Suprema.

En subsidio, solicitamos que la Excma. Corte Suprema fije un límite temporal a las instrucciones fijadas por la Resolución Recurrída de hasta 18 meses, para que el H. TDLC revalúe su procedencia antes del vencimiento de este plazo, de conformidad con la evolución experimentada por el mercado de pagos en el tiempo intermedio; disponiendo que, en todo caso, la Resolución Recurrída sólo estará vigente, respecto de cada una de las instrucciones dictadas, mientras la autoridad sectorial competente no haya dictado normas de carácter general que regulen las materias sobre las cuales se pronuncia la instrucción respectiva.

En esta sede, no planteamos una objeción en contra de la facultad del H. TDLC para dictar instrucciones de carácter general, sino que sostenemos que el H. TDLC fue arbitrario en la dictación de las referidas instrucciones, por las razones que expondremos, al incurrir en importantes vicios de legalidad en la Resolución Recurrída y en el procedimiento que le da origen, que ponen de manifiesto la necesidad de que ésta sea revocada, o en su defecto, sea modificada en los términos que se indican en esta presentación, por afectar gravemente los derechos de mi representada.

En síntesis, dichos vicios dicen relación con:

- i. **La extensión de la Resolución**, al pronunciarse sobre materias que son competencia de la autoridad sectorial, teniendo en consideración los riesgos que la actividad regulada por las ICG N°5 genera para la cadena de pagos y el adecuado funcionamiento del sistema financiero, y por referirse a hechos litigiosos cuyo conocimiento compete al propio H. TDLC;
- ii. **El procedimiento que le da origen**, por cuanto se ha vulnerado el derecho a defensa de Mastercard, entre otras razones, porque la Resolución Recurrída contiene un enjuiciamiento sobre la posición competitiva de mi representada, sin que haya existido verdaderamente una oportunidad para controvertir aquel punto aportando o refutando prueba en esta materia (cuestión sumamente grave, dado que dicho enjuiciamiento afecta el resultado de litigios pendientes y condiciona el cumplimiento de una serie de obligaciones que la propia Resolución Recurrída impone), y porque vulnera los principios del debido proceso y las buenas prácticas regulatorias.

- iii. **El inadecuado procedimiento que dio origen a la Resolución, con infracción a las garantías del debido proceso**, tales como el derecho de defensa y el principio de congruencia,

- iv. **La falta de fundamentación económica de la Resolución recurrida**, por cuanto ésta no está basada en un robusto análisis empírico y contiene graves errores metodológicos. Lo anterior resulta en que el TDLC *no haya desplegado un estándar mínimo de diligencia en su proceso de evaluación* de los hechos, los temas bajo estudio y las consecuencias no esperadas de las instrucciones y recomendaciones que adoptó, lo que, además, se encuentra absolutamente desalineado con las mejores prácticas regulatorias y la más reconocida literatura académica en la materia; y

- v. **El contenido de la Resolución**, por cuanto, como consecuencia lógica de su falta de fundamento económico, las instrucciones dictadas por la Resolución también resultan arbitrarias, en el sentido de que éstas no protegen o fortalecen verdaderamente la libre competencia en los mercados analizados —o que se debieron analizar—. Incluso, muchas de ellas tienen el potencial de generar efectos contrarios a los buscados por el H. TDLC, resultando en decisiones que, desde un punto de vista de política pública, son absolutamente inadecuadas y generarán graves efectos nocivos en el mercado. Adicionalmente, la Resolución nos sorprende al omitir por completo referirse al principal problema estructural de competencia que aún afecta al mercado de medios de pago, esto es, la extremadamente alta concentración en la adquirencia a través de Transbank, unida al hecho de que Transbank continúa siendo de propiedad de importantes bancos emisores que realizan su adquirencia exclusivamente a través de Transbank (salvo Banco Santander, BancoEstado y BCI) y, por ende, no compiten entre sí en la adquirencia —lo que implica, además, una cierta inobservancia a las

exigencias de la Excma. Corte Suprema en esta materia—. Todo ello deja de manifiesto que la Resolución Recurrída es arbitraria, en nuestra opinión.

A continuación, explicaremos con más detalles cada uno de los vicios alegados por esta parte.

I. VICIOS EN CUANTO A LA EXTENSIÓN DE LA FACULTAD DE DICTAR UNA INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL POR PARTE DEL TDLC

1) La facultad contemplada en el artículo 18 número 3 del DL 211

En virtud del artículo 18 número 3 del DL 211, el H. Tribunal está facultado para «*dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*».

Durante la discusión legislativa de la Ley Núm. 19.911 que dispuso la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esta atribución fue fuertemente criticada y cuestionada por diversos sectores en múltiples ocasiones debido a los problemas de inconstitucionalidad que podría plantear¹.

¹BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018): Historia de la Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>. Sólo a modo de ejemplo reproduciremos a continuación algunos de los dichos versados durante la discusión legislativa:

- 1) “la facultad del tribunal (...) de dictar instrucciones de carácter general, sin ninguna limitación, lo convierte en un ente suprarregulador de toda clase de asuntos, lo que podría perjudicar a los afectados” (pág. 31);
- 2) “dictará instrucciones de carácter general (...). Es decir, no sólo resuelve conflictos, sino que también legisla” (pág. 60);
- 3) “dudas en cuanto a la constitucionalidad de esta atribución (...) ya que la materia sería propia del dominio legal” (pág. 114);

Lo anterior es de toda lógica: la capacidad que se le otorga al H. Tribunal mediante artículo 18 número 3 del DL 211 lo convierte en un órgano con competencia para crear normas de general aplicación, tal como lo hacen el Presidente de la República, con su potestad de dictar reglamentos, y el Congreso Nacional, con su potestad de aprobar leyes. Así, bien puede entenderse que dicha facultad del H. Tribunal entra en conflicto con el artículo 19 número 21, inciso primero, de la Constitución Política de la República ("CPR" o "Constitución"), el cual establece que *las materias económicas sólo pueden ser reguladas por ley*. Las ICG que puede dictar el H. Tribunal no son leyes, pero sí se trata de normas de aplicación general, que traspasan la barrera de los efectos relativos propios de los actos jurisdiccionales (artículo 3° del Código Civil). En virtud de ello, se ha

-
- 4) "otorga al Tribunal la facultad de dictar (...) una especie de autos acordados obligatorios para el sector privado (...) tiene una especie de competencia legislativa" (pág. 172);
 - 5) "se trata de una atribución propia de los organismos legislativos y no jurisdiccionales" (pág. 180);
 - 6) "estimó que era inconstitucional por cuanto la Carta Política señala que las actividades económicas sólo pueden ser reguladas por ley. Por otra parte, el tribunal sólo puede resolver conflictos entre partes y sus fallos tienen un efecto relativo" (pág. 205);
 - 7) "las regulaciones económicas son materias de ley por lo que hace reserva de constitucionalidad si se llegare a probar este artículo" (pág. 215);
 - 8) "los tribunales no dictan normas. Esa facultad corresponde a la Cámara, al Senado (...) reitero la reserva de constitucionalidad (...) porque contradice el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución de la República, que dice que las materias económicas sólo se regulan por ley" (pág. 276);
 - 9) "la facultad de dictar instrucciones de carácter general que se confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue muy discutido en el Senado, donde hubo inquietud, al igual que en la Cámara, respecto de si la norma vulneraba la Constitución, por cuanto dictar normas de carácter general es propio de la ley" (pág. 27);
 - 10) "a su juicio la norma del número 3) presenta problemas de constitucionalidad, porque sólo a la ley corresponde impartir instrucciones de carácter general" (pág. 328);
 - 11) "podría ser inconstitucional, al permitir que un Tribunal dictara instrucciones de tipo general, las cuales, a su juicio, quedan reservadas a la ley" (pág. 353);
 - 12) "no nos parece apropiado incluir dentro de las funciones del tribunal dictar instrucciones con efectos generales (...) ya que debe tenerse en cuenta la limitación establecida en el artículo 19, número 21, de nuestra Constitución Política, en cuanto a que la regulación de las actividades económicas sólo se puede hacer por ley. Por otro lado, dentro de las funciones generales de los tribunales de justicia no está dictar resoluciones de efecto obligatorio general, ya que tal prerrogativa es propia de la ley o de determinados actos a los cuales la ley o la Constitución Política le han dado tal carácter" (pág. 364).

señalado correctamente que esta facultad tiene una naturaleza equivalente a la potestad normativa de las agencias regulatorias, y más específicamente, de las superintendencias² y/o aquellos servicios públicos que a los que se ha delegado, por ley, la facultad de impartir regulación sectorial³.

Es más, el mismo Excmo. Tribunal Constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley Núm. 19.911, señaló que, del listado de facultades del artículo 18 del DL 211, sólo el numeral 1° es de naturaleza jurisdiccional, pero no así los demás numerales:

«Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que —en principio— sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por

² CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA (2011): Informe en Derecho. Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:fafcd5a8-622e-4009-82ac-bb9b09baec0a/8.pdf>. pág. 13, sección 28: “La potestad normativa del TDLC de dictar —instrucciones generales es similar a la potestad normativa de las superintendencias, al compartir todas las características señaladas previamente. En primer lugar, la misma ha sido establecida por ley, en el artículo 18 N° 3 del DL 211; en segundo lugar, ésta sólo obliga a los particulares en los actos que ejecuten o celebren que tengan relación con la libre competencia, (lo que es señalado expresamente en la ley); en tercer lugar, dicha potestad utiliza la misma voz que aquella utilizada generalmente al describir la potestad normativa de las superintendencias, esto es, —instrucción—, y se encuentra consagrada de manera general, de tal forma que su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del mismo tribunal, esto es, el resguardo de la libre competencia en los mercados en los términos del DL 211; y finalmente, las instrucciones del TDLC, al igual que las instrucciones de las superintendencias, gozan de fuerza coercitiva”

³ Por ejemplo: Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), Instituto de Salud Pública (IPS), Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA), entre otros.

solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes»⁴.

Así también lo ha reconocido la doctrina, señalando que la atribución de dictar instrucciones de carácter general (“ICG”) es «una potestad de naturaleza extrajudicial que comprende la dictación de disposiciones externas, generales y permanentes que, como se explicará más adelante, son vinculantes»⁵.

Esta parte desea enfatizar que, en esta sede y por medio del presente recurso de reclamación, no estamos reclamando la inconstitucionalidad del artículo 18 número 3 ya citado. Sin embargo, consideramos que es importante destacar la excepcionalidad de esta norma en nuestro sistema jurídico, al conferir a un órgano jurisdiccional potestades regulatorias. Esto representa un evidente desafío a la idea de la separación de poderes del Estado y a la seguridad jurídica, toda vez que la aplicación errónea de la potestad que otorga el artículo 18 número 3 del DL 211 al H. Tribunal, dándole un alcance más amplio que el que corresponde conforme a la Constitución y las leyes, puede generar importantes injusticias⁶. En este sentido, ***considerando su excepcionalidad, dicha norma debe***

⁴ Tribunal Constitucional Rol 1448-2009, de 9 de septiembre de 2010, Considerando 16°

⁵ VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela (2011): Reflexiones en torno a algunas facultades extrajudiciales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en AA.VV. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. pág. 46

⁶ OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Al respecto recomienda «[d]esarrollar una política congruente que contemple el papel y las funciones de las entidades regulatorias a fin de infundir mayor confianza de que las decisiones en cuestiones regulatorias se toman a partir de criterios objetivos, imparciales y coherentes, sin conflictos de interés, perjuicios ni influencias indebidas»

interpretarse en forma estricta, para evitar que el H. Tribunal se arrogue facultades de legislador que no le corresponden.

2) La facultad del H. TDLC para dictar ICG se encuentra limitada de diversas maneras

Considerando los desafíos recién descritos, y para evitar un ejercicio abusivo por parte del H. Tribunal de la facultad que le confiere el artículo 18 número 3, la potestad para dictar ICG fue limitada por el mismo legislador al dictar la Ley Núm. 19.911. En un principio, el Mensaje del proyecto de ley disponía que el H. TDLC quedaría facultado para «*dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberán ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieran atentar contra la libre competencia*»⁷. Posteriormente, y ante el cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma presentado por varios sectores, el Fiscal Nacional Económico expuso que: «*con el propósito de precisar el alcance de este numeral, sugirió redactar la atribución manifestando que consistirá en dictar instrucciones de carácter general en conformidad a la ley*». Las Comisiones Unidas de Economía y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, posteriormente, acogieron esa sugerencia de forma unánime⁸.

Así las cosas, el H. Tribunal está facultado legalmente para dictar ICG, siempre y cuando esto se hagan «*en conformidad a la ley*». Por tanto, el primer límite para la dictación de las ICG lo constituye el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley, y, a la vez, las ICG

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018): Historia de la Ley Núm. 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>. pág. 114.

⁸ Ídem.

deben respetar el contenido de las leyes vigentes. En otras palabras, el H. Tribunal no puede legislar, y tampoco puede dictar ICG que sean contrarias a lo que señala la ley.

La Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en iguales términos confirmando este criterio:

*«...el citado artículo 18 en su numeral 3° instituye una potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia direccionada a terceros con el fin de normar su actividad económica desde la perspectiva de la libre competencia, la que **debe guardar conformidad con lo regulado por el legislador** pues lo contrario **significaría contravenir la reserva legislativa** que el constituyente ha establecido para la regulación de las actividades económicas»⁹.*

En este mismo sentido, y como segunda limitación, si existe una autoridad regulatoria sectorial en el mercado—es decir, un órgano del Estado específico que, según la ley, tiene la potestad de dictar normativa para regular un mercado o industria (regulador sectorial)— *el H. TDLC no puede inmiscuirse en su esfera de competencia y dictar ICG que tengan por objeto regular el mismo mercado o industria*, o establecer condiciones que afecten el núcleo esencial del espacio regulatorio que es privativo de dicha autoridad sectorial. Aquello significaría que la instrucción no se dictó *conforme a la ley*, porque aquella regulación no le corresponde al H. TDLC, sino a la autoridad sectorial, por expreso mandato legal.

⁹ Corte Suprema, Rol 30190-2014, de 29 de enero de 2016. Considerando 10°.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado de manera clara y concreta que el H. TDLC, por medio de las ICG, no puede regular por completo una industria convirtiéndose en una especie de regulador sectorial, ya que no puede ocurrir que *«el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a pretexto de tutelar la libre competencia, se convierta en el regulador de una determinada actividad económica –la industria gasífera nacional-, lo que le está, como se indicó, vedado»*¹⁰.

Las ICG no pueden abarcar, por tanto, actividades económicas completas que ya se encuentran reguladas por la autoridad sectorial competente. De esta manera, las ICG del H. TDLC deben tratar temas específicos, delimitándose su ámbito de aplicación a lo estrictamente necesario para cumplir con el deber del H. Tribunal de resguardar la libre competencia en los mercados.

Por último, hay límites en cuanto al fondo de las ICG, ya que éstas deben referirse exclusivamente a cuestiones que atañan a la libre competencia. El numeral en comento habilita al H. TDLC para dictar ICG, en la medida en que los actos o contratos que ejecuten o celebren los particulares tengan *«relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella»*. Esto es de toda lógica: el ámbito de competencia funcional del H. Tribunal está limitado a *«prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia»* (artículo 6° del DL 211). En otras palabras, el H. TDLC no puede dedicarse a regular si no es con el objetivo específico de proteger la libre competencia en los mercados, y para ello tiene que haber un desequilibrio en ese ámbito, un problema de competencia comprobado.

¹⁰ Ídem

En conclusión, se pueden reconocer por lo menos 3 límites a la facultad del H. TDLC para dictar ICG: (i) las ICG deben dictarse *de conformidad a la ley*, y por tanto, el H. Tribunal no puede legislar, y tampoco puede dictar ICG que sean contrarias a lo que señala la ley; (ii) por medio de las ICG, el TDLC no puede dedicarse a regular una determinada actividad económica de manera amplia como si fuese una autoridad sectorial con competencia para ello, sino que debe tratar un tema en particular; y (iii) la regulación que se dicte en las ICG debe tener por finalidad proteger la libre competencia en los mercados, y debe estar destinada estrictamente a corregir los problemas de competencia.

Como procederemos a explicar a continuación, *los 3 límites recién mencionados fueron transgredidos por el H. Tribunal al dictar las ICG N°5, razón por la cual esta parte estima que la Excma. Corte Suprema debería estar por anularlas.*

- 3) El H. TDLC, al dictar las ICG N°5, se extralimitó en sus potestades legales, otorgándose atribuciones y competencias propias de la potestad regulatoria de otra autoridad sectorial y, además, regulando materias ajenas a la libre competencia.

Por medio de resolución de fojas 1 en estos autos, el H. Tribunal resolvió iniciar un nuevo procedimiento con el objetivo de analizar la necesidad de dictar ICG 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*».

Fueron 18 intervinientes los que aportaron antecedentes en el expediente: la Audiencia Pública tuvo que extenderse durante 3 días consecutivos, y el resultado fueron las ICG N°5, en las cuales se dictaron alrededor de 35 reglas, las cuales afectan a casi todos los agentes que participan en el mercado que el mismo TDLC definió —erróneamente como

se analizará más adelante en detalle— como el “mercado de medios de pagos con tarjetas”.

Es evidente que, desde el comienzo de este proceso, la pretensión del H. Tribunal fue dictar una regulación exhaustiva de una actividad económica, mercado e industria de manera amplia. Aquello viola claramente uno de los límites que mencionamos *supra*: *por medio de las ICG, el TDLC no puede dedicarse a regular una determinada actividad económica de manera amplia, como si fuese una autoridad sectorial con competencia para ello*, sino que debe tratar un tema en particular, un problema de competencia específico.

En este mismo sentido, las ICG N°5 se dictaron en clara contravención a lo que señala la Constitución Política de la República y las leyes, ya que la potestad de regular este mercado no le pertenece al H. TDLC, si no que, al legislador, quien ha delegado esta potestad parcialmente en el Banco Central de Chile (“BCCh” o “Banco Central”), la autoridad sectorial¹¹ encargada de «*velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos*». Sus atribuciones, para estos efectos, incluyen «*la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales*».

¹¹ OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Al respecto recomienda «[p]romover, cuando sea adecuado, la coherencia regulatoria a través de mecanismos de coordinación entre los niveles de gobierno supranacional, nacional y subnacional. Identificar los problemas transversales en materia de regulación en todos los órdenes de gobierno, con el objeto de promover la coherencia entre los enfoques regulatorios y evitar la duplicidad o conflicto de regulaciones.». Al invadirse la potestad reglamentaria de otras autoridades, se dificulta y pone en riesgo la coherencia regulatoria.

En virtud del artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República, sólo el legislador está llamado a regular una actividad económica. A esto se le llama “Principio de Reserva Legal de la Regulación Económica”. El Excmo. Tribunal Constitucional ha especificado en diversos fallos¹² que sólo a la ley corresponde complementar o regular, en caso de mandato expreso y específico del constituyente, el desarrollo de actividades económicas.

En este orden de ideas, el legislador sólo ha delegado su facultad de regular la actividad económica específica de autos en el Banco Central. Ninguna otra autoridad tiene aquella potestad. La Ley Núm. 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central (“LOC del BCCh”) señala que:

«Artículo 35.- En materia de regulación del sistema financiero y del mercado de capitales, son atribuciones del Banco; (...) 7.- Dictar las normas a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (hoy Comisión para el Mercado Financiero); 8. Autorizar la creación y reglamentar el funcionamiento de los sistemas de pagos establecidos en Chile, en que participen las empresas bancarias u otras instituciones financieras fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, para la aceptación, compensación y liquidación de órdenes de pago

¹² Tribunal Constitucional, en roles 146-1992, 167-1993, 185-1994, 226-1995, y 480-2006.

correspondientes a obligaciones de dinero, ya sea en moneda nacional o extranjera...».

A su vez, y en relación con la referencia a «*las empresas que se encuentren bajo la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero*», el Decreto con Fuerza de Ley Núm. 3 de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican (“LGB”), señala que:

«Artículo 2º.- Corresponderá a la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, la “Comisión”) la fiscalización de [...] las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o de cualquier otro sistema similar a los referidos medios de pago».

Es más, el H. Tribunal ya tuvo en consideración lo anterior al dictar la Proposición de Modificación Normativa N°19 de 2017 (“Proposición 19”). En efecto, el H. Tribunal acertadamente decidió, en aquella oportunidad, no regular estos mercados mediante una ICG, si no que recomendar a la autoridad pertinente que los regulara. En efecto, la misma Proposición 19 emanada del H. Tribunal expresamente señala que «en Chile, la regulación de la industria de los medios de pago con tarjetas ha sido sustancialmente delegada por el legislador a dos autoridades sectoriales: el Banco Central y la SBIF»¹³.

Este último punto es interesante.

De esta manera, en el pasado, el H. TDLC decidió correctamente abrir un expediente de recomendación normativa (Rol ERN N°20-2014) con el objetivo de dictar la

¹³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol ERN 20-2014, Proposición de Modificación Normativa N° 19 de 13 de enero de 2017, párrafo 346 y ss, pág. 95 y ss.

correspondiente proposición de modificación normativa, respetando así el principio de reserva legal de la regulación económica. Pues bien, la Proposición 19 estuvo dirigida a la Presidenta de la República, para que, a través del Ministro de Hacienda, procediera a la dictación o la modificación de los preceptos legales o reglamentarios necesarios para fomentar la competencia en la industria de medios de pago con tarjetas.

Al dictar las ICG N°5, en cambio, el H. TDLC está ahora interviniendo en un campo de regulación que es de exclusivo resorte del regulador sectorial, esto es, el BCCh. Como señalamos, es esta la autoridad encargada de la regulación del sistema financiero, de la dictación de las normas a que deberán sujetarse las empresas de emisión u operación de tarjetas de pago, y de la autorización, creación y reglamentación del funcionamiento de los sistemas de pagos establecidos en Chile. Esta competencia se ve ilegalmente restringida cuando el H. TDLC establece regulaciones completas y extensivas en materia de sistemas y medios de pagos, lo cual es grave, porque pone en peligro la protección de los bienes jurídicos cuya tutela, precisamente, el legislador ha encargado al BCCh, como la estabilidad del sector financiero, el normal funcionamiento de los pagos, entre otros.

Así las cosas, queda demostrado que el H. TDLC, por medio de las ICG N°5, violó el primer límite señalado *supra*: las ICG deben dictarse de conformidad a la ley. El H. Tribunal se atribuyó potestades que corresponden al legislador y al Banco Central, en virtud de la Constitución y las leyes.

Un ejemplo que demuestra claramente cómo el H. TDLC intentó tomar el rol de legislador o, por lo menos, de autoridad reguladora sectorial corresponde a las obligaciones que fueron impuestas a las Marcas de Tarjetas¹⁴ en la sección III.A.4.5. de las ICG N°5 (páginas

¹⁴ Según se define este concepto en las Instrucciones de Carácter General N°5 del H. Tribunal: «*Marcas de tarjetas, Marcas o Proveedores de Red: entidades que administran servicios de red y que fijan los estándares*

181 y 182), relativas a las reglas de las sobre adquirencia y subadquirencia transfronteriza, en específico, la “prohibición a la prohibición” de la subadquirencia transfronteriza.

Las ICG N°5 señala en su sección III.A.4.5.(b), página 181, que: «*En el evento que las Marcas prohíban la adquirencia transfronteriza o indirectamente la subadquirencia transfronteriza, deberán eliminar cualquier prohibición en un plazo de 30 días hábiles*».

El H. Tribunal establece regulación en materia de adquirencia transfronteriza, en circunstancias en que el BCCh no ha autorizado dicha actividad y ha señalado que se requiere analizar cuidadosamente los riesgos de ésta para la cadena de pagos y la estabilidad del sistema financiero a efectos de dictar la regulación pertinente. Aquello es una cuestión que compete al BCCh. En efecto, esta autoridad sectorial indicó lo siguiente en relación con dicha actividad, en respuesta a un oficio de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) —respuesta que fue acompañada al procedimiento—:

«...ni la regulación del BCCh o las normas dictadas por la CMF autorizan la actividad de adquirencia o sub-adquirencia transfronteriza. Luego, esta forma de adquirencia transfronteriza puede importar riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, y en particular demandaría establecer si los resguardos prudenciales vigentes son apropiados a esta clase de transacciones (...) Por ello, la eventual autorización de la adquirencia transfronteriza, mediante normas de general aplicación, requeriría de un análisis cuidadoso previo, de manera de imponer en la normativa

operacionales y comerciales para el funcionamiento de su esquema de pagos con tarjeta, otorgando licencias para la emisión y adquirencia de tarjetas con su marca».

pertinente los requerimientos prudenciales y demás requisitos que sean adecuados para ese escenario, teniendo presente el mandato legal del BCCh»¹⁵ (el destacado es nuestro).

«Luego, esta forma de adquirencia transfronteriza puede importar riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, y en particular demandaría establecer si los resguardos prudenciales vigentes son apropiados a esta clase de transacciones. En especial, y para el evento de analizar la autorización normativa correspondiente, cabría determinar cuáles serían las medidas requeridas para cautelar que los pagos a los comercios afiliados en Chile no queden expuestos a mayor riesgo, por ejemplo, como consecuencia que los recursos actualmente previstos para ello se destinen a efectuar pagos a otras entidades»¹⁶.

De esta manera, el mismo Banco Central, teniendo presente su mandato legal, ha reconocido que, en caso de considerarlo viable y sólo si fuera posible establecer medidas requeridas para cautelar que los recursos de los comercios en Chile no queden expuestos a mayor riesgo, sería viable dar lugar a esa modalidad de adquirencia mediante normas de general aplicación. Bien podría el Banco Central llegar a la conclusión, por ejemplo, de que existen razones fundamentales que hacen inviable establecer un proceso de gestión de riesgos idónea, y mantener el modelo actual, en el cual no se autoriza que adquirentes locales asuman los riesgos financieros y de otros tipos que implica la prestación de

¹⁵ BANCO CENTRAL DE CHILE (2022): Oficio Ordinario N° 235 de 24 de mayo de 2022, en respuesta al Oficio Ordinario N° 754 de fecha 16 de mayo de 2022 de la Fiscalía Nacional Económica. pág. 4.

¹⁶ Ídem.

servicios y asunción de posiciones activas o pasivas, de manera masiva, con comercios en el exterior.

La decisión del H. TDLC, sin embargo, no le permite al Banco Central llegar a esa posible conclusión, que sería completamente plausible, lo cual implica una restricción inaceptable al campo de acción que debe ser siempre reservado al regulador sectorial. Esto deja en evidencia que, en este mercado, el H. TDLC no es la autoridad sectorial que debe regular la actividad económica en general.

Por último, en la sección IV de este recurso, se trata en detalle la violación a la tercera limitación mencionada *supra*: la regulación que se dicte debe tener por finalidad proteger la libre competencia en los mercados, y debe estar destinada estrictamente a corregir los problemas de competencia que hayan sido comprobados. El H. TDLC, por medio de las ICG N°5, dictó múltiples normas, muchas de las cuales no tienen su origen en un problema efectivo de competencia en la industria de pagos con tarjetas. De esta manera, el H. Tribunal transgredió el propio artículo 18 número 3 del DL 211, en cuanto éste señala, como requisito de las ICG, que los actos o contratos que son regulados deben tener «relación con la libre competencia o [poder] atentar contra ella».

- 4) El H. TDLC, al dictar las ICG N°5, se pronunció sobre hechos que actualmente son litigiosos, realizando un claro prejuzgamiento y, a la vez, regulando la misma actividad respecto de la cual se encuentra llamado a juzgar.**

Por último, las ICG N°5 establecen una regulación que tiene efectos directos y evidentes en las causas contenciosas Rol C-451-2022 y Rol C-442-2022 actualmente en tramitación ante el H. Tribunal, en las cuales mi representada es parte demandada, en lo tocante a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza.

Para empezar, es importante tener en consideración que, a medida que se fue tramitando el procedimiento de autos, y debido a la ambiciosa amplitud con la que el H. Tribunal pretendió regular toda la industria de los medios de pago con tarjetas, fueron surgiendo diversos temas relacionados con esta actividad económica. Entre ellos, destacó la discusión sobre el fenómeno de la adquirencia y subadquirencia transfronteriza. Se trata de un tema sumamente complejo y técnico, que implicó una gran cantidad de presentaciones¹⁷ y antecedentes.

Al mismo tiempo, y en evidente conexión con esta discusión, surgieron dos procedimientos contenciosos paralelos al presente expediente, en los cuales el objeto del debate se refiere concretamente a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza. Nos referimos en específico a las causas pendientes Rol C-451-2022 (*“Demanda de DLOCAL Chile SpA en contra de Mastercard International Incorporated y otras”*) y Rol C-442-2022 (*“Medida cautelar prejudicial de Payu Chile S.A. en contra de Mastercard International Incorporated y otros”*).

En la primera, la demandante Dlocal Chile SpA (*“Dlocal”*) solicitó que se sancionara con severidad a las demandadas (entre ellas, a Mastercard) debido a una supuesta *«restricción que en la práctica constituye en términos económicos una prohibición a la actividad denominada por Mastercard como “subadquirencia transfronteriza”»*¹⁸.

Por otro lado, en la causa Rol C-442-2022, PayU Chile S.A. (*“PayU”*) solicitó al H. Tribunal que ordenara a Mastercard abstenerse de imponer a PayU *«la implementación del programa*

¹⁷ Sólo a modo de ejemplo véase los folios 256, 307, 320, 389 y 406 de estos autos.

¹⁸ Presentación de Dlocal Chile SpA de fojas 16 en causa Rol C-451-2022 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pág. 2.

Payment Intermediary Foreign Exchange Operators (“Programa PIFO”) ”o cualquier otra conducta que tenga por objeto regular de forma privada la subadquirencia de transacciones transfronterizas» o de llevar a cabo «cualquier acto que tenga por objeto amenazar, perturbar, restringir u obstaculizar la realización de subadquirencia transfronteriza»¹⁹. Posteriormente, PayU interpuso una demanda en contra de mi representada, la cual aún no ha sido notificada a esta parte.

Con la dictación de las ICG N°5 se produce un grave problema en relación con las referidas causas, ya que, en la sección III.A.4.5. (páginas 124 a 137), el H. Tribunal dedica un acápite completo a analizar la adquirencia y subadquirencia transfronteriza (páginas 124 a 137), para luego proceder a dictar 3 importantes instrucciones (páginas 181 y 182) al respecto:

«Reglas de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza (a) Las Marcas deberán adaptar su definición de transacción transfronteriza o adquirencia transfronteriza de manera que cumplan con la normativa del BCCh. (b) En el evento que las Marcas prohíban la adquirencia transfronteriza o indirectamente la subadquirencia transfronteriza, deberán eliminar cualquier prohibición en un plazo de 30 días hábiles. (c) Las Marcas que poseen una posición dominante, según se señaló en el acápite D, sección 3, deberán enviar a la FNE en un plazo de 30 días hábiles y luego en forma semestral, los cobros asociados a los adquirentes por transacciones transfronterizas, en forma desglosada por servicios y con indicación de su fundamento, junto con los cobros asociados a las transacciones domésticas. Estas

¹⁹ Presentación de PayU Chile S.A. de fojas 20 en causa Rol C-442-2022 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, págs. 3 y 4.

cifras deberán entregarse en un formato que permita comparar los distintos ítems que componen los cobros por transacción, por tipo o categoría de tarjeta».

Es particularmente relevante que el H. Tribunal haya resuelto que las Marcas de Tarjetas deberán eliminar cualquier prohibición a la subadquirencia transfronteriza. Con esto, el H. TDLC aparece entregando su opinión definitiva y concluyente sobre el actuar de aquellas Marcas que prohíben esta actividad. Aquello, en nuestra opinión, significa un claro prejuzgamiento.

Cuando las ICG N°5 establecen que el comportamiento de las Marcas de Tarjetas de prohibir la adquirencia o subadquirencia transfronteriza es atentatoria a la libre competencia (y, por tanto, prohíbe tal comportamiento), establece lo que en el derecho de la competencia se conoce como una regla *per se*²⁰. En virtud de esto, cualquier agente económico que lleve a cabo tal conducta estará cometiendo un ilícito sancionable.

Es evidente que lo anterior afecta la necesaria imparcialidad que debe tener el H. Tribunal para resolver las causas contenciosas ya indicadas. El H. Tribunal aplicará las normas que él mismo estableció en sus ICG N°5 para juzgar dichas causas, actuando de esta manera como si fuese “juez y legislador”. Consideramos que aquello es del todo contrario al

²⁰ Corte Suprema, Rol 2578-2012, sentencia de 7 de septiembre de 2012, Considerando 8°: “Según la regla *per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a (sic) su razonabilidad u otros criterios”.

principio básico de la separación de los poderes del Estado y a la idea del juez como un tercero imparcial.

Cabe tener presente que el H. Tribunal admitió aquello. En efecto, con fecha 25 de febrero de 2022, los señores ministros Daniela Gorab Sabat, María de la Luz Domper Rodríguez, Ricardo Paredes Molina y Jaime Barahona Urzúa aceptaron la recusación formulada a folio 68 por Mastercard en la causa Rol C-451-2022. En otras palabras, el H. Tribunal ya ha confirmado que existiría una causal de inhabilidad para seguir conociendo del juicio, toda vez que, respecto del tema de la adquirencia y subadquirencia transfronteriza, ya se habría manifestado dictamen con conocimiento de causa.

Del mismo modo, la decisión final que dicte el H. TDLC en los procesos iniciados por PayU y Dlocal estará viciada si llega a aplicar las ICG N°5, pues éstas se dictaron con posterioridad al inicio de las conductas en que se fundan dichos procesos contenciosos y, sin embargo, contienen juicios y valoraciones sobre tales conductas, constituyendo, por lo tanto, un claro prejuzgamiento.

5) Conclusiones en cuanto a la extensión de la facultad de dictar una Instrucción de Carácter General por parte del TDLC en estos autos.

Teniendo presente todo lo señalado anteriormente, no cabe sino concluir que las ICG N°5 no cumplen con los límites básicos para ajustarse al ordenamiento jurídico chileno.

La Resolución Recurrida no fue dictada de conformidad a la ley, ya que H. Tribunal se atribuyó facultades que le corresponden, conforme a la Constitución, únicamente al legislador, las cuales sólo ha delegado en parte en el BCCh. Además, por medio de las ICG N°5, el H. TDLC ha intentado regular una determinada actividad económica de manera amplísima, como si fuese la autoridad sectorial con competencia para ello.

Asimismo, la regulación que se dictó en las ICG N°5 no tienen por finalidad estricta proteger la libre competencia en los mercados, y no corrige problemas de competencia específicos y verificables. Por último, a través de las ICG N°5, el H. TDLC se pronuncia sobre hechos que actualmente son litigiosos, realizando un claro prejuzamiento y, a la vez, regulando la misma actividad respecto de la cual se encuentra llamado a juzgar.

Por ello, sostenemos respetuosamente que la Excma. Corte Suprema deberá declarar que las ICG N°5 son nulas y contrarias a derecho, revocándolas completamente.

Cabe destacar que la revocación de las ICG N°5 por parte de la Excma. Corte Suprema no generará un impacto negativo en la industria, en lo que se refiere a la subadquirencia transfronteriza, ya que el Banco Central, autoridad sectorial competente, teniendo presente el mandato legal del artículo 35 de la LOC del BCCh, ya ha manifestado que se encuentra analizando la actividad con el fin de dictar regulación pertinente. Así ha expresado:

«Por ello, la eventual autorización de la adquirencia transfronteriza, mediante normas de general aplicación, requeriría de un análisis cuidadoso previo, de manera de imponer en la normativa pertinente los requerimientos prudenciales y demás requisitos que sean adecuados para ese escenario, teniendo presente el mandato legal del BCCh»²¹.

²¹ BANCO CENTRAL DE CHILE (2022): Oficio Ordinario N° 235 de 24 de mayo de 2022, en respuesta al Oficio Ordinario N° 754 de fecha 16 de mayo de 2022 de la Fiscalía Nacional Económica. pág. 4.

II. VICIOS EN RELACIÓN CON EL PROCESO POR MEDIO DEL CUAL SE SUSTANCIÓ LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

La facultad concedida por el artículo 18 núm.3 del DL 211 corresponde a una potestad reglamentaria —administrativa—, cuya finalidad es regular de manera general actos y contratos desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, siempre con sujeción a la ley:

«Que sin perjuicio de lo dicho, cabe resaltar que el citado artículo 18 en su numeral 3º instituye una potestad reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia direccionada a terceros con el fin de normar su actividad económica desde la perspectiva de la libre competencia, la que debe guardar conformidad con lo regulado por el legislador pues lo contrario significaría contravenir la reserva legislativa que el constituyente ha establecido para la regulación de las actividades económicas»²² (el destacado es nuestro).

El ejercicio de esta potestad supone la existencia de un problema u obstáculo que impide, restringe o dificulta la libre competencia en un mercado, pues nuestro ordenamiento jurídico estableció una finalidad determinada para su ejercicio²³.

Luego, tal como cabe exigir respecto de cualquier regulación que dicte la autoridad, el ejercicio de esta potestad debe realizarse por medio de un procedimiento de carácter

²² Corte Suprema, Rol 30190-2014, sentencia de 29 de enero de 2014, Considerando 10º.

²³ Tribunal Constitucional, Rol 391-2003, sentencia de 7 de octubre de 2003, Considerando 13º. El Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo, al realizar el control preventivo de constitucionalidad de la Ley Núm. 19.911, que la referida facultad consiste en una «(...) atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados (...)».

administrativo, tramitado en conformidad a la ley. A este respecto, cabe señalar que las exigencias del debido proceso que se consagran en nuestro ordenamiento jurídico exigen la observancia de ciertos principios que van más allá del mero cumplimiento de las formalidades que el artículo 31 del DL 211 dispone. Adicionalmente, al ser un procedimiento administrativo por medio del cual se regula una actividad económica, deben seguirse las Buenas Prácticas Regulatorias a las que se obliga Chile en conformidad con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Sin embargo, como se dejará de manifiesto en esta sección, existen graves vulneraciones a los principios recién citados que afectan gravemente los derechos de mi representada, los cuales sólo pueden ser reparados por medio de la revocación de la Resolución Recurrída por parte de la Excma. Corte Suprema.

- 1) El H. Tribunal no siguió las exigencias procedimentales requeridas por la Constitución y la ley para ejercer la facultad del artículo 18 núm. 3 del DL 211, vulnerando así el derecho a un justo y racional procedimiento.**

El procedimiento a que está sujeta la dictación de ICG es aquél reglado por el artículo 31 del DL 211, mismo procedimiento que corresponde aplicar a los procedimientos no contenciosos que se siguen ante el H. Tribunal.

Dicho procedimiento se estructura —en términos generales— de la siguiente forma: se inicia con un decreto o resolución de inicio que debe ser publicado en el Diario Oficial, lo que resulta fundamental, pues, a partir de dicha publicación, se cuenta el plazo para que los intervinientes puedan hacerse parte y aportar antecedentes. Vencido el plazo para aportar antecedentes, los intervinientes pueden evaluar el aporte de antecedentes de la FNE y el H. Tribunal debe citar a una audiencia pública. Finalmente —y luego de

realizada la audiencia pública—, el H. Tribunal podrá dictar su resolución final. Cabe destacar que el artículo 31 número 5 del DL 211 faculta al H. Tribunal a recabar y recibir, de oficio o a petición de un interviniente, los antecedentes que estime pertinentes. Por último, el DL 211 contempla la oportunidad de recurrir ante la Excma. Corte Suprema en contra de la resolución que ponga término al procedimiento iniciado.

Aunque se trata de una tramitación sumaria de pocas etapas, pareciera garantizar los derechos mínimos constitucionales que corresponden a todo procedimiento ante un órgano jurisdiccional, sea que tenga por objeto ejercer funciones como tal o no. Se configura, así, como el procedimiento racional y justo que contempló el legislador para estas materias el que, implementado adecuadamente, pareciera otorgar las garantías mínimas necesarias.

En efecto, la resolución de inicio permite delimitar el objeto del procedimiento que se tramitará, y dar a conocer a los interesados cuál o cuáles materiales serán discutidas, trámite fundamental que se refuerza por la obligación de realizar una publicación en el Diario Oficial. Esta primera gestión pareciera ser, para la dictación de ICG, todavía más importante: en tanto ellas tienen la aptitud de regular aspectos de un mercado, es preciso contar con la participación de todos quienes pueden potencialmente verse afectados con las instrucciones que finalmente se dicten. Y la única forma de que los potencialmente afectados sepan que pueden serlo es que la resolución de inicio delimite un objeto claro y preciso. **En suma, la resolución de inicio constituye un elemento de la esencia, tanto para fijar el objeto del procedimiento que se tramitará como para conceder la**

oportunidad de intervenir y de escuchar a quienes estén relacionados y se puedan ver afectados por las instrucciones contenidas en la decisión final²⁴.

La posibilidad de aportar antecedentes y de contar con una audiencia pública, por su parte, son etapas igualmente relevantes, toda vez que permiten el ejercicio del derecho a ser oído y, en algún sentido, el de derecho a la defensa (entendiendo las diferencias con un procedimiento contencioso). De hecho, éstas parecieran ser las únicas dos oportunidades concretas y formales de intervenir. Cabe agregar que ellas también juegan un rol importante en delimitar el objeto del proceso: la resolución de inicio fija el primer límite, y luego las intervenciones de las partes determinan el alcance de ese objeto. En este sentido, la redacción de la facultad del artículo 31 número 5 daría a entender que el H. Tribunal puede recabar o recibir antecedentes en cuanto éste los estime «*pertinentes*»; pertinencia que, interpretada armónicamente, no podría sino ser otra que la referente al objeto del proceso, delimitado como ya se explicó.

Por último, la posibilidad de recurrir —por la vía del recurso de reclamación— ante la Excma. Corte Suprema constituye, evidentemente, una consagración del derecho a la revisión judicial de la actividad administrativa. Hablamos de revisión judicial de la actividad administrativa pues, como se explicó, **la dictación de ICG constituye un ejercicio regulatorio de carácter administrativo.**

²⁴ Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República Federativa de Brasil, artículo 3.6 numeral 1. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/brasil/3---buenas-practicas-regulatorias.pdf?sfvrsn=3a487fe9_2. En este numeral se consagra la consulta pública como un elemento constitutivo de buenas prácticas regulatorias, en el entendido que es la única forma de conocer realmente la opinión de los futuros regulados. Dispone el referido numeral: «*Cada Parte deberá alentar a sus respectivas autoridades reguladoras competentes a someter los proyectos y propuestas de modificación de medidas regulatorias a consulta pública, por un plazo razonable, que permita a las partes interesadas formular comentarios.*».

Esto último merece un breve paréntesis, pues entregaría indicios de la competencia que la ley otorga a la Excma. Corte Suprema al conocer de un recurso de reclamación en contra de las ICG. En tanto la dictación de ICG constituye una potestad regulatoria con efectos generales, **el máximo tribunal, a juicio de esta parte, sólo puede limitarse a determinar si ellas han sido dictadas de conformidad a la ley, mas no a modificarlas, pues si lo hiciere estaría ejerciendo potestades regulatorias administrativas de aplicación general.** Esto último entraría en conflicto con el efecto relativo de las resoluciones judiciales, y podría implicar una intromisión en la función legislativa. De ahí la motivación de esta parte para solicitar que la Excma. Corte Suprema revoque completamente la Resolución Recurrída (esto es, la deje sin efecto).

El análisis del procedimiento del artículo 31 del DL 211 hasta acá explicado no es trivial ni se trata de una mera reiteración de la ley. Por el contrario: tiene por objeto poner de manifiesto que el legislador se preocupó de establecer una tramitación adecuada, con etapas claras y que ofrezca garantías a los actores económicos interesados en participar del procedimiento regulatorio que implica la dictación de ICG. Dicha preocupación fue incluso compartida por el Excmo. Tribunal Constitucional al realizar el control preventivo de constitucionalidad, manifestándose a propósito en el siguiente sentido:

*«...cuyo ejercicio [el de la facultad de dictar ICG] se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, **el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da la oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión.***

Además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes»²⁵ (el destacado es nuestro).

Respecto al control de constitucionalidad, como ya mencionamos, durante la tramitación del proyecto de ley que consagró la potestad del actual artículo 18 número 3 del DL 211, diversos congresistas manifestaron su aprehensión en torno a ésta, toda vez que podía significar inmiscuirse en potestades que corresponden constitucionalmente al legislador, invadiendo así la reserva legal. Dichas aprehensiones, que fueron finalmente rechazadas, se sintetizan en la reserva de constitucionalidad formulada por la entonces diputada María Pía Guzmán, consistente en que «(...) sólo a la ley le corresponde impartir instrucciones de carácter general»²⁶.

Como fue señalado, a esta parte no le interesa discutir en esta sede la constitucionalidad de la norma que consagra la potestad del H. Tribunal de dictar ICG. Lo relevante, no obstante, es que *la existencia de un procedimiento adecuado fue lo que llevó al Excmo. Tribunal Constitucional a declarar la potestad del 18 Núm. 3 del DL 211 conforme a la Constitución Política de la República*. En otras palabras: de no haberse consagrado legalmente un procedimiento justo y racional, es presumible que el juez constitucional hubiese optado por declarar tal potestad inconstitucional, y ello encuentra su evidente explicación en lo gravosas que pueden llegar a ser las ICG que se dicten para los derechos de los particulares, de no existir una tramitación pertinente. Podemos denominar a esta necesidad de un procedimiento justo y racional en un ámbito regulatorio como “debido

²⁵ Tribunal Constitucional, Rol 391-2003, sentencia de 7 de octubre de 2003, Considerando 13°.

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol 391-2003, sentencia de 7 de octubre de 2003, Considerando 12°.

proceso regulatorio”; ello, en el entendido de que el concepto de debido proceso propiamente tal evoca la idea de un asunto litigioso²⁷.

La existencia de este último concepto (aunque no necesariamente con ese nombre) —y la importancia de que se aplique al ejercer la potestad de dictar ICG— es algo que ha sido reconocido por nuestros tribunales superiores de justicia, quienes se han pronunciado sobre el procedimiento del artículo 31 del DL 211.

Por un lado, el Excmo. Tribunal Constitucional —al resolver un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de la resolución que rechazó conceder un recurso de reclamación, en aplicación de la norma del inciso final del artículo 31 del DL 211— manifestó que «*la racionalidad y justicia procedimental sugiere que la mencionada alta Corte [Corte Suprema] pueda conocer y resolver el asunto*»²⁸; para luego acoger el recurso interpuesto y declarar procedente el recurso de reclamación. Esto demuestra que la referida judicatura considera que, aun cuando se trate una potestad no contenciosa —como la de dictar ICG—, se requiere siempre un procedimiento que revista caracteres de «*racionalidad*» y «*justicia*».

Por otro lado, y en un sentido similar, la Excma. Corte Suprema sentenció que:

²⁷ OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Al respecto recomienda: «7. Desarrollar una política congruente que contemple el papel y las funciones de las entidades regulatorias a fin de infundir mayor **confianza de que las decisiones en cuestiones regulatorias** se toman a partir de criterios objetivos, imparciales y coherentes, sin conflictos de interés, prejuicios ni influencias indebidas.» (el destacado es nuestro); y «8. Asegurar la efectividad de los **sistemas para revisar la legalidad y la justicia procesal de las regulaciones y decisiones** que toman los órganos facultados para emitir sanciones en el ámbito regulatorio. Asegurar que las personas y las empresas tengan acceso a estos sistemas de revisión a un costo razonable y conozcan las decisiones oportunamente.» (el destacado es nuestro).

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol 9847-2020, sentencia de 3 de junio de 2022, Considerando 18°.

«...dichas consecuencias [dejar sin efecto contratos en pleno vigor] no pueden ser conciliadas con el carácter no contencioso de la consulta que dio origen a esta causa, en tanto aquélla cumple una evidente finalidad preventiva o correctiva de la actividad de los agentes económicos. Sin embargo, la afectación de derechos vigentes y válidamente constituidos pugna con ese afán anticipatorio, en especial si la dejación sin efecto aludida es decidida a través de un mecanismo procesal que no asegura a los interesados las garantías mínimas de un justo y racional procedimiento»²⁹ (el destacado es nuestro).

Esta cita evidencia que la limitación de derechos debe realizarse conforme a un debido proceso, por lo que un procedimiento no contencioso no resulta adecuado para ello. Así, en tanto la Resolución Recurrída limita y afecta derechos de carácter económico de Mastercard, puede concluirse que, para su dictación, se requería de un proceso previo que cumpliera con iguales o mayores exigencias en cuanto al desarrollo de un procedimiento racional y justo. Esto exigía que se cumplieran, con particular celo, todos los requisitos del procedimiento del artículo 31 del DL 211.

Insistimos que con esta constatación no estamos cuestionando la facultad del H. Tribunal para dictar ICG. Esta parte acepta y reconoce ello como una facultad legal en términos abstractos —sin perjuicio de las dudas que pudieran plantearse en torno a la manera en que han sido usadas en el presente caso concreto—, pero es preciso que su dictación se produzca luego de tramitarse un procedimiento racional y justo.

²⁹ Corte Suprema, Rol 21.791-2014, sentencia de 9 de abril de 2015, Considerando 11°.

La tramitación del procedimiento que culminó en la Resolución Recurrída, sin embargo, se hizo en abierta vulneración de la garantía referida. Para demostrar esto, nos detendremos en cuatro defectos procedimentales que hacen que la Resolución Recurrída se encuentre viciada y que la Excma. Corte Suprema deba, a juicio de esta parte, acceder a lo solicitado en el petitorio de esta presentación. Estos vicios serán expuestos de la siguiente forma:

- Comenzaremos remitiéndonos a la resolución del 25 de septiembre de 2020, a folio 1, por la cual se inició el procedimiento (la “Resolución de Inicio”), y su manifiesta ineptitud en orden a establecer el objeto del procedimiento;
- Continuaremos describiendo cómo el procedimiento se desarrolló de una forma que impidió un adecuado ejercicio del derecho a intervenir y ser oído;
- Luego nos ocuparemos de la Resolución Recurrída, demostrando que ella no se condice con la resolución de inicio —vulnerando el principio de congruencia— y que ella constituye un ejercicio ilegítimo de la facultad que el DL 211 le concede al H. TDLC;
- Terminaremos argumentando cómo pareciera ser que el H. Tribunal, a juicio de esta parte, no actuó como un órgano verdaderamente imparcial.

a. Sobre la Resolución de Inicio

Según largamente expusimos *supra*, la resolución con que comienza el procedimiento es una pieza elemental del debido proceso regulatorio, pues ella delimita el objeto del procedimiento y permite una intervención oportuna y apropiada de los interesados (y futuros regulados).

No obstante, la Resolución de Inicio contiene una pretensión excesivamente amplia, que impidió realmente conocer cuál era el objeto del procedimiento de autos. En efecto, la parte resolutive de la referida resolución se lee así:

«DÉSE INICIO al 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» (el destacado es nuestro)³⁰.

Aunque este punto ya fue tratado en la sección precedente, conviene reiterar que no es posible afirmar que el párrafo transcrito constituya una verdadera limitación de un objeto. El H. Tribunal simplemente dijo que revisaría las «condiciones de competencia en el mercado», y puso énfasis en la interoperabilidad y la revisión de «ciertas» prácticas comerciales y de «los» incentivos. ¿Condiciones de competencia de qué lado o qué aspecto del mercado? ¿Significa la concentración en la interoperabilidad una exclusión de otros aspectos del mercado? ¿Qué prácticas comerciales pretendía revisar el H. Tribunal? ¿A qué incentivos se refería, considerando lo complejo del mercado y la cantidad de

³⁰ En relación con esta resolución: OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Al respecto recomienda: «[a]dherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones».

incentivos que pesan sobre sus múltiples actores? La resolución de inicio no dejó nada claro.

Si comparamos la cita anterior con sus símiles de otros procedimientos de dictación de ICG queda demostrado cómo la pretensión regulatoria para este caso concreto no se condice con la jurisprudencia del H. Tribunal, y constituye una pretensión exhaustiva sin precedentes. En efecto, los objetos de procedimientos previos como el de autos han sido particularmente precisos y determinados:

Rol	Parte resolutive de la resolución de inicio
NC-483-2020	«DAR INICIO al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, para el ejercicio de la potestad establecida en el artículo 18 N° 3 del mismo cuerpo legal, esto es, la dictación de instrucciones de carácter general que deberán <u>considerar las empresas al determinar las tasas de intercambio</u> en el mercado de medios de pago con tarjetas, hasta que las mismas se regulen por ley» ³¹ (el destacado es nuestro).
NC-423-14	«DAR INICIO al procedimiento contemplado en el artículo 31° del D.L. N° 211, sobre <u>Modificaciones a la Instrucción General</u> N° 2/2012» ³² (el destacado es nuestro).
NC-386-2010	«DÉSE INICIO al procedimiento contemplado en el artículo 31° del texto en vigor del Decreto Ley N° 211, respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del mismo cuerpo legal, sobre los <u>efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía, según la red</u>

³¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-483-2020, resolución de fecha 3 de diciembre de 2020.

³² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-423-2014, resolución de fecha 14 de mayo de 2014.

de destino de las llamadas (tarifas on-net / off-net)»³³ (el destacado es nuestro).

Consecuencia inmediata de la indeterminación del objeto del procedimiento fue lo diverso y aleatorio de las intervenciones de los 18 aportantes de antecedentes, lo que tuvo como efecto que el objeto del procedimiento se hiciera tan complejo, moldeable e indeterminado, que fue absolutamente inabordable para el H. Tribunal. Así, al ver que no podía hacerse cargo de todo en la Resolución Recurrída, adoptó la solución poco feliz de hacer una selección arbitraria de los aspectos a regular, sin explicar por qué otros ni siquiera fueron mencionados en la Resolución Recurrída. Sobre esto último nos explayaremos *infra*.

El efecto procedimental de la indeterminación del objeto del procedimiento, por su parte, fue la imposibilidad de mi representada de intervenir y ser oída adecuadamente (indefensión) sobre los puntos concretos en los que la ICG recaería. Mastercard intervino a ciegas en dicho proceso. No conocía las imputaciones que sirvieron de base para lo que luego el H. Tribunal dictaminaría. Es cierto que muchos intervinientes efectuaron acusaciones en contra de mi representada (las intervenciones más notables son probablemente las de la propia Transbank, cuasimonopolista en la adquirencia). Pero sólo se limitaron a eso: no aportaron pruebas concretas de abusos o imperfecciones de mercado atribuibles a mi representada. Sólo eso, acusaciones y no pruebas. Así, no era viable y menos esperable que Mastercard se ocupara de todos los aspectos de competencia del mercado que pueden o podrían afectarle; ello es un absurdo. Por lo tanto, desde un comienzo esta parte se vio condenada al fracaso. Fue considerada culpable sólo por las meras acusaciones de alguna de las partes.

³³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-386-2010, resolución de fecha 21 de diciembre de 2010.

Por si cupiere alguna duda, hacemos presente que, no porque el procedimiento de autos sea de naturaleza administrativa, el concepto de “objeto” para delimitar el contenido del proceso no puede ser aplicado. Al contrario, la Excma. Corte Suprema ha reconocido que los procedimientos de dictación de ICG tienen objeto, y que éste resulta relevante para delimitar el ejercicio de la autoridad. Así lo señala la siguiente sentencia el máximo tribunal:

«Para llegar a tal determinación [desestimar el recurso de reclamación en un aspecto específico] se ha tenido en consideración que, como ya se ha expresado precedentemente, tales cuestiones inciden en aspectos que no fueron materia de análisis en el procedimiento de modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, toda vez que en la especie se ha buscado evitar la ocurrencia de los perniciosos efectos que podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil basada en la red en que se practican y terminan las llamadas, sin que haya sido objeto del procedimiento el examen de la conducta de las empresas incumbentes ni la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el mercado de la telefonía móvil, puesto que sólo se abordó un preciso y determinado aspecto de la actividad en este ámbito, el que se ha restringido exclusivamente a la diferenciación entre tarifas según la red en que las mismas se efectúan»³⁴.

³⁴ Corte Suprema, Rol 8654-2015, sentencia de 14 de abril de 2016, Considerando 22°.

De esta forma, la Excma. Corte Suprema reconoce que los procedimientos de dictación de ICG tienen un objeto, y que éste es jurídicamente relevante, por cuanto es posible rechazar una reclamación por solo hecho de que ello no se enmarque en el objeto del procedimiento que le antecedió. Es decir, si una cuestión forma o no parte del objeto del procedimiento es importante a efectos de determinar la competencia de la Excma. Corte Suprema en sede de reclamación. Cabe destacar que la última sección destacada de la cita reconoce que en aquella ocasión se abordó un *«preciso y determinado aspecto de la actividad»*, vale decir, lo contrario a lo que se pretendió en autos.

En conclusión, la Excma. Corte Suprema podrá verificar que la Resolución de Inicio impidió que el procedimiento de autos tuviera un objeto claro y preciso. Ello redundó en aportes de antecedentes aleatorios e inconexos, y que Mastercard se viera sometida a una situación de indefensión.

En concreto, dentro del objeto del procedimiento no se incluyó expresamente el análisis de posición de dominio de particulares, cuestión que, dada su gravedad, si se hubiera querido abarcar, debió haberse anticipado. **El H. Tribunal concluyó así que Visa y Mastercard tendrían la *«naturaleza de socio comercial ineludible para los comercios y emisores, [lo que] permite concluir que estas marcas poseen una posición de dominio en el mercado de pagos con tarjetas en Chile»*, sin que Mastercard se pudiese defender de esa imputación, simplemente porque nunca supo que esto sería objeto del análisis del H. Tribunal.** Nótese que la Resolución de Inicio ni siquiera se refiere a las Marcas de Tarjetas.

Ello es grave porque fue sobre la base de esta conclusión —posición de dominio de las Marcas— que el H. Tribunal dictó numerosas instrucciones que recaen específicamente en Visa y Mastercard. Es decir, las ICG N°5 tienen un impacto concreto y relevante en mi

representada, en circunstancias en que la Resolución de Inicio del procedimiento nunca sugirió ese impacto ni su extensión. Esta afectación del derecho de defensa de Mastercard resulta incuestionable.

b. Sobre la imposibilidad de intervenir y ser oído de una manera conforme a la Constitución

Aunque sobre este punto nos hemos referido en el apartado anterior, la siguiente sección se enfoca en el desarrollo del procedimiento de autos que culminó con la dictación de las ICG. Por cierto, todos los vicios de esta etapa procedimental pueden remontarse al defecto en la Resolución de Inicio: al no haber habido un comienzo apropiado, nunca quedó claro el objeto del procedimiento que determinara un hilo conductor claro, y que canalizara las intervenciones de los aportantes. Ello redundó en que las intervenciones de quienes participaron en el proceso fueron azarosas y desordenadas.

Si hubiese habido un objeto preciso y acotado, entonces hubiese sido relativamente sencillo identificar aquellas presentaciones de los intervinientes que resultaban manifiestamente fuera de lugar, y de las que no merecía la pena ocuparse, por cuanto hubiese sido esperable que el H. Tribunal no hubiere dictado instrucciones sobre ellas. Pero como no lo hubo, ello fue imposible.

Con esto no estamos buscando reiterar lo señalado en la sección anterior, pues mientras en esta parte nos referimos a las consecuencias en el desarrollo del procedimiento que se siguen de la “indeterminación del objeto”, en la parte anterior evidenciamos el origen de dicha indeterminación.

La imposibilidad de intervenir y ser oído con eficacia se refuerza haciendo presente que un procedimiento como el de autos carece de una resolución que reciba la causa a prueba o semejante. Aquello, naturalmente, se explica porque en el marco de un procedimiento de dictación de ICG el H. TDLC no debe emitir juicio alguno.

Sin embargo, **la Resolución Recurrída sí contiene juicios**, como se señaló en la sección anterior. En concreto, en el acápite D de la sección 3 de la Resolución Recurrída el H. TDLC se pronuncia sobre la posición competitiva de Mastercard, resolviendo que cuenta con una posición dominante.

El H. Tribunal dedica una sección completa³⁵ de la Resolución Recurrída a exponer sobre el mercado relevante, la que contiene una subsección denominada «*Marcas de tarjetas o proveedores de red*». En ella realiza un análisis de la posición de mercado de Visa y Mastercard, comparando la cantidad de tarjetas emitidas por marca, según el tipo de tarjetas, entre otros datos. Todo eso conduce al H. Tribunal a dictaminar que

*«...las altas participaciones de mercado de Visa y Mastercard, las externalidades de red y las economías de escala y de ámbito que pueden actuar como barrera a la entrada y su naturaleza de **socio comercial ineludible** para los comercios y emisores, **permite concluir que estas marcas poseen una posición de dominio en el mercado de pagos con tarjetas en Chile**»³⁶ (el destacado es nuestro).*

³⁵ Véase la sección D. de la Parte Considerativa de la Resolución Recurrída (pág. 45 y ss.), titulada “Mercado en que indicen las instrucciones de carácter general: el sistema de pagos con tarjetas”.

³⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General N° 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 64, pág. 62.

Pues bien, este dictamen, de suma trascendencia y con importantes consecuencias económicas y jurídicas —incluso en litigios pendientes— fue emitido por el H. Tribunal sin que Mastercard haya podido vislumbrar que lo haría, y sin discusión de los intervinientes. Todavía más, Mastercard no contó con la posibilidad de utilizar los medios de prueba a su alcance para dar su posición sobre semejante conclusión. Ello no es admisible, ni en un procedimiento contencioso ni en uno regulatorio, y atenta contra los principios de bilateralidad de la audiencia y derecho a intervenir que hemos expuesto *supra*.

Una situación similar se da con el fenómeno de la adquirencia y subadquirencia transfronteriza, que fue reglamentado por el H. Tribunal en forma específica, por medio de la dictación de tres instrucciones de gran trascendencia económica y regulatoria. Pues bien, resulta que la discusión sobre este fenómeno se dio en autos a través de escritos de tipo *Téngase Presente* que se presentaron casi exclusivamente con posterioridad a la audiencia pública —e incluso con posterioridad a que rigiera el estado de acuerdo—.

En efecto, la audiencia pública se realizó el 27 de octubre de 2021, y el primer escrito sobre la subadquirencia transfronteriza fue presentado por FinteChile el 7 de julio de 2021 (a folio 256). El que lo siguió fue un escrito de la misma parte el 9 de septiembre de 2021 (folio 307) y luego uno de esta parte, a 13 de octubre de 2021. Cabe destacar que en este último escrito Mastercard hizo presente que «[e]n el contexto del actual procedimiento (...) las alegaciones de FinteChile son improcedentes. Ello porque estas alegaciones tildan de ilícitas el Programa PIFO de Mastercard; **cuestión que escapa del ámbito de este procedimiento**»³⁷ (el destacado es nuestro). Luego, el 10 de octubre de 2021 (folio 320) Flow S.A. presentó un

³⁷ Presentación de Mastercard International Incorporated de folio 316 en causa Rol NC-474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pág. 1.

escrito sobre la materia, pero el H. Tribunal lo resolvió recién el 4 de noviembre de 2021, es decir, con posterioridad a la audiencia pública.

La audiencia pública debió haber sido el hito que concluyera el debate en el procedimiento de autos, pero lejos de ser eso, constituyó un mero episodio de una larga discusión que parecía que, en ciertos aspectos, recién comenzaba.

Lo expresado en esta sección permitirá, a juicio de esta parte, que la Excma. Corte Suprema tome conocimiento de tan solo algunos ejemplos —porque hay más— que evidencian que el derecho a ser oído y a intervenir fue vulnerado en el procedimiento de autos. Ello, aun cuando el Excmo. Tribunal Constitucional, según se evidenció *supra*, expresó la gran importancia de su consagración al momento de resolver la constitucionalidad de la ley que estableció la potestad de dictación de ICG. El vicio es manifiesto, y no puede sino resultar en la necesidad de revocar la Resolución Recurrída.

c. Sobre la Resolución Recurrída, el principio de congruencia y un ilegítimo ejercicio de la facultad del artículo 18 núm. 3 del DL 211.

En cuanto a la Resolución Recurrída, a continuación, evidenciaremos cómo ésta constituye una concretización de los vicios procedimentales expuestos en la sección precedente. En retrospectiva, es posible afirmar que ella es el resultado inevitable de un procedimiento invadido de vicios. Demostraremos que la Resolución Recurrída (i) no se condice con la resolución de inicio, vulnerando el principio de congruencia; (ii) importa un ejercicio ilegítimo de la facultad del artículo 18 núm. 3 del DL 211; y (iii) es oscura y arbitraria en cuanto a los criterios por los cuales se procede a la dictación de instrucciones de carácter general en ciertos casos, y a la formulación de propuestas de recomendación normativa en otros.

En primer lugar, la Resolución Recurrída no se condice con la Resolución de Inicio, vulnerando así el principio de congruencia. La razón detrás de esto es evidente: la Resolución de Inicio se propuso regular «sobre las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas», pretensión cuya amplitud desmedida condenó la intención regulatoria al fracaso, según se explicó *supra*.

La fijación de un objeto tan amplio, en sí misma, implica un exceso por parte del H. Tribunal, por cuanto, como explicamos anteriormente, la potestad de dictar ICG debe interpretarse restrictivamente, de conformidad con la Constitución y las leyes.

Pero, incluso si se considerara que el H. Tribunal puede dictar ICG de amplio alcance —cosa que refutamos—, habría sido indispensable que, al menos, se estableciera en la Resolución de Inicio con precisión qué aspectos serían objeto de la regulación; en el caso de autos, ello se debió traducir, al menos, en la explicitación de qué actores del mercado se vería afectados por las instrucciones y qué materias relativas a la competencia entre ellos se revisarían. Nada de esto ocurrió. Por ello, consideramos que la Resolución Recurrída viola el principio de congruencia: en efecto, **la mayor parte de sus instrucciones establecen regulaciones para las Marcas de Tarjetas en distintos ámbitos, en circunstancias en que dicha Resolución ni siquiera mencionó a las Marcas como actores cuyas conductas debían revisarse**³⁸.

³⁸ En efecto, las Marcas de Tarjetas son mencionadas sólo tangencialmente en la Resolución de Inicio, a propósito de la conexión entre emisores y adquirentes: «*En efecto, diversas entidades han sugerido la adopción de ciertas medidas necesarias para fomentar la competencia en la industria, tales como la conexión emisor-adquirente a través de las redes de las marcas de tarjetas...*».

La Resolución Recurrída no sólo viola el principio de congruencia en la forma expuesta, sino que, además, es completamente arbitraria, por cuanto regula fundamentalmente a las Marcas, sin referirse a las demás condiciones de competencia en la industria de las tarjetas de pago con igual o mayor materialidad que aquellas consideradas por el H. TDLC, y sin ofrecer alguna explicación plausible al respecto. Ello demuestra el sesgo del H. TDLC, al enfocarse sólo en dos actores de la industria (que, repetimos, ni siquiera fueron mencionados en la Resolución de Inicio) y desconociendo evidentes problemas de competencia que se presentan hoy en día en otras actividades relacionadas con medios de pago.

Sólo a modo de ejemplo: la Resolución Recurrída perfectamente podría haberse referido a la tarifa PSP que pagan los subadquirentes a los adquirentes; **o bien podría haberse pronunciado específicamente y haciéndose cargo del principal problema de competencia que afecta al mercado en cuestión, esto es, la integración vertical existente entre Transbank y los bancos emisores, y la falta de competencia en la adquirencia respecto de alguno de ellos** (lo que fue reconocido como un problema por el H. Tribunal en la Propuesta de Recomendación Normativa Núm. 19, en atención a la posición cuasi monopólica que Transbank detenta como adquirente en Chile). **Todos estos aspectos caen bajo el concepto de «condiciones de competencia», y no se explica por qué ellos no fueron tomados en consideración en este procedimiento, ya que aún no se han resuelto del todo.**

Por otra parte, la Resolución Recurrída no importa, realmente, un ejercicio legítimo de la facultad del artículo 18 núm. 3 del DL 211. Esta facultad consiste en «*dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley (...)*». La generalidad significa que la norma o instrucción que se dicte debe revestir de caracteres que permitan que cualquiera que se encuentre en el supuesto de hecho contenido en ella quede sujeto a sus disposiciones. Se

trata de una exigencia elemental de toda reglamentación, que tiene por objeto evitar que se regule *con nombre y apellido*.

No obstante, y como bien podrá constatar la Excma. Corte Suprema, muchas de las disposiciones contenidas en la Resolución Recurrída están dirigidas exclusivamente a las Marcas de Tarjetas —entre ellas, mi representada— que, conforme a la misma Resolución, ostentan una supuesta “posición de dominio” en el mercado. Algunos ejemplos:

«181. Del mismo modo, las Marcas que gocen de una posición dominante, según se indica supra en el acápite D, sección 3, deberán aplicar condiciones públicas, objetivas y no discriminatorias en la evaluación de las solicitudes de licencia que reciban. Finalmente, dichas Marcas deberán enviar a la FNE todas las solicitudes de contratos de licenciamiento adquirente que reciban, en un plazo de 15 días hábiles contados a partir de su recepción»³⁹ (el destacado es nuestro).

«241. En vista del razonamiento expuesto, se instruirá a las Marcas que posean una posición dominante, según se señaló en el acápite D, sección 3, que eliminen la regla honor all products, en un plazo de 30 días hábiles»⁴⁰ (el destacado es nuestro).

³⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General N°5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 181, pág. 95.

⁴⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 241, pág. 114.

«331. Asimismo, en consideración a que existen Marcas que poseen una posición dominante, según se señaló en el acápite D, sección 3, se les ordenará a éstas que envíen a la FNE en un plazo de 30 días hábiles y luego en forma semestral, los cobros asociados a los adquirentes por transacciones transfronterizas, en forma desglosada por servicios y con indicación de su fundamento, junto con los cobros asociados a las transacciones domésticas. Estas cifras deberán entregarse en un formato que permita comparar los distintos ítems que componen los cobros por transacción, por tipo o categoría de tarjeta»⁴¹ (el destacado es nuestro),

«348. Las Marcas que posean una posición dominante, según fue expuesto en el acápite D, sección 3, deberán adoptar las siguientes medidas:

- (a) Los cambios a los estándares y reglas deberán fundarse en criterios objetivos, transparentes, generales y no discriminatorios;
- (b) Deberán otorgar plazos razonables a los adquirentes, PSP y comercios para implementar los cambios que incorporen en sus reglas;
- (c) Deberán informar los cambios a sus reglas a los licenciarios adquirentes con quienes contraten con al menos 60 días de anticipación a su implementación, explicitando la justificación de tales cambios; y
- (d) Sus reglas deberán estar disponibles en idioma castellano»⁴² (el destacado es nuestro).

⁴¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 331, pág. 136.

⁴² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 348, pág. 140.

El problema de lo anterior no es que se regule precisamente a los actores del mercado que puedan tener posición de dominio (lo que, por cierto, no reconocemos). El defecto es que la sección 3 del Acápito 3 de la Resolución Recurrída sólo concluye, casuista y específicamente, que Mastercard y Visa tienen posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, si en un futuro algún otro actor adquiriera esta posición —por ejemplo, UnionPay, que recién está entrando al mercado chileno— no quedaría sujeto a las disposiciones de la Resolución Recurrída que se fijaron para Mastercard y Visa por el solo hecho de revestir una presunta posición de dominio, ya que dicho actor no estaría mencionado en la referida sección. Tampoco se diseñó dicha sección de tal manera que estableciera un test objetivo, con elementos claros y no ambiguos, que permitiera determinar a futuro cuáles Marcas deben considerarse con posición de dominio.

Lo anterior no es admisible. **Una instrucción que debe ser de carácter general no satisface dicho criterio si no resulta aplicable a todos quienes se encuentren o puedan encontrar en el presupuesto fáctico de la norma (en este caso, revestir posición de dominio).** Todas las instrucciones de la Resolución Recurrída, entonces, que regulan específicamente a Mastercard y Visa se encuentran, por lo ya expresado, viciadas y deben, a juicio de esta parte, ser revocadas, ya que *se tratan de instrucciones de carácter particular, y no general.*

Si a este último punto le sumamos todo lo hasta acá expresado en cuanto al procedimiento, y en especial que la posición de dominio era un aspecto que conocidamente⁴³ se encontraba en discusión ante el H. Tribunal en diversas demandas

⁴³ Al respecto, véase la certificación de folio 70 en la causa rol C-451-2022, en la que consta que los Ministros que pronunciaron la Resolución Recurrída aceptaron una recusación interpuesta por Mastercard por incurrir en la causal del artículo 196 Núm. 10 del Código Orgánico de Tribunales, esto es: «[h]aber el juez

iniciadas por algunos subadquirentes⁴⁴ en contra de, entre otros, Mastercard y Visa, entonces la ilegalidad evidenciada (por la falta de generalidad) se agrava aún más.

La afectación de derechos es evidente: **se inició un procedimiento para dictar ICG sin que los intervinientes afectados conocieran con exactitud qué se iba a discutir. Luego, en la Resolución Recurrída se dictaminó —sin que los intervinientes hayan podido rebatirlo ni hayan sabido que el H. Tribunal se pronunciaría sobre eso— que Visa y Mastercard tenían posición de dominio, y sólo por ello se impusieron reglas de carácter especial y particular a estos últimos. Además, al dictaminar sobre la posición de dominio se resolvió —ex ante y sin forma de juicio— una cuestión que es litigiosa y seguida ante el mismo H. Tribunal.** La ilegalidad y vulneración de las normas del debido proceso es patente, y sobre sus consecuencias conviene detenerse brevemente.

Si al utilizar la potestad del artículo 18 núm. 3 del DL 211 el H. Tribunal ejerce —como se evidenció *supra*— una función de carácter administrativo, entonces, si se extralimita en su competencia, regulando de forma particular cuando la ley exige que la regulación sea general, su actuar resulta nulo. Ello de conformidad al artículo 7º de la CPR que consagra el principio de legalidad, disponiendo que «los órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, **dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.** (...) Todo acto en contravención a este artículo es **nulo**» (el destacado es nuestro).

manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiera hecho con conocimiento de ella».

⁴⁴ Véase las causas rol C-442-2022; C-443-2022; C-444-2022; C-448-2022; C450-2022; y C-451-2022, todas seguidas antes el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Un tercer vicio de la Resolución Recurrída consiste en que, al analizarla con detalle, no es posible vislumbrar cuál fue el criterio empleado por el H. Tribunal para dictar instrucciones de carácter general respecto de ciertas situaciones y formular propuestas de recomendación normativa respecto de otras. Falta una clara explicación al respecto.

Como señalamos en la sección inicial de esta presentación, hay ciertas materias que se regulan en la Resolución Recurrída cuya regulación competiría, en realidad, a la autoridad sectorial. Es posible que el H. Tribunal, al dictar propuestas de recomendación normativa en ciertos casos, haya constatado ello. No obstante, no se colige un criterio claro que permita identificar cuándo procede el ejercicio de una y otra potestad. Esto, por cierto, atenta contra la certeza jurídica y vicia la Resolución Recurrída al carecer de fundamentación adecuada.

Ilustra esta situación el siguiente ejemplo: el H. Tribunal instruye a las marcas

«...justificar tales aumentos [de alguno de los componentes de los costos de marca] en base a consideraciones objetivas y no discriminatorias; ello implica que deberán indicar de qué manera los aumentos o la instauración de nuevos cobros dentro de la categoría de costo de marca propenden a aumentar la calidad de los servicios de las Marcas o a mejorar el funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas»⁴⁵.

⁴⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág. 183.

Pero, luego, formula una propuesta de recomendación normativa consistente en «*que se regulen los costos de marca, teniendo en consideración lo expuesto en el acápite E, sección 2.4 de la parte considerativa*»⁴⁶.

La primera cita (la instrucción) es, a todas luces, una regulación de los costos de marca. Se está obligando a mi representada a justificar cualquier aumento sobre la base de mejoras a la calidad de los servicios o el funcionamiento del sistema, cuando los aumentos de precios pueden ser legítimos y estar fundados en otros criterios⁴⁷. Y es evidente que, de no justificarse el aumento en aquellos términos, se abre paso a que la FNE o terceros impugnen dicha alza —y que, incluso, se considere que la conducta pueda ser sancionable por su objeto, al haber sido regulada por el H. TDLC, sin que medie un análisis económico de por medio sobre sus efectos, como lo exigiría la regla de la razón—.

No se entiende, en consecuencia, que luego el H. Tribunal haya formulado una propuesta de recomendación normativa para regular los costos de marca. ¿Por qué los regula, por un lado, con una instrucción de carácter general, pero, por otro lado, formula una propuesta de recomendación normativa? ¿Cuál es el criterio?

Los tres vicios denunciados en esta sección exigen, a juicio de esta parte, una revocación de la Resolución Recurrída. No es tolerable, bajo la óptica de un debido proceso regulatorio, que el resultado final del procedimiento no sea congruente con la Resolución

⁴⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág. 184.

⁴⁷ Por ejemplo, un ajuste de precios puede estar asociado a un requerimiento regulatorio adicional, que para los comercios y consumidores no representa ni una mayor calidad, ni un mejor servicio. Las cargas regulatorias en el mercado financiero y servicio de pago evolucionan, e impedir hacer ajustes de precio para absorber mayores costos que de ellas se desprendan puede incluso afectar la viabilidad financiera de una compañía, o convertirse, en la práctica, en un obstáculo para que el reguladore establezca nuevos estándares (dado que la industria no va a poder asumir los costos y seguir siendo viable y resiliente). Del mismo modo, un alza de precios puede ser necesaria producto de un aumento inflacionario relevante.

de Inicio y que el H. Tribunal haya dictado normas que regulen a empresas específicas, en abierta contravención del carácter general que reclama el DL 211. Todavía más, la falta de motivación —un elemento esencial para controlar judicialmente la actividad administrativa regulatoria— es manifiesta, al no vislumbrarse un criterio objetivo y comprobable de cuándo se formularán propuestas de recomendación normativa y cuándo se dictarán instrucciones de carácter general. Esto último quita la necesaria previsibilidad que exige una buena regulación.

2) La Resolución Recurrida es parcial, selectiva y sesgada en el análisis y uso de evidencia de terceros, cuestión sumamente grave dada la naturaleza e implicancias de las decisiones adoptadas por el H. Tribunal.

A pesar de que el H. Tribunal señaló correctamente que la industria de pagos con tarjetas tiene una estructura de mercado de dos lados (es decir, comercios y tarjetahabientes), principalmente restringió su análisis a la perspectiva de los comercios, ignorando en totalmente a los tarjetahabientes. Un análisis sólido de los sistemas de pago con tarjetas debe considerar el impacto tanto en los titulares de tarjetas como en los comercios: los sistemas de pago sólo pueden tener éxito si atraen tanto a los consumidores como a los comercios.

Este sesgo en el análisis del H. TDLC se ejemplifica por el peso indebido que dio a la evidencia presentada por o para los comercios, el no haber evaluado la evidencia presentada por otras partes en el sistema de pagos y no haber realizado un proceso de investigación objetivo, en el cual ponderara reportes o documentos de obligatoria

consideración para entender los posibles efectos no deseados de sus decisiones, según la experiencia documentada en otras jurisdicciones⁴⁸.

Por ejemplo, en múltiples ocasiones en su decisión, el H. TDLC se refiere al trabajo de la consultora CMSPI, que se caracteriza por especializarse en elaborar informes sobre pagos para asociaciones de comercios, como si ésta fuera un representante objetivo de las visiones académicas y empíricas establecidas sobre la industria. Por el contrario, cabe destacar que CMSPI es una consultora en Europa que ofrece asesoramiento en relación con los acuerdos de pago a los comercios y, en esa capacidad, ha apoyado el lobby de los comercios contra las tasas de intercambio; su trabajo no representa, por tanto, la literatura académica.

Algunos ejemplos ilustran la naturaleza unilateral de la evidencia revisada por el TDLC. En primer lugar, en el caso del Reglamento de Tasas de Intercambio de la Unión Europea⁴⁹ (“IFR”) de 2015, el TDLC sólo se centró en el estudio de evaluación de impacto preparado para la Comisión Europea por Ernst & Young (“EY”)⁵⁰, e ignoró en gran medida un estudio similar realizado por Edgar, Dunn & Company (“EDC”), una

⁴⁸ En este sentido, la OCDE recomienda «Tomar en cuenta, al desarrollar medidas regulatorias, todos los estándares y marcos internacionales de cooperación pertinentes en la misma área y, cuando sea adecuado, los probables efectos que tengan en terceros fuera de su jurisdicción.», reconociendo así la importancia de ponderar toda la evidencia disponible. Véase:

<https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>, recomendación Núm. 12.

⁴⁹ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2015): Reglamento (UE) 2015/751 de 29 de abril de 2015 sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2015/123/L00001-00015.pdf>

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020): Study on the application of the Interchange Fee Regulation, Final Report, elaborado por Ernest & Young. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79f1072d-d6c2-11ea-adf7-01aa75ed71a1#:~:text=The%20study%20shows%20that%20the,lead%20to%20lower%20consumer%20prices>.

consultora de prestigio mundial especializada en pagos. El estudio de la EDC concluyó que:

«Se esperaba que las reducciones en el intercambio generaran MSC⁵¹ más bajos para los comercios, lo que se trasladaría a través de precios más bajos para los consumidores. Si bien el estudio encontró que las reducciones en el intercambio se habían reflejado en una disminución de los MSC, también encontró que los grandes comercios se beneficiaron más que los comercios más pequeños que normalmente permanecían con tarifas combinadas de MSC. El Estudio no pudo encontrar ninguna evidencia disponible de si hubo traspaso (pass through) de comercio a consumidor. Sin embargo, los consumidores enfrentaron aumentos en el costo de propiedad de las tarjetas de crédito y débito reguladas después de la IFR (regulación de tasas de intercambio), ya que los emisores se vieron obligados a revisar sus estructuras de costos y políticas de precios como resultado de la disminución en las tasas de intercambio recibidas»⁵² (énfasis añadido).

Un informe reciente de la Oficina de Protección Financiera del Consumidor de EE. UU. (una agencia gubernamental) llegó a una conclusión similar a la de EDC con respecto a la evidencia muy limitada de cualquier traspaso de la tasa de intercambio o reducciones de MDR de los comercios a los consumidores en forma de precios más bajos. El informe

⁵¹ Los MSC representan cargos por servicio comercial y equivalen a la tasa de *merchant discount* (MDR).

⁵² EDGAR, DUNN & COMPANY (2020): Interchange Fee Regulation Impact Assessment Study. Disponible en: <https://edgardunn.com/wp-content/uploads/2020/04/Interchange-Fee-Regulation-Impact-Study-EDC-v1.1.pdf>. pág. 2

concluyó que hay «pruebas mínimas de que el aumento de las comisiones bancarias haya sido compensado por reducciones en los precios minoristas u otros precios para los consumidores»⁵³.

Este mismo informe de la Oficina de Protección Financiera del Consumidor, que el TDLC no tuvo en cuenta, también evaluó el impacto de la regulación de las tasas de intercambio de tarjetas de débito en los EE. UU. sobre la inclusión financiera. La evidencia revisada por la Oficina sugirió que:

*«...como sería predicho por la teoría básica de los mercados de dos lados, las instituciones financieras han respondido a esta pérdida de ingresos de los comercios transfiriendo una mayor parte de los costos de operación de la plataforma a los consumidores. De particular preocupación para el Grupo de Trabajo es que la forma en que esas pérdidas se han recuperado de los consumidores ha **recaído particularmente en los consumidores de bajos ingresos y ha levantado una barrera significativa para una mayor **inclusión financiera****»⁵⁴ (énfasis añadido).*

Además, un estudio académico de EE. UU. que evaluó el impacto de los topes a las tasas de intercambio de débito llegó a una conclusión similar: la introducción de los topes redujo significativamente la cantidad de cuentas corrientes libres de cargos en los bancos que se vieron afectados por el tope, al tiempo que aumentó en los bancos que estaban exentos de ella⁵⁵. También contribuyó a un aumento en las tarifas mensuales promedio

⁵³ BUREAU OF CONSUMER FINANCIAL PROTECTION (2021): Taskforce on Federal Consumer Financial Law Report, Volume I. Disponible en: <https://www.consumerfinance.gov/data-research/research-reports/taskforce-on-federal-consumer-financial-law-report/>. Sección 10.6.1., pág. 586.

⁵⁴ Óp. cit. pág. 590.

⁵⁵ ZYWICKI, Todd, MANNE, Geoffrey y MORRIS, Julian (2014): Price Controls on Payment Card Interchange Fees: the U.S. Experience, en George Mason Law & Economics Research Paper, Núm. 14–18. Disponible en: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1418.pdf. pág. 2.

que se cobran en las cuentas corrientes, y aumentó significativamente los depósitos mensuales mínimos necesarios para las cuentas corrientes libres de tarifas, de \$ 250 a más de \$ 750⁵⁶. Esto es consistente con los hallazgos de la Oficina de Protección Financiera del Consumidor de que los topes a las tasas de intercambio tienen consecuencias no deseadas para la inclusión financiera, ya que afectan principalmente a los consumidores en los segmentos de más bajos ingresos.

La evidencia presentada anteriormente es particularmente importante en el debate sobre la eliminación de la regla HaP y el impacto potencial que tendría en el desarrollo de las tarjetas de prepago, que pueden desempeñar un papel importante en la inclusión financiera (abordamos esto con mayor detalle en la sección IV).

Otro ejemplo ilustrativo del análisis sesgado del H. TDLC de la evidencia disponible sobre la industria de pagos es su uso muy selectivo del estudio del mercado de la adquirencia del PSR. Como se explicó anteriormente, el PSR concluyó que el mercado adquirente en el Reino Unido podría beneficiarse de una serie de nuevas medidas para mejorar la transparencia y la información disponible para los comercios, a fin de permitirles cambiar más fácilmente entre proveedores y obtener una mejor calidad de servicio⁵⁷. El objetivo de estas medidas era reducir los costos para los comercios de aceptar tarjetas de pago. El TDLC se refirió al estudio de mercado del PSR en su discusión sobre las tarifas de las Marcas, pero ignoró por completo el mensaje principal del informe del PSR, es decir: un mercado de la adquirencia competitivo es importante para garantizar que los comercios tengan acceso a servicios competitivos de pagos con tarjeta.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ PAYMENT SYSTEMS REGULATOR (2021): Market review into card-acquiring services – Final report. Disponible en: <https://www.psr.org.uk/publications/market-reviews/mr18-1-8-card-acquiring-report-final/>. págs. 136–145.

El mercado de la adquirencia del Reino Unido es competitivo y dinámico: mientras que, en Chile, Transbank controla más del 85% del mercado de la adquirencia (a pesar de las reformas regulatorias recientes), lo que muestra la falta de competencia en este segmento, los cinco adquirentes más grandes del Reino Unido tienen una participación de mercado combinada que es menor. Una revisión objetiva del estudio del mercado de la adquirencia del PSR debería haber llevado al TDLC a realizar una evaluación propia extensa y detallada sobre el mercado de la adquirencia en Chile, ya que este mercado es claramente el segmento de la industria de pagos chilena que no funciona bien y donde se podrían mejorar los resultados para los comercios.

Adicionalmente, tal como explicamos detalladamente más adelante, la tasa de intercambio (que perciben los emisores) y el margen adquirente (que perciben los adquirentes y/o proveedores de servicios para procesamiento de pagos, “PSP”) representan entre un 92% a 95% del *merchant discount* que pagan los comercios a los adquirentes, mientras que los costos de marca representan solo entre un 5% a un 8% del *merchant discount*, aproximadamente. Esto demuestra con claridad la importancia de asegurar que el mercado adquirente funcione correctamente, e ilustra la enorme parcialidad que existe en el análisis del H. TDLC. Es evidente que un estudio objetivo debería haber contenido un análisis detallado del mercado adquirente en Chile.

De manera similar, en su revisión del estudio de evaluación de impacto de IFR de EY para la Comisión Europea, el H. TDLC no consideró la clara evidencia presentada sobre la dinámica competitiva de los mercados de la adquirencia en varios países europeos. En Italia, por ejemplo, los cuatro mayores adquirentes representan menos del 50 % del

mercado, mientras que en Alemania y Francia la cifra correspondiente ronda el 70 %⁵⁸. Al igual que con el estudio PSR, una revisión imparcial y equilibrada de esta evidencia debería haber motivado al H. TDLC a considerar medidas que mejorasen el funcionamiento de la competencia en el mercado de la adquierecia en Chile.

Es sin duda un muy frustrante resultado, dado que el H. Tribunal pareciera haberse enfocado en la solución de un síntoma, y no en la causa raíz del problema del mercado de pagos chileno. El H. Tribunal se enfocó en abordar ciertas condiciones contractuales hoy vigentes en Chile (regla HaC, NSR, costos de marca, entre otros), para darles una solución artificial o “a las malas”, es decir, simplemente prohibiendo que los particulares llegasen a ciertos acuerdos. Nunca hubo un interés real por parte del H. Tribunal en dedicar esfuerzos para solucionar el problema que representa el verdadero “elefante en la sala” del sistema de pagos en el país, esto es, la situación de concentración de mercado en el eslabón de la adquierecia.

El resultado de lo anterior fue un esfuerzo subóptimo de revisión de la literatura académica por parte del H. Tribunal, orientado a validar la teoría del caso equivocada que se planteó desde un principio (la necesidad de prohibir ciertos estándares de industria de pagos con tarjetas). Esa actitud llevó al H. Tribunal a no querer ver o ponderar en debida forma la muy reconocida literatura producida no sólo por la academia, sino por autoridades de referencia⁵⁹, que claramente muestra cómo el

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA (2020): Study on the application of the Interchange Fee Regulation, Final Report, elaborado por Ernest & Young. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79f1072d-d6c2-11ea-adf7-01aa75ed71a1#:~:text=The%20study%20shows%20that%20the,lead%20to%20lower%20consumer%20prices>. Figura 26, pág. 69.

⁵⁹ Diversas autoridades de competencia de la región latinoamericana se han manifestado sobre la importancia de la desintegración vertical, lo que no fue considerado por el H. Tribunal. Véase, por ejemplo: **Argentina:** COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2016): Resolución Núm. 17 de fecha 29 de agosto de 2016. Disponible en:

problema raíz a solucionar en la industria chilena de los medios de pago con tarjetas hoy se encuentra, principalmente, en el corazón de los sistemas de legado caracterizados por un excesivo control colectivo por un conjunto de emisores de la actividad de adquirencia⁶⁰.

3) El H. Tribunal no siguió las recomendaciones autorizadas sobre prácticas regulatorias al ejercer la facultad del artículo 18 núm. 3 del DL 211.

Chile ha reconocido la importancia de contar con buenas prácticas regulatorias, recogiendo las recomendaciones autorizadas sobre la materia. Ello se ha hecho de diversos modos: celebrando Tratados de Libre Comercio (“TLC”) que contienen capítulos sobre buenas prácticas regulatorias y que deben ser consideradas por la administración

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc_resol_invmerc_tarjetas_2.pdf. La citada resolución obligó a los 14 principales bancos de Argentina y a Visa Internacional a vender el 100% de sus acciones de Prisma Medios de Pago S.A. Ello generó que los bancos crearan sus propios adquirentes para competir con Prisma, como se puede observar en la siguiente noticia: <https://www.lanacion.com.ar/economia/tras-la-investigacion-el-gobierno-aprobo-la-venta-de-visa-nid2066810/>

México: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (2014): Trabajo de investigación y recomendaciones de competencia en el sector financiero y sus mercados. Disponible en: https://www.cofece.mx/cofeca/images/Estudios/COFECE_trabajo_investigacion_prot.pdf#pdf. El citado Trabajo destaca el riesgo que significaba la integración vertical entre bancos emisores y procesadores (véase págs. 258 y ss.).

Perú: INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (2021): Estudio de mercado sobre los servicios de pagos con tarjetas en Perú. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+de+Mercado+de+los+Servicios+de+Tarjetas+de+Pago/0e3c7847-00de-ab5c-ec0d-dfbf1bae458>. El citado Estudio identifica diversos riesgos anticompetitivos derivados de la existencia de relaciones verticales y formula recomendaciones para mitigarlos (véase página 109 y ss. y 125 y ss.).

⁶⁰ Vale la pena, respecto de este punto, citar COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA (2016): Resolución Núm. 17 de fecha 29 de agosto de 2016. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc_resol_invmerc_tarjetas_2.pdf. La citada resolución obligó a los 14 principales bancos de Argentina y a Visa Internacional a vender el 100% de sus acciones de Prisma Medios de Pago S.A. (“Prisma”), lo que finalmente ocurrió al venderse el 100% del paquete accionario al Grupo Advent. De ese modo, se desverticalizó Prisma, lo que generó que los bancos crearan sus propios adquirentes para competir con Prisma (ej., Getnet del banco Santander Argentina), es decir, mayor competencia, presión a la baja en los precios, introducción de mayor tecnología al mercado de medios de pago de Argentina y mayor inclusión financiera.

al momento de regular; desarrollando guías internas elaboradas por parte de los ministerios relevantes; y adoptando recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”).

En cuanto a los TLC, el Acuerdo de Libre Comercio con Brasil⁶¹, que entró en vigor el presente año, dedica el Capítulo 3 a Buenas Prácticas Regulatorias, conteniendo en el artículo 3.6 sobre Implementación de Buenas Prácticas Regulatorias diversas normas en orden a concretar este concepto. Ellas se encuentran casi íntegramente replicadas en el artículo 6.6. del Acuerdo de Libre Comercio con Ecuador⁶² que también entró en vigor este año. Algunas de estas normas son:

*«1. Cada Parte deberá alentar a sus respectivas autoridades reguladoras competentes a someter los proyectos y propuestas de modificación de medidas regulatorias a **consulta pública, por un plazo razonable,** que permita a las partes interesadas formular comentarios».*

*«2. Cada Parte deberá alentar a sus autoridades reguladoras **competentes a realizar, de acuerdo con su legislación nacional, un análisis de impacto regulatorio (AIR)** previamente a la adopción y a las propuestas de modificación de medidas regulatorias que tengan un impacto económico significativo, o cuando sea apropiado, otro criterio establecido por esa Parte».*

⁶¹ Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República Federativa de Brasil, Capítulo 3 sobre Buenas Prácticas Regulatorias. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/brasil/3---buenas-practicas-regulatorias.pdf?sfvrsn=3a487fe9_2

⁶² Acuerdo de Integración Comercial entre la República de Chile y la República del Ecuador Núm. 75, Capítulo 6 sobre Buenas Prácticas Regulatorias. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_ECU/Cap_06_s.pdf

«5. Cada Parte deberá asegurar que las nuevas medidas regulatorias estén claramente escritas, sean concisas, organizadas y de fácil comprensión, reconociendo la posibilidad de involucrar temas técnicos que requieran conocimiento especializado para su correcto entendimiento y aplicación».

Cabe destacar que la incorporación de capítulos referentes a Buenas Prácticas Regulatorias, lejos de ser una práctica aislada, se trata de un fenómeno creciente, que se está considerando en los procesos de negociación y/o modernización de los TLC suscritos por Chile con anterioridad. En este sentido, en la negociación del acuerdo de Asociación con la Unión Europea llevado a cabo recientemente se incorporó un extenso capítulo sobre la materia. En particular, fueron incorporados elementos que sustentan reglas, procesos y procedimientos para desarrollar regulación bajo el concepto de “ciclo de la regulación”, el que envuelve una serie de prácticas positivas tales como la consulta pública, evaluación *ex ante*, acceso a las partes interesadas y evaluación *ex post* a fin de determinar si la regulación cumplió con los objetivos de política pública⁶³.

En un sentido similar, la Guía Chilena para una Buena Regulación, de la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo⁶⁴, de marzo de 2019, al referirse a la participación, dispone que *«la etapa de notificación, consulta y participación resulta imprescindible para entender las actitudes de*

⁶³ Al menos en la quinta, séptima, octava, novena y décima ronda de negociaciones fue tratado este tema. Al respecto, véase: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos/union-europea-modernizacion-del-acuerdo-de-asociacion>

⁶⁴ OFICINA DE PRODUCTIVIDAD Y EMPRENDIMIENTO NACIONAL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2019): Guía Chilena para una Buena Regulación. Disponible en: https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/Guia-Chilena-2019_25abril.pdf

los afectados ante el problema identificado y sus reacciones respecto a la propuesta regulatoria»⁶⁵ (el destacado es nuestro). Asimismo, contiene una sección dedicada a la necesidad de realizar un análisis de impacto regulatorio, destacando que permite analizar «*el impacto que tendría la propuesta y las distintas alternativas en la sociedad, considerando no sólo su impacto directo, sino que también los efectos indirectos o externalidades que trae su implementación*»⁶⁶ (el destacado es nuestro).

La OCDE, por su parte, elaboró una guía de buenas prácticas regulatorias, titulada Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria (2012)⁶⁷. En ella se recomienda a los países miembros adoptar diversos mecanismos para producir una regulación de calidad, destacando:

«Los gobiernos deben establecer una política clara a fin de identificar en qué medida será abierta y equilibrada la consulta pública que tendrá lugar sobre el desarrollo de las reglas.»⁶⁸ (el destacado es nuestro)

«Los gobiernos deben cooperar con los actores o partes interesadas en la revisión de regulaciones existentes y el desarrollo de nuevas al: (...) Consultar todos los aspectos del análisis de evaluación de impacto y hacer uso, por ejemplo, de dicha evaluación como parte del proceso de consulta;»⁶⁹ (el destacado es nuestro)

⁶⁵ Op. Cit. pág. 49.

⁶⁶ Op. Cit. pág. 53.

⁶⁷ OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

⁶⁸ Op. Cit. pág. 10

⁶⁹ Op. Cit. pág. 10

«4. Integrar la Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR) a las primeras etapas del proceso de diseño de políticas públicas para formular proyectos regulatorios nuevos. Identificar claramente las metas de política pública, y evaluar si es necesaria la regulación y de qué manera puede ser más efectiva y eficiente para alcanzar dichas metas. Tomar en cuenta los medios diferentes de la regulación y determinar la retribución de los diversos enfoques analizados para identificar el mejor»⁷⁰ (el destacado es nuestro).

Todos los pasajes anteriores constituyen tan solo unos pocos ejemplos de políticas o criterios que permiten a la autoridad arribar a una buena reglamentación, que satisfaga a los agentes del mercado y a la administración. Lo preocupante, a juicio de esta parte, es que pareciera que no se adoptó ninguno de ellos en el procedimiento de autos. Al respecto, nos concentraremos en la consulta pública y el análisis de impacto.

Sobre la consulta normativa, se puede observar que se trata de una práctica que ha sido consagrada para algunos reguladores nacionales. Por ejemplo, el artículo 20 núm. 3 de la Ley 21.000 dispone que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”) deberá «dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran (...). Dicha normativa deberá ser objeto de una consulta pública»⁷¹.

En términos similares, el artículo 6º del Código Tributario dispone que el Director del Servicio de Impuesto Internos «podrá, asimismo, disponer la consulta pública de proyectos de circulares, o instrucciones que estime pertinente», pero hace obligatorio ello cuando se trate

⁷⁰ Op. Cit. pág. 6.

⁷¹ Véase un ejemplo de esta práctica en: <https://www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/w3-article-52343.html>

de «*circulares e instrucciones que tenga por objeto interpretar con carácter general normas tributarias, o aquellas que modifiquen criterios interpretativos previos*»⁷².

En este contexto, llama la atención que el H. Tribunal haya dictado un gran número de instrucciones en la Resolución Recurrída, sin haber sometido a consulta ninguna de ellas. Y aunque ello no se encuentra establecido como obligación en el DL 211, el H. Tribunal bien podría haberlo hecho a fin de precaver la situación en la que nos encontramos hoy, en aplicación de los estándares referidos *supra* —algunos de los cuales incluso tienen rango de ley—. En tanto la dictación de ICG es una facultad administrativa, no se vislumbran motivos por los cuales el H. Tribunal no haya podido adoptar esta práctica de oficio.

Lo mismo puede decirse respecto del análisis de impacto regulatorio, punto que fue destacado por los intervinientes Flow S.A.⁷³ y Banco de Chile⁷⁴. El primero, en palabras del H. Tribunal, sostuvo que «*no existe constancia de que procesos regulatorios anteriores hayan contado con evaluación de impacto regulatorio en libre competencia, y que esta sería la oportunidad para remediarlo*»⁷⁵; Banco de Chile⁷⁶, por su parte, destacó la experiencia europea en cuanto a la necesidad de realizar este análisis.

A pesar de que el H. Tribunal constató que los intervinientes mencionados hicieron referencia a este concepto, inexplicablemente no se pronunció sobre ello en la Resolución

⁷² Véase un ejemplo de esta práctica en: <https://www.sii.cl/noticias/2020/040620noti01er.htm>

⁷³ Presentación de Flow S.A. de fojas 117 en Rol NC-474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pág. 43.

⁷⁴ Presentación de Banco de Chile de fojas 58 en Rol NC-474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pág. 9.

⁷⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág. 27.

⁷⁶ Presentación de Banco de Chile de fojas 58 en Rol NC-474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pág. 9.

Recurrida, ni siquiera para justificar por qué no resultaba necesario hacer un análisis de impacto regulatorio en este caso.

Lo expresado en esta sección refuerza la evidencia en torno a la pobre labor reglamentaria que, a juicio de esta parte, significó el procedimiento de autos que culminó con la Resolución Recurrída. En lugar de realizarse un procedimiento reglamentario moderno, con un objeto delimitado y con un foco claro, siguiendo las mejores prácticas internacionales, se optó por efectuar un procedimiento desordenado y rudimentario, que produjo los resultados que tenemos a la vista. Todo esto contribuye, a juicio de esta parte, a que la Excma. Corte Suprema se pueda formar la misma convicción que tiene esta parte en torno a que la Resolución Recurrída debe ser revocada, y que constituye una mala regulación, nacida de un procedimiento viciado.

III. VICIOS EN CUANTO AL FUNDAMENTO ECONÓMICO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

- 1) El H. TDLC no realizó un análisis para definir el mercado relevante y la dinámica competitiva en ese mercado, ni permitió un espacio de discusión y contradicción sobre el particular**

El H. TDLC basó su evaluación del poder de mercado de Mastercard y Visa en una definición estrecha del mercado de pagos. De hecho, podemos decir que el Tribunal no realizó ningún ejercicio de caracterización del mercado de pagos relevante, sino que éste fue simplemente un “supuesto dado” a lo largo del proceso, sobre el cual nunca hubo posibilidad de cuestionamiento, precisamente por haber sido establecido como “objeto” desde la Resolución de Inicio. En efecto, el H. TDLC no realizó un análisis empírico en

línea con las buenas prácticas de las autoridades regulatorias y de defensa de la competencia⁷⁷.

Con el gran avance de la tecnología, referirse en pleno año 2022 al mercado de medios de tarjeta es francamente un anacronismo injustificable. De hecho, el rol del teléfono inteligente, las aplicaciones que sobre su sistema operativo corren, y el comportamiento y expectativas del consumidor ya han llevado a una profunda transformación de la forma en que funcionan los pagos. En sí mismo, el plástico, como mecanismo de interacción física en un punto de pago, ha perdido gran relevancia en el mundo, y cada vez más ocurrirá que los consumidores paguen con su reloj, con su teléfono u otros elementos tecnológicos.

Pero no solamente el “mecanismo de interfaz” ya ofrece múltiples opciones para los consumidores y comercios, sino que los ecosistemas o “marcas”, que facilitan la interacción y hacen una gestión de asignación de los riesgos y beneficios a los diferentes participantes en la cadena, ofrecen hoy en día múltiples opciones. Entre ellas están:

- Tarjetas tradicionales, entre las cuáles se encuentran las de crédito, débito y prepago
- Nuevas marcas (ejemplos son la marca Modo en Argentina y Plin en Perú)
- Circuitos cerrados de tecnológicas (por ejemplo, Mercado Pago)
- Circuitos cerrados de entidades financieras (por ejemplo, las tarjetas de marcas comerciales como tarjeta Cruz Verde, Unipay (Unimarc), Abcdin, Cencosud, Ripley, entre otras)⁷⁸

⁷⁷ Como referencia de las buenas prácticas en esta materia, véase: NIELS, Gunnar, JENKINS, Helen, y KAVANAGH, James (2016): *Economics for Competition Lawyers*, segunda edición, Oxford University Press.

⁷⁸ Aunque algunas de estas tarjetas en un comienzo servían exclusivamente para pagar en los comercios que las emitían, paulatinamente han aumentado su aceptación en otros establecimientos.

- Sistemas de gobierno (PIX en Brasil)
- Banca abierta
- ACH con funcionalidad de interfaz de usuario para P2M
- Criptomonedas (estables)
- CBDC (por venir)
- Soluciones “Compre Ahora – Pague Después” (*Buy Now, Pay Later*)

Cómo si no fuera suficiente, dentro de este escenario ampliamente competitivo, existen aplicaciones que cumplen el rol de ser una “interfaz de usuario” que hacen la elección de cualquiera de esas opciones muy sencilla y de muy poca fricción para comercios y consumidores. Dentro de estas se encuentran soluciones como “Apple Pay, Google Pay, Samsung Pay”, entre otras.

En lugar de considerar la gama de métodos de pago que están disponibles para los consumidores chilenos, tanto para pagos electrónicos presenciales como en línea, el H. TDLC ha restringido su enfoque sólo a las tarjetas, lo que importa una visión parcial ya anunciada en la propia carátula del procedimiento. Este es un aspecto fundamental de la conclusión del H. TDLC acerca del supuesto poder de mercado significativo de las Marcas, ya que se basa en una suposición implícita y errada de que los consumidores y comercios inevitablemente tienen que usar tarjetas para realizar transacciones electrónicas.

Sin realizar un análisis empírico, el H. TDLC simplemente concluyó que no existen sustitutos cercanos a las Marcas, lo que, sin embargo, pierde relevancia si se consideran los desarrollos recientes tendientes a introducir nuevos medios de pagos digitales.

Esa afirmación del H. Tribunal es, en sí misma, una prueba fehaciente de que simplemente *no hizo el ejercicio* de estudiar cómo debe ser definido el mercado relevante. El hecho contundente e incontestable es que no existe en ninguno de los folios de este extenso proceso ningún tipo de esfuerzo, ni siquiera mínimo, para considerar cómo la gran explosión de opciones de pago que está disfrutando los consumidores, en el mundo y en la región, impacta la definición de mercado relevante que se utilizó.

La consideración de un mercado estrecho que sólo abarque tarjetas de pago resulta absolutamente anacrónica, artificial y errónea, pues la evidencia económica demuestra que existen grados de sustituibilidad importantes entre los distintos medios de pago. En efecto, el propio H. Tribunal reconoció, en su Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre Servicios Asociados a la Utilización de Tarjetas de Crédito y Débito de Aceptación Universal ("**Proposición N°19/2017**"), que, si bien existe una diferenciación entre los diversos medios de pago, ésta:

«...no obsta a que en un caso específico sometido al conocimiento de este Tribunal, el mercado relevante pueda ser definido como comprensivo de uno o más de estos bienes sustitutos imperfectos, cuestión que dependerá del grado de presión competitiva que ejerzan entre sí, lo que deberá ser analizado en cada caso»⁷⁹ (énfasis agregado).

Este análisis que, según el propio H. TDLC, debería hacerse caso a caso, se omitió por completo en la Resolución Recurrída. En efecto, el H. TDLC no consideró en su decisión que actualmente existen múltiples formas de realizar pagos por productos o servicios, los

⁷⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol ERN 20-2014, Proposición de Modificación Normativa N° 19 de 13 de enero de 2017, párrafo 197, pág. 55

cuales han ido evolucionando con rapidez en los últimos años a partir de innovaciones tecnológicas, muchas de éstas impulsadas por la pandemia de Covid-19, que desencadenó una verdadera revolución en los pagos digitales para hacer frente a su impacto.

Si bien en Chile algunos de estos sistemas están en proceso de desarrollo, su llegada y crecimiento acelerado es inminente, así como ha ocurrido en el mundo y países de la región.

Un mismo consumidor, por cierto, puede disponer de varios de estos medios de pago para realizar compras, cuestión que el H. Tribunal ignoró totalmente en sus ICG. Aunque el H. TDLC se refirió al concepto de *multi-homing* (referente a consumidores y comercios que tienen acceso a múltiples métodos de pago), al hacerlo, el H. TDLC se enfocó únicamente en un consumidor que tiene más de un tipo de tarjeta.

En cambio, el H. TDLC debería haber reconocido que el *multi-homing* ocurre cada vez más tanto dentro como entre los distintos medios de pago. En otras palabras, es cada vez más probable que un consumidor pueda pagar en una tienda con una o más tarjetas (potencialmente de diferentes marcas, incluida American Express), con efectivo y con otros sistemas que le ofrezcan conectividad para disposición de recursos con su cuenta. Este también es el caso de las transacciones en línea, donde los consumidores pueden elegir entre una gama aún más amplia de billeteras digitales (particularmente, PayPal), transferencias bancarias y pagos en efectivo basados en *vouchers*.

Asimismo, el H. TDLC no consideró ninguna de las principales tendencias que están afectando significativamente la dinámica competitiva de la industria de pagos en la actualidad, que vemos en los mercados de pagos desarrollados y también cada vez más

en América Latina. La creciente popularidad de las billeteras digitales y el desarrollo de métodos de pago instantáneos (como Pix en Brasil) aumentarán en forma inminente el *multi-homing* y conducirán a una mayor competencia entre los métodos de pago.

Además de la estrecha evaluación del mercado de pagos del H. TDLC y la ausencia de un análisis prospectivo de las tendencias del mercado⁸⁰, sus conclusiones de un poder de mercado significativo también fueron impulsadas, en parte, por el hecho de que sólo consideró una métrica única en su evaluación: las participaciones en el “mercado de tarjetas”, por parte de Visa y Mastercard. Está bien establecido por la ciencia económica que, en las redes de dos lados, como los mercados de pagos, una foto de las participaciones de mercado puede dar una visión incorrecta de la dinámica del mercado, y que es, por tanto, necesario considerar otros factores.

Este enfoque estático, que ignora la naturaleza dinámica del mercado de pagos —especialmente en la actualidad, con un alto componente de innovación—, a su vez, lleva al TDLC a ponderar erróneamente la magnitud de las externalidades de red y economías de escala y ámbito como barreras de entrada, lo cual está ampliamente debatido para los mercados digitales.

Reiteramos, la queja que levantamos ante la Resolución no se centra necesariamente en su conclusión (definir de manera estrecha el mercado relevante como el de tarjetas), sino en el hecho de que no existió siquiera un procedimiento u oportunidad de discusión sobre

⁸⁰ OCDE (2012): Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>. Al respecto recomienda «[i]ntegrar la Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR) a las primeras etapas del proceso de diseño de políticas públicas para formular proyectos regulatorios nuevos. Identificar claramente las metas de política pública, y evaluar si es necesaria la regulación y de qué manera puede ser más efectiva y eficiente para alcanzar dichas metas. Tomar en cuenta los medios diferentes de la regulación y determinar la retribución de los diversos enfoques analizados para identificar el mejor.».

la forma en que se debería definir el mercado relevante, como tampoco un análisis por parte de la autoridad. Es un yerro especialmente notorio, dado el dinamismo del mercado y la cantidad de opciones de medios de pago electrónico que existen hoy día.

Como ya indicamos, este yerro resulta en un agravio relevante para mi representada, por cuanto las ICG N°5 resultaron principalmente en una regulación de su actividad, por haber concluido el H. Tribunal que Mastercard y Visa ostentaban una posición de dominio, imputación de la que las Marcas no se pudieron defender.

2) El H. TDLC estableció normas para regular el funcionamiento del segmento de tarjetas de pago en circunstancias en que no tuvo una visión completa de las tendencias y la dinámica del mercado de pagos.

El H. Tribunal no tuvo en consideración información completa y detallada de los productos ni de los participantes que han ido entrando y actualmente están operando en el mercado, elemento esencial para evaluar las condiciones de competencia y, sobre todo, para establecer lineamientos bajo los cuales cada agente debe operar. En efecto:

- i. No se cuenta con datos oficiales de tarjetas de prepago, producto que está mostrando el mayor crecimiento actualmente dentro de las tarjetas, y que permite avanzar en la inclusión financiera.

El H. TDLC analizó el producto “tarjetas de pago”, incluyendo tarjetas de crédito, débito y prepago. Al respecto, existe información de número de tarjetas de crédito y débito, cantidad vigente, cantidad con operaciones, monto de las operaciones, tanto por emisor como por marca (información disponible en la CMF). No obstante, para el caso de tarjetas de prepago, no existen registros públicos que permitan observar estas variables.

De hecho, en su análisis de participaciones de mercado de los emisores, el H. TDLC se limitó a mencionar, sin cifras, sólo a emisores no bancarios de tarjetas de prepago, omitiendo a los emisores bancarios que han desarrollado recientemente tarjetas de prepago asociadas a cuentas digitales. Reflejo de esta falta de rigurosidad es que el H. TDLC, en su análisis de la participación de las marcas en tarjetas de prepago, señaló, sin más, que “se desconoce si existen en circulación tarjetas de prepago no vinculadas a Visa o Mastercard”⁸¹.

Tampoco se realizó intento alguno por analizar el fenómeno *multi-homing* y su impacto en las decisiones de los consumidores y comercios. Era fundamental entender, por ejemplo, cuántos consumidores tienen 3 o incluso más tarjetas de pago (entre débito, crédito y prepago), las que, además, pueden ser de diferentes marcas. Eso habría permitido realizar un análisis más certero sobre el nivel de *multi-homing* potencial en el mercado. Datos como esos son imprescindibles para iluminar la capacidad real de los comercios para direccionar con estrategias válidas como “promociones” o “medios de pago preferidos” hacia los medios de pago que les representen una mejor opción.

Si bien esta falta de información no modificaría sustancialmente la visión histórica sobre la oferta de tarjetas, sí refleja una visión incompleta de las tendencias y la dinámica que está mostrando el mercado de pagos en general, donde no sólo entrantes, sino también los actores actuales, están desarrollando nuevos productos y canales, y donde la digitalización adquiere creciente importancia. Adicionalmente, éste es evidentemente un elemento relevante para el análisis de la regla “Honour all Products”, a la que nos referiremos en detalle más adelante.

⁸¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 474-2020, Instrucciones de Carácter General N° 5 de 16 de agosto de 2022, Gráfico N° 3, pág. 58.

- ii. No se cuenta con datos oficiales de la actividad de los adquirentes o de los subadquirentes.

Los subadquirentes no sólo no están fiscalizados ni regulados como lo están los adquirentes, sino que tampoco fueron identificados por el H. TDLC al momento de evaluar la concentración de las operaciones de adquirencia o subadquirencia.

Esto refleja nuevamente la visión parcial con que cuenta al momento de analizar el mercado de manera integral, sus tendencias y perspectivas al momento de establecer normas para su funcionamiento.

Como consecuencia, se omite cualquier análisis sobre la forma en la que ha crecido la actividad de la subadquirencia en los últimos años, la que podría estar afectando el apetito de concurrencia y crecimiento de nuevos adquirentes independientes, al poder desarrollar —como reconoce el propio H. TDLC— actividades propias de la adquirencia, pero con la ventaja de no enfrentarse a las mismas exigencias regulatorias (lo que representa verdaderamente una ventaja competitiva artificial).

3) El TDLC omitió toda consideración sobre las dinámicas competitivas en la adquirencia y su posible impacto sustancial en los costos de los pagos con tarjetas y el funcionamiento del sector de pagos en general

A pesar de las reformas regulatorias que llevaron a un cambio en el panorama de los pagos con tarjeta de un modelo de tres partes —donde Transbank, propiedad de los bancos emisores, era el único adquirente en Chile— a uno de cuatro partes, con competencia entre diferentes adquirentes, el mercado de adquirencia en Chile se ha

mantenido altamente concentrado. Según los datos presentados por el TDLC, *Transbank tiene una participación de mercado de más del 85%*⁸²(con otra evidencia que sugiere que ha llegado hasta el 95,3% desde la transición a un modelo de cuatro partes)⁸³.

La competencia en el mercado de la adquirencia puede tener un impacto sustancial en el nivel de la tasa del *merchant discount* (“MDR”) y la oferta de servicios en general, y, por lo tanto, en los costos en que incurren los comercios para aceptar pagos con tarjeta. Un mercado de adquirencia más competitivo genera presión sobre los adquirentes incumbentes para que sean más eficientes en función de sus costos, reduzcan sus márgenes y mejoren la calidad del servicio, y para que innoven y desarrollen nuevos servicios. Ello pasa inadvertido por el H. Tribunal.

El ejemplo de Brasil ilustra el impacto positivo que puede tener la competencia adicional en el mercado de la adquirencia. Los datos del Banco Central de Brasil muestran que los MDR para tarjetas de crédito y débito han disminuido significativamente⁸⁴, impulsados por una mayor competencia adquirente con la entrada de nuevos actores como Stone Pagamentos y PagSeguro.

Como parte de su discusión sobre las tarifas de las Marcas⁸⁵, el H. TDLC mencionó el estudio de mercado de adquirencia realizado por el Regulador de Sistemas de Pago del

⁸² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucciones de Carácter General N°5, párrafo 69, pág. 17.

⁸³ KLAP (2021): Participación en primera audiencia ante el Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio. Disponible en: <https://ctdi.hacienda.cl/audiencias/audiencias-1>

⁸⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL (2020): Instrumentos de Pago-Datos Estadísticos 2020. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/spbadendos/InstrumentosdePagamento-DadosEstatisticos2020_v2.xlsx Apartado 3.1.

⁸⁵ Según se define este término en las Instrucciones de Carácter General N° 5 del H. Tribunal: “**Marcas de tarjetas, Marcas o Proveedores de Red:** entidades que administran servicios de red y que fijan los estándares operacionales y comerciales para el funcionamiento de su esquema de pagos con tarjeta, otorgando licencias para la emisión y adquirencia de tarjetas con su marca”.

Reino Unido (“PSR”)⁸⁶. El H. TDLC se enfocó únicamente en las referencias a las tarifas de las Marcas en este extenso estudio de mercado, y parece haber ignorado el contexto, los hallazgos y las conclusiones generales de este estudio con respecto al mercado de la adquirencia.

En efecto, como lo señalamos anteriormente, el PSR se centró en evaluar el nivel de competencia en el mercado para garantizar que los comercios pagaran una tarifa (o MDR) justa y competitiva por sus servicios de adquirencia y recibieran niveles de servicio aceptables. El informe de PSR muestra que tener un mercado adquirente competitivo y que funcione bien es importante para garantizar que los comercios tengan acceso a servicios de tarjetas de pago competitivos. Si bien constató que el mercado de la adquirencia —a diferencia de lo que ocurre en Chile— no está concentrado (en el Reino Unido, cinco adquirentes representan alrededor del 80 % del mercado en términos de número de transacciones y el 36 % en términos de número de comercios atendidos)⁸⁷ y que los comercios del Reino Unido tienen acceso a una amplia variedad de adquirentes y facilitadores de pagos, aun así decidió introducir medidas para mejorar la posición de negociación de los comercios con el objetivo de aumentar la competencia⁸⁸.

No entendemos por qué el H. TDLC se refirió al estudio de mercado de PSR, pero ignoró por completo su mensaje principal sobre la importancia de la competencia en el mercado de la adquirencia. Esto demuestra que el H. TDLC no ha sido equilibrado en su análisis.

⁸⁶ PAYMENT SYSTEMS REGULATOR (2021): Market review into card-acquiring services – Final report. Disponible en: <https://www.psr.org.uk/publications/market-reviews/mr18-1-8-card-acquiring-report-final/>.

⁸⁷ Óp. cit. págs. 28–30.

⁸⁸ Óp. cit. págs. 136–145..

Es difícil entender cómo el H. TDLC puede concluir que Visa y Mastercard tienen un poder de mercado significativo basado en un simple cálculo de participaciones de mercado (lo que lo llevó a proponer amplias restricciones a la capacidad de las Marcas de tarjetas para tomar decisiones comerciales normales), ignorando por completo, al mismo tiempo, la situación de cuasimonopolio por parte de Transbank. De hecho, es ampliamente conocida la importancia del poder negociador de la contraparte, como factor limitante del poder de mercado. Una evaluación justa y equilibrada del mercado de pagos con tarjetas ciertamente habría resultado en un análisis del mercado de la adquirencia y en consideraciones de medidas para mejorar la competencia.

IV. VICIOS EN CUANTO AL CONTENIDO DE LAS ICG N°5

Sin perjuicio de que la entidad de los vicios listados en las secciones anteriores deja de manifiesto la imperiosa necesidad de dejar sin efecto la Resolución Recurrída, a continuación, profundizaremos en ciertos aspectos de las instrucciones dictadas que —ya sea por el análisis empleado en su formulación o por su contenido— dan cuenta de errores y/u omisiones significativas que se suman a las razones por las cuales la Excma. Corte debe revocar la Resolución Recurrída.

Hacemos presente que, dada la extensión de la Resolución Recurrída, lo amplio de sus disposiciones y el breve plazo que se cuenta para formular el presente recurso, nos centraremos sólo en aquellos aspectos que son más relevantes en consideración a su impacto negativo para el mercado y nuestro ordenamiento jurídico. Reiteramos que los vicios en el proceso del cual éstas emanan y los yerros en el análisis económico que sustentarían su imposición hacen necesario que las ICG N°5 sean revocadas.

Al H. TDLC no le corresponde regular una actividad económica de manera general, restringiendo la capacidad de ciertos actores –como las Marcas– de tomar decisiones comerciales legítimas. Su potestad regulatoria debe estar limitada a resolver problemas de competencia en los mercados que analiza, por medio de un procedimiento racional y justo, que dé las garantías del debido proceso y las Buenas Prácticas Regulatorias. Si, en el marco de un proceso que cumpla con dichos estándares, no se verifican problemas a la libre competencia en los mercados analizados que deban ser solucionados mediante el uso de las potestades concebidas en el numeral 3 del artículo 18 del DL 211, cualquier regulación que emane de dicho órgano pierde legitimidad.

Lo anterior es sumamente relevante habida consideración de que una eventual infracción a dichas reglas –por las razones que sea– será considerada por las autoridades de la libre competencia como un ilícito anticompetitivo, en sí mismo, por su objeto, sin que sea necesario un análisis del impacto que genera la conducta en concreto en el mercado para evaluar su licitud.

El ordenamiento jurídico ya contempla mecanismos efectivos para prevenir, detectar y sancionar los ilícitos anticompetitivos que se pretende precaver por medio de la dictación de las instrucciones en comento. De esta manera, se tornan en redundantes y carentes de justificación las instrucciones contenidas en la Resolución Recurrída. Además, al centrarse en aspectos de libre competencia, dicha Resolución pierde de vista otros bienes jurídicos cuya tutela corresponde a los reguladores sectoriales de la industria de los medios de pago.

1) III.A.4.1. Regla de no adquirencia sin emisión o *No Acquiring Without Issuing* (NAWI)

La FNE realizó una serie de alegaciones en el proceso aduciendo que las Marcas podrían, eventualmente, imponer restricciones al desarrollo de la adquirencia al exigir condiciones arbitrarias y discriminatorias para el otorgamiento de licencias bajo el pretexto que aquello protegería el modelo de negocios de sus adquirentes licenciarios actuales.

Sin embargo, no se aportó ni un solo antecedente a lo largo del proceso que permitiese sostener que los riesgos que observó la FNE son reales, ni tampoco se demostró de qué manera mantener una conducta en los términos que describió la FNE beneficiaría a las Marcas o tendría racionalidad económica.

Todo lo contrario: **la evidencia económica sugiere que, bajo un M4P, las Marcas tienen potentes incentivos para expandir su red tanto por el lado de la emisión como por el lado de la adquirencia.** Respecto a este último punto, tal como fue sostenido a lo largo de este y otros procesos seguidos ante el H: Tribunal, el principal problema de competencia del mercado de medios de pago en Chile se verifica por la integración vertical entre Transbank –principal adquirente– y los bancos emisores, y la falta de competencia de algunos bancos emisores en la adquirencia (salvo Banco Santander, BCI y BancoEstado). Una de las formas en las que dicho problema puede ser resuelto de manera orgánica es incentivando la competencia por el lado adquirente. Así, las Marcas tienen incentivos para impulsar la punta adquirente fomentando el ingreso de nuevos actores que compitan entre sí, no sólo para desarrollar y expandir la red, sino porque con ello dichos nuevos entrantes desafían al adquirente incumbente verticalmente integrado, restándole poder de mercado.

Adicionalmente, tal como constató el H. TDLC en la Resolución Recurrída, ningún adquirente licenciario –incluyendo aquellos que ingresaron al mercado recientemente a disputar la posición de Transbank– manifestaron preocupación alguna o aportaron antecedentes respecto a que Mastercard, o las Marcas en general, impusieran requisitos arbitrarios o discriminatorios al otorgar sus licencias: *«los adquirentes que aportaron antecedentes en autos no dieron cuenta de dificultades o discriminaciones que hubieren enfrentado en el proceso de licenciamiento con las Marcas Visa o Mastercard, relativos a dilaciones o requisitos arbitrarios»*⁸⁹.

Pese a todo lo anterior, sin que conste evidencia fáctica o económica que dé cuenta de un riesgo verificable, el H. TDLC resolvió regular este aspecto del mercado, reiterando la prohibición de la regla NAWI –ya obsoleta bajo el M4P– y estableciendo una serie de obligaciones a las Marcas en relación con el otorgamiento de licencias de adquirencia.

«(a) Las Marcas deberán explicitar en sus reglas la prohibición de la regla NAWI en Chile, esto es, que para otorgar una licencia de adquirencia, no pueden exigir el desarrollo del giro de emisión o haber emitido al menos una cierta cantidad de tarjetas antes de poder ser adquirente.

(b) Las Marcas que gocen de una posición dominante, según se indica en el acápite D, sección 3, deberán aplicar condiciones públicas, objetivas y no discriminatorias en la evaluación de las solicitudes de licencia que reciban. Dichas Marcas deberán enviar a la FNE todas las solicitudes de contratos de

⁸⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 177, pág 94.

licenciamiento adquirente que reciban, en un plazo de 15 días hábiles contados a partir de su recepción»⁹⁰.

Como bien señaló el H. TDLC en la Resolución Recurrída, Mastercard no sólo asume que no cabe aplicar la regla “NAWI” (*Not Acquiring Without Issuing*), **sino que está en contra de su aplicación considerando la importancia que tiene el fomentar la competencia por el lado de la adquirencia por las razones expuestas.**

Mastercard no aplica la regla NAWI *de facto*, ni la permite dentro de su modelo de negocios al alero del M4P. Dicha regla genera restricciones al desarrollo de la adquirencia que resultan contrarias a las pretensiones de mi representada.

Por otro lado, **las instrucciones impuestas por el H. TDLC con relación al otorgamiento de licencias por las Marcas no tienen, como se mencionó, fundamento alguno.** Las obligaciones impuestas generan barreras y costos administrativos que restringen la libertad económica de mi representada sin razón y le causan agravio, considerando que las reglas y principios generales de libre competencia deben ser siempre observados. El ordenamiento jurídico dota a las autoridades y potenciales afectados de medios eficaces para la tutela de sus derechos y el restablecimiento del imperio del derecho y la libre competencia en caso de que, en el marco de la relación Marca-licenciatarío, se desarrollen conductas anticompetitivas.

Por último, cabe señalar que la motivación de esta regla parte de la idea equivocada de que los adquirentes que negocian con las Marcas el otorgamiento de licencias son *tomadores de precio*. Por el contrario, la evidencia económica y fáctica demuestra que, tanto

⁹⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General N°. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág 178.

en Chile como en cualquier mercado, son contrapartes sofisticadas, con poder de negociación y capacidad de hacer valer sus derechos en el caso de que consideren que un tercero está abusando de ellos –tengan o no razón–.

Adicionalmente, la existencia de medios electrónicos de pago alternativos hace evidente, hoy en día, que los adquirentes tienen amplia capacidad de ofrecer otros tipos de medios de pago a sus comercios, tendencia que se está profundizando cada vez más.

Así, queda en evidencia que las instrucciones contenidas en la sección III.A.4.1. letra a) y b) carecen de fundamento y deben ser revocadas.

2) III.A.4.2 No discriminación o recargo (*no surcharge rule*)

Otra regla respecto de la cual las Marcas han sido criticadas es la denominada NSR o “regla de no recargo”. Conforme a esta regla, el precio ofertado no debe ser recargado/aumentado en función del medio de pago elegido. Así, se garantiza la igualdad de trato para los distintos medios de pago que puede elegir un consumidor y evita generar distorsiones y señales erróneas de precios a los consumidores o tarjetahabientes.

Las reglas de no recargo que existen en los esquemas de franquicia de tarjetas de pago abiertos, como el de Mastercard, buscan promover el uso de medios de pagos electrónicos, evitar discriminaciones entre los mismos, desincentivar el cobro excesivo a los tarjetahabientes y proporcionar transparencia, confianza y seguridad a los tarjetahabientes.

Entendemos el razonamiento que existe detrás de las críticas a esta regla. La distribución del costo que implica para el comercio el aceptar tarjetas de pago (que viene a estar representado por el *merchant discount*) entre los diferentes medios de pago que éste acepta (el efectivo, por ejemplo) pareciera ser algo injusta. Sin embargo, no lo es. El uso de efectivo trae aparejado altos costos implícitos tanto para los comercios como para los consumidores. La ausencia de esta regla propugnaría una discriminación en contra de las transacciones con tarjetas, pues los consumidores y comercios tenderían a tener en consideración sólo el ahorro explícito que representaría el uso del efectivo, sin tener en cuenta el costo implícito que su decisión acarrea.

Para los comercios, el efectivo implica la carga de administrarlo: debe almacenarse, protegerse y contabilizarse. El efectivo es difícil de transportar y es intrínsecamente inseguro. Este costo es soportado de manera desproporcionada por los pequeños comercios que no pueden pagar servicios sofisticados de seguridad y transporte de efectivo.

Sin embargo, el mayor costo es para la sociedad y sus gobiernos en términos de evasión tributaria, fomento de la ilegalidad y la informalidad, facilitación de la corrupción, exclusión financiera, dificultad para el crecimiento económico, entre otros, costos que nuevamente recaen desproporcionadamente en la población de menores ingresos⁹¹.

Por tal motivo, en el contexto actual, una medida que parezca favorecer el uso del efectivo sobre los pagos electrónicos (el efecto esperable con la eliminación de la regla NSR) conducirá a un resultado contrario al buscado en el presente procedimiento.

⁹¹ Véase OXERA (2020) The Economics of Consumer Card Interchange Fees. pág. 13 y ss. En esa sección constan los diversos costos asociados al procesamiento del efectivo.

Mientras que los beneficios de adoptar o mantener la regla de NSR están bien detallados en la academia –el H. TDLC ha trabajado, en parte, sobre lo escrito en ese sentido–, el H. TDLC soslaya el riesgo asociado a permitir recargos, que genera grandes obstáculos al uso de tarjetas de pago y la adopción y desarrollo de medios de pago electrónicos (tal como fuera identificado en artículos académicos como el de Wright (2003)⁹²). Tal como explican las fuentes académicas, cuando se autorizó a comercios a aplicar recargos, el recargo resultó ser excesivo, resultando en una reducción significativa en la adopción y uso de tarjetas de pago⁹³.

Cabe señalar que los mismos artículos académicos que cita el H. TDLC (Bolt et al. (2010) y Bourguignon et al. (2018)), **también concluyen claramente que la eliminación de la regla NSR conduce a recargar el precio del uso de tarjetas, en lugar de otorgar descuentos reales a los usuarios de tarjetas.**

En ese sentido, existe un riesgo significativo en que la eliminación de la regla de NSR impedirá la migración del uso de efectivo al de tarjetas de pago, lo que sin duda traerá un efecto negativo en una economía en vías de desarrollo con claras oportunidades de mayor inclusión financiera, como la de Chile.

⁹² WRIGHT, Julian (2003): Optimal card payment systems, *European Economic Review*, Volumen 47, Issue 4. págs. 587-612.

⁹³ WRIGHT (2003) explica lo siguiente: “A pesar de que los comercios valoran tener tarjetahabientes, cada comercio individualmente considera a la cantidad de tarjetahabientes como si fuera un número dado, creyendo que su propia contribución al sistema tendrá un efecto insignificante en la decisión de un cliente potencial. Como los comercios desconocen el efecto que su propia discriminación en el precio produce en la decisión del consumidor en adoptar la red de tarjetas, recargan demasiado, resultando en una cantidad demasiado pequeña de tarjetahabientes desde la perspectiva de las redes de tarjetas y de quienes realizan la planificación social.” La regla de NSR previene la ocurrencia de este comportamiento parasitario del comercio (*free-riding*).

Asimismo, en la instrucción del H. TDLC respecto a esta regla permea la suposición implícita de que los límites temporales actuales a las tasas de intercambio son aún altos, o que, si se fijan utilizando determinada metodología, existirían “holguras”. Ante todo, nos llama profundamente la atención que el H. TDLC se refiera a la labor del CTdI en los términos de la Resolución Recurrída, pues es dicha institución la que tiene la competencia para fijar los límites a las tasas de intercambio de acuerdo con la metodología que mejor le parezca para el cumplimiento de sus fines, siendo estos el «*establecer condiciones tarifarias orientadas a la existencia de un mercado de tarjetas competitivo, inclusivo, transparente y con fuerte penetración, y que asimismo considere el resguardo del eficiente y seguro funcionamiento del sistema de pagos minoristas*»⁹⁴. **Como queda de manifiesto y se reitera a lo largo de esta presentación, si bien el resguardo y promoción a la libre competencia deben ser considerados, existen otros bienes jurídicos que deben ser tutelados, como el seguro y eficiente funcionamiento del sistema de pagos.**

Además, dado que el CTdI ya ha anunciado que próximamente fijará los límites definitivos a las tasas de intercambio, la decisión del H. TDLC de eliminar temporalmente la regla de NSR sería innecesariamente disruptiva y traería, sin duda, un riesgo significativo en un momento crítico del desarrollo de la industria de medios de pagos en Chile.

Luego, cabe también citar las conclusiones del estudio de mercado realizado por las autoridades de libre competencia peruanas relativas a los servicios de pagos con tarjetas, en donde se refieren en particular a la regla NSR⁹⁵. Al respecto, enfatizamos en que,

⁹⁴ Ley Núm. 21.365, artículo 3°, inciso 2°.

⁹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (2021): Estudio de mercado sobre los servicios de pagos con tarjetas en Perú. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+de+Mercado+de+los+Servicios+de+Tarjetas+de+Pago/0e3c7847-00de-ab5c-ec0d-dfbbf1bae458>.

sopesando los elementos a que se hacen mención en esta sección, dicha autoridad está por considerar que la regla NSR no causa mayores distorsiones, ya que los efectos negativos en los que enfatiza el H. TDLC son morigerados por la habilidad de los comercios de realizar descuentos (lo que se verifica en también en Chile) y por el riesgo de que se recargue en exceso a los consumidores, no recomendando, en definitiva, la prohibición de la regla NSR:

«En conclusión, la prohibición de imponer la regla de no recargo podría incrementar la intensidad competitiva entre distintos medios de pagos al permitir al comercio incentivar el uso del medio de pago más eficiente, sin embargo, dicha regla también puede tener impactos no deseados como los cargos excesivos a los consumidores. Al respecto, en la actualidad las marcas permiten que los comercios realicen descuentos por el uso de otros medios de pago, siendo un mecanismo mediante el cual los comercios pueden direccionar el uso de determinados medios de pago y así incentivar la competencia entre medios de pago»⁹⁶.

En definitiva, en virtud de las consideraciones expuestas, se hace necesario revocar las instrucciones contenidas en la sección III.A.4.2. de la Resolución Recurrída.

3) III.A.4.3 Regla *honor all cards* (HAC) y, en particular, *honor all products* (HaP)

Una de las instrucciones que más impactos negativos genera para el desarrollo del mercado de los medios de pago y la inclusión financiera en Chile es la prohibición de la

⁹⁶ Óp. cit., pág. 125.

regla “Honor all Products” (regla HaP), variante de la Regla “Honor all Cards” (regla HaC).

A modo de contexto, y para entender la relevancia de la regla HaP –en virtud de la cual los comercios se encuentran obligados a aceptar todos los productos o distintos tipos de tarjeta que ofrezca una Marca (V.gr. crédito, débito y prepago)–, cabe señalar que ciertas cadenas de comercio –como Walmart–, se han negado a cumplir con esta regla, por la vía de no aceptar como medio de pago a las tarjetas de prepago, aduciendo que el supuesto costo de su aceptación sería mayor al que el del efectivo, y argumentando 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*»⁹⁷⁻⁹⁸.

En la práctica, este incumplimiento de la regla HaP por parte de algunos comercios ha impedido a emisores no bancarios (como las cajas de compensación) —e impide a futuros *fintechs* emisores— lograr la completa aceptación de sus tarjetas de pago, debilitando, por tanto, el atractivo de sus productos, el grado de competencia que pueden imprimir –bajo una perspectiva actual y futura, una vez que su producto se desarrolle–, y la potencial labor de inclusión financiera que podrían llevar adelante.

Pese a lo anterior, el H. TDLC decidió regular el mercado y prohibir la regla HaP en sus ICG N°5:

⁹⁷ Presentaciones de Walmart Chile S.A. de fojas 77, 277 y 359 en Rol NC 474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁹⁸ Presentación de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 99 en Rol NC 474-2020 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

«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»⁹⁹.

Consideramos que el H. TDLC se equivoca y no sopesa adecuadamente los riesgos asociados a la implementación de la regla HaP (supuesta “venta atada”) frente a los enormes beneficios que su aplicación reporta para el desarrollo de la inclusión financiera y la competencia en el mercado de los medios de pago. Los errores del H. Tribunal en este sentido son fundamentalmente dos, según desarrollaremos a continuación.

a. El H. TDLC no analizó los costos para los comercios de aceptar diferentes tipos de pago

El primer error fundamental que subyace a las conclusiones del H. TDLC en cuanto a la regla HaP consiste en no haber analizado los costos para los comercios de aceptar diferentes tipos de pago, haciendo suposiciones incorrectas sobre los costos del efectivo y las tarjetas.

En efecto, una suposición que sustenta el análisis y las conclusiones a las que llegó el TDLC es que los pagos con tarjeta son más costosos de aceptar para los comercios que el efectivo y que, por lo tanto, los comercios siempre preferirían aceptar efectivo. Esto se debe a la falta de una investigación informada sobre los factores determinantes de los costos para los distintos tipos de pago y cómo éstos difieren según el tamaño del comercio.

⁹⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 474-2020, Instrucciones de Carácter General N°5 de fecha de agosto de 2022, pág. 179.

El H. TDLC no consideró ni analizó la extensa literatura sobre el costo de aceptación de pagos, producida principalmente por bancos centrales y académicos en varios mercados de pagos desarrollados¹⁰⁰. Estos estudios muestran que los costos de aceptar efectivo son sustanciales: estos costos consisten en varios elementos que incluyen el tiempo que se tarda en la caja registradora para contar el efectivo y el cambio que se va a dar; los costos de mano de obra asociados con el procesamiento del efectivo al final del día; los gastos incurridos con el transporte del efectivo al banco; los costos asociados con seguridad y prevención de robos en la tienda, etc.

Si el H. TDLC hubiera revisado la literatura sobre los costos de aceptar diferentes tipos de pagos, también habría entendido que el costo de aceptar tarjetas se ha reducido con el tiempo. Por ejemplo, la introducción de la tecnología sin contacto (*contactless*) ha reducido significativamente el costo de la aceptación de la tarjeta al reducir el tiempo de pago que se toma en la caja para procesarla; al no tener que insertar una tarjeta en la terminal POS y escribir el código PIN, se reduce el tiempo de pago¹⁰¹. Por otro lado, el costo de aceptar

¹⁰⁰Los estudios incluyen: SCHMIEDEL, Heiko, KOSTOVA, Gergana y RUTTENBERG, Weibe (2012): The social and private costs of retail payment instruments – a European perspective. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp137.pdf>; DANMARKS NATIONALBANK (2012): Costs of Payments in Denmark, Disponible en: https://www.nationalbanken.dk/en/publications/Documents/2012/04/betaling_engelsk_samlet_web.pdf; SEGENDORF, Bjorn, y JANSSON, Thomas (2012): The cost of consumer payments in Sweden. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2092577#:~:text=We%20estimate%20the%20social%20and,EUR%2042.37%20\(SEK%20450\)](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2092577#:~:text=We%20estimate%20the%20social%20and,EUR%2042.37%20(SEK%20450)); JONKER, Nicole (2013): Social Costs of POS Payments in the Netherlands 2002-2012: Efficiency Gains From Increased Debit Card Usage. Disponible en: <https://ideas.repec.org/p/dnb/dnbocs/1102.html>; NORGES BANK (2014): Costs in the Norwegian Payment System; STEWART, Chris, CHAN, Iris, OSSOLINSKI, Crystal, HALPERIN, David, and RYAN, Paul (2014): The Evolution of Payment Costs in Australia. Disponible: <https://www.rba.gov.au/publications/rdp/2014/pdf/rdp2014-14.pdf>; KOSSE, Anneke, CHEN, Heng, FELT, Marie-Helene, JIONGO, Valéry Dongmo, NIELD, Kerry, y WELTE, Angelika. (2017): The costs of point-of-sale payments in Canada. Disponible en: <https://www.bankofcanada.ca/2017/03/staff-discussion-paper-2017-4/>.

¹⁰¹Véase: STEWART, Chris, CHAN, Iris, OSSOLINSKI, Crystal, HALPERIN, David, and RYAN, Paul (2014): The Evolution of Payment Costs in Australia. Disponible: <https://www.rba.gov.au/publications/rdp/2014/pdf/rdp2014-14.pdf>; KOSSE, Anneke, CHEN, Heng, FELT, Marie-Helene, JIONGO, Valéry Dongmo, NIELD, Kerry, y WELTE, Angelika. (2017): The costs of point-of-sale payments in Canada. Disponible en: <https://www.bankofcanada.ca/2017/03/staff-discussion-paper-2017-4/>;

efectivo ha tendido a aumentar con el tiempo como resultado de aumentos en los costos laborales, en los costos de transporte y en la tecnología de seguridad y prevención de robos.

Esta errónea suposición con respecto al costo de la aceptación del pago es fundamental para la visión del H. TDLC de que la regla HaP debe prohibirse. La idea de que los comercios nunca estarían dispuestos a aceptar una tarjeta de prepago porque supuestamente su costo es significativamente más alto que la aceptación del efectivo ha contribuido a la opinión del H. TDLC de que la regla HaP lleva a una aceptación conjunta o “forzada”. Las suposiciones del H. TDLC acerca de que los costos de las tarjetas de prepago son más altos que los costos del efectivo no están respaldados por ninguna evidencia: nuevamente, el H. TDLC no ha revisado la extensa literatura que incluye varios estudios de bancos centrales sobre este tema.

Un punto importante desde la perspectiva de la inclusión financiera es que el H. TDLC no tuvo en cuenta que aceptar pagos en efectivo puede ser todavía más costoso para los micro y pequeños comercios. Estos son los tipos de empresas que tienen más probabilidades de atender a clientes que pueden no tener acceso a servicios bancarios y que, por lo tanto, es más probable que tengan una tarjeta de prepago. La eliminación de la regla HaP puede reducir la aceptación de tarjetas de prepago y perpetuar la gran proporción de pagos en efectivo que reciben estos comercios, mientras que una transición progresiva a los pagos con tarjeta sería más eficiente, barata y segura.

CABINAKOVA, Johana, KNUMANN, Fabio, y HORST, Frank (2019): The costs of cash payments in the retail sector – study to determine and evaluate the costs arising from cash payments in the retail sector. Disponible en: <https://www.bundesbank.de/en/publications/reports/studies/the-costs-of-cash-payments-in-the-retail-sector-808970>.

b. El H. TDLC no evaluó correctamente el rol positivo que pueden jugar las tarjetas prepago en Chile

Por otra parte, en su evaluación de la regla HaC y, en particular, el aspecto de “Honour all Products”, el H. TDLC analizó algunos factores a favor y en contra de mantener la regla HaP y agregar las tarjetas de prepago a la actual oferta de tarjetas de débito y crédito.

Si bien el H. TDLC reconoció correctamente que las tarjetas prepago pueden tener un impacto positivo sustancial en la inclusión financiera, la innovación y la competencia, y que la eliminación de la regla HaP puede crear confusión para los tarjetahabientes en el punto de venta, concluyó que estos argumentos no eran lo suficientemente fuertes para justificar el mantenimiento de la regla. Esta conclusión se debió principalmente a la suposición incorrecta del H. TDLC de que los pagos con tarjeta siempre son más costosos de aceptar que los pagos en efectivo.

Como se explicó anteriormente, el H. TDLC se equivoca al suponer que los pagos en efectivo son más baratos para los comercios que las tarjetas. Además, es importante volver a enfatizar el papel que pueden desempeñar las tarjetas de prepago en el logro de objetivos políticos clave para Chile, como mejorar la inclusión financiera, reducir el tamaño de la economía informal y aumentar la competencia, la innovación, y mejorar la recaudación impositiva.

A esto se agrega la falta de información con la que cuenta el H. TDLC para su análisis del uso de tarjetas, en particular de prepago, producto de lo cual parece no haber evaluado correctamente la tendencia a un uso creciente de las tarjetas de prepago, sobre todo en

canales digitales, y que estaría revelando la disposición a usar y aceptar dicho medio de pago.

El caso de Brasil es particularmente útil cuando se considera el impacto que pueden tener las tarjetas de prepago. Al igual que en Chile, las tarjetas de prepago son un fenómeno relativamente reciente en Brasil, y su emisión era realizada principalmente por *fintechs* y otras empresas de servicios financieros no bancarios que no tenían licencia bancaria. El emisor de tarjetas prepago más grande de Brasil es Nubank, que ingresó al mercado ofreciendo una nueva propuesta de servicio a segmentos del mercado brasileño que anteriormente no habían sido el objetivo de los cinco bancos establecidos más grandes. Según estimaciones de Nubank, ésta brindó servicios bancarios por primera vez a 3,8 millones de brasileños¹⁰².

El Banco Central de Brasil reconoció el importante papel que jugaron *fintechs* como Nubank y proveedores de servicios de pago como Stone Pagamentos y PagSeguro en la promoción de la inclusión financiera¹⁰³. Si bien la tasa de informalidad económica es menor en Chile y la proporción de población bancarizada es mayor que en Brasil, el impacto de la emisión de prepago será importante de todas maneras.

Otro punto que debe ser analizado respecto a la eventual prohibición de la regla HaP es que aquello genera un impacto en relación con la determinación de los límites para las tasas de intercambio, cuestión que es de competencia del CTdI. **Cualquier determinación**

¹⁰² NUBANK (2021): Nota Técnica I – Impacto do Nubank na inclusão e educação financeira dos brasileiros. Disponible en: https://blog.nubank.com.br/wp-content/uploads/2021/10/NU-Financial-Inclusion_Impact-Report_v23.pdf. pág. 11.

¹⁰³ BANCO CENTRAL DO BRASIL (2021): Relatório de Cidadania Financeira, 2021. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Apartado 3, pág. 107 y ss

que se tome a este respecto debiese ser coordinado con dicha institución. Sin embargo, en el presente proceso no se tuvo la deferencia de oficiar a dicho organismo.

Finalmente, cabe agregar que, según destacó el Ministro Barahona en su prevención, el desarrollo de las tarjetas de prepago ha sido objeto de preocupación de parte del BCCh. Dicha institución ha considerado la importancia de la regla HaC y HaP según quedó en evidencia en el mismo proceso: *«para la debida implementación de las tarjetas de prepago (...) se hace urgente que todos los actores involucrados realicen el máximo esfuerzo para asegurar que la cobertura de su operación y procesamiento se extienda a la totalidad de comercios afiliados a sus redes, utilizando todos los medios disponibles al efecto, ya sean de carácter presencial o remotos»* (Oficio N°548 de 29 de marzo de 2019, dirigido al Banco Santander, mencionado en el aporte de antecedentes de este banco, folio 56). En este oficio, el BCCh también reiteró que las normas financieras (Capítulo III.J del CNF) *«no contienen ninguna norma que limite el alcance de las reglas de aceptación universal establecidas por las marcas internacionales (...); y que «no se aprecia la existencia de incompatibilidad alguna entre la normativa del BCCH y la regla Honor All Cards».*

En conclusión, y tal como señaló el Ministro Barahona en su voto de prevención, en el procedimiento que dio origen a las ICG N°5, no se dieron *«argumentos suficientes para restringir el efecto de aceptación universal del producto tarjeta de pago con provisión de fondos».*

Por las razones antes expuestas, esta parte solicita respetuosamente a la Excma. Corte Suprema que resuelva eliminar la instrucción relativa a la prohibición a la regla HaP, establecida en la sección **III.A.4.3.** de la Resolución Recurrída, debido a su manifiesta falta de fundamento. Dicha instrucción afecta a mi representada, por cuanto interesa a Mastercard, en cuanto proveedor de un esquema de tarjetas, incentivar la competencia

entre los emisores de los distintos tipos de tarjetas de pago y fomentar la inclusión financiera en todos los países en que opera.

4) III.A.4.4 Reglas de las Marcas aplicables a PSP

a. Flujo de información

Un punto controversial respecto al cual el H. TDLC invade el perímetro regulatorio de las autoridades sectoriales y pone en riesgo la universalidad, seguridad e interoperabilidad de las redes de Tarjetas de Pago consiste en la regulación de la información que los adquirentes tienen permitido exigir respecto a los PSP, y que, por consiguiente, las Marcas pueden requerir respecto de tales PSP a sus adquirentes licenciatarios:

«- Los operadores, en los términos indicados en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central, solo podrán exigir a los PSP la información que se indica en la normativa sectorial aplicable, esto es, aquella información que revista el carácter de “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias.

- Las Marcas deberán modificar sus reglas de manera de que sean coherentes con el punto anterior»¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General N°. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág 180.

Esta regla es sumamente perjudicial para los consumidores y los comercios que utilizan las redes de pago que ofrecen las Marcas internacionales, dado que impide o dificulta el establecimiento de criterios universales respecto a la información que los adquirentes –y PSP– deben suministrar a la red para su correcto funcionamiento, tanto desde una perspectiva de seguridad como por el lado de interoperabilidad. Más aún si se considera que (tal como la propia Resolución Recurrída reconoce) existen aspectos del mercado en materias técnicas y de seguridad que aún no han sido reguladas –actividad de los PSP– y que, por lo tanto, las reglas de las Marcas permiten suplir.

En primer lugar, cabe señalar que el entregar «*la información “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias*» locales es el estándar legal mínimo que debe siempre observarse. Pero, aquello no obsta a que los diferentes actores que participan en el mercado de medios de pago puedan solicitar información adicional a efectos de implementar estándares más estrictos de seguridad, prevención de fraudes, lavado de activos y financiamiento del terrorismo (“LAFT”) y debida diligencia y conocimiento del cliente (“DDC”), siempre actuando al alero de la normativa sectorial aplicable¹⁰⁵.

¿Por qué restringir esta posibilidad sin que existan razones de peso para aplicar esta restricción a los flujos de información? ¿Cuántos casos de uso indebido de información comercial sensible ha detectado y sancionado la autoridad en la industria de los medios de pago? ¿Por qué la tutela al riesgo a una eventual afectación a la libre competencia debe primar por sobre la prevención de otros riesgos que pueden afectar a bienes jurídicos tanto o más importantes que la libre competencia?

¹⁰⁵ Aquello, en conformidad con el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del BCCh implica, para el caso de las marcas, definir la información que se debe entregar bajo condiciones generales, objetivas y no discriminatorias.

Restringir los flujos de información es desmedido y una afectación a la competencia en los mercados de los medios de pago. La propuesta de valor de Mastercard es ofrecer una red universal, que dé mayores garantías de seguridad e interoperabilidad frente a los sistemas competidores. Aquello puede implicar el exigir más información que la “estrictamente necesaria” que exige el regulador local. Las tarjetas Mastercard compiten con otros medios de pago respecto a este atributo, el cual es altamente valorado por comercios y consumidores.

De hecho, los sistemas modernos de autenticación en línea se basan en sistemas innovadores que implican, por ejemplo, la creación de tokens de un solo uso o de uso para un solo comercio, que reemplazan el número PAN (cifra de 16 dígitos en las tarjetas), para reducir el impacto de cualquier evento de compromiso de la data. Estas mejoras enriquecen la experiencia del consumidor porque reducen la fricción en los procesos de autorización, reduciendo la probabilidad de “falsos negativos”. Otro caso que podemos citar es el uso de más datos, como, por ejemplo, aquellos asociados a la “autenticación biométrica pasiva”. Esto implica, por ejemplo, tener la posibilidad de incorporar, dentro del algoritmo que califica la probabilidad de riesgo de una transacción, elementos como el lugar en el que se encuentra un comercio, o comercios en los cuales se hayan hecho transacciones previas durante un periodo determinado, por ejemplo, la última semana.

Toda la capacidad de mejorar la gestión de riesgos y la experiencia de los usuarios –que, por lo demás, impacta positivamente en mayores ventas a los comercios– se vería severamente impactada si las Marcas y sistemas de pago quedasen absolutamente atados de manos para innovar, bajo el principio de que sólo puede exigirse lo “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias del regulador sectorial, sin dejar espacio para mejorar la calidad de los sistemas, lo cual requiere siempre una gestión de información que va más allá del mínimo regulatorio.

En segundo lugar, esta regla es sumamente perjudicial para cualquier actor de la industria de los medios de pagos cuya actividad tenga alcance extraterritorial y requiera, por ello, cumplir no sólo con los mínimos exigibles requeridos por un regulador, sino por distintas autoridades en distintas jurisdicciones. Cabe señalar que Mastercard es una Marca mundial de aceptación universal que opera y conecta a comercios y consumidores en más de 210 países. Para lograr aquello, se requiere generar estándares universales. El supeditar la información que Mastercard puede requerir a lo “estrictamente indispensable” puede significar un desalineamiento de dichos estándares, afectando la interoperabilidad y universalidad de su red, y reduciendo así el valor que ésta genera a sus usuarios.

Es del caso mencionar que Mastercard, al ser un actor internacional, no sólo debe velar por cumplir con las exigencias regulatorias en Chile, sino que en todos y cada uno de los países en los que opera. Al respecto, cabe destacar que no necesariamente las operaciones que se intermedian por su red ocurren en Chile, sino que muchas de ellas son transfronterizas o internacionales. Cuando ello ocurre, la autoridad del país extranjero respectivo también exige, respecto de dicha operación, el cumplimiento de determinados estándares que pueden o no estar alineados con los exigidos por las autoridades en Chile. De dicha manera, la instrucción en comento genera el sin sentido de supeditar el cumplimiento de la normativa extranjera al estándar que fija la autoridad de libre competencia en Chile.

En cuarto lugar, el criterio que establece el H. TDLC es impreciso y genera incertidumbre respecto de qué se entiende por “estrictamente indispensable”. Más, si se toma en

consideración que en varias de las normas a las que esta instrucción estaría aludiendo se establecen conceptos jurídicos indeterminados¹⁰⁶.

Las Reglas Mastercard establecen, bajo criterios públicos, objetivos, generales y no discriminatorios, la información que los actores que participan en la red deben suministrar a ésta. No se comprenden las razones por las cuales debe supeditarse aquello a criterios que no quedan claros, generando los problemas a los que nos hemos referido y falta de certeza. En particular, la Resolución Recurrída no indica cómo las exigencias de información de las Marcas podrían afectar la competencia en los mercados.

Por las razones expuestas, queda de manifiesto que las instrucciones contenidas en la sección III.A.4.4. (a) deben ser revocadas, para permitir que las Marcas puedan exigir información a cualquier actor que interactúa en su red bajo criterios públicos, objetivos, generales y no discriminatorios, siempre velando por resguardar la información confidencialmente sensible a la que se tenga acceso no sea difundida ni mal utilizada.

b. Reglas que imponen el traspaso de clientes del PSP al operador

Por otro lado, respecto a las reglas establecidas en la sección III.A.4.4. (c), cabe señalar que su establecimiento pone de manifiesto la falta de conocimiento acabado de la industria por parte del H. Tribunal al momento de regular. En este sentido, el H. TDLC establece que las Marcas deben adecuar el umbral que gatilla la obligación de que un PSP traspase clientes a un operador en conformidad a la regulación sectorial chilena, sin que la autoridad sectorial haya fijado umbral alguno al que deba sujetarse tal regla, tal como

¹⁰⁶ BANCO CENTRAL DE CHILE (2018): Compendio de Normas Financieras, Capítulo III.J.2. Disponible en: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/normativas/compendio-de-normas-financieras>

lo reconoce –inexplicablemente– el propio H. TDLC, quitando toda razonabilidad a la norma en comento¹⁰⁷:

«Las Marcas deberán adecuar a la regulación sectorial chilena los umbrales que gatillan la obligación de que un PSP traspase clientes a un operador, en un plazo de 30 días hábiles».

En primer lugar, es fundamental aclarar que mi representada no cuenta con ninguna norma que gatille la obligación de que un PSP necesariamente traspase clientes a un adquirente, por lo cual vemos que acá existe cierta confusión y desconocimiento al respecto. Nuevamente, se ha regulado sin contar con todos los antecedentes–.

Lo que en realidad existe es una norma de Mastercard que busca un principio muy similar al de la regulación sectorial, y que consiste en que, cuando el volumen agregado del flujo gestionado a través de un PSP llegue a determinados niveles (lo cual implica una mayor concentración de riesgo para el ecosistema), entonces tal entidad debe asumir en propiedad las obligaciones y cargas que resultan apropiadas dado su crecimiento o el de sus clientes.

Así, pues, lo natural en este caso es que el PSP adopte las medidas para “graduarse” y convertirse propiamente en un adquirente. Como señalamos, lo natural es que, en la medida en que el PSP crezca y alcance ciertos hitos, haga su transición hacia ser un

¹⁰⁷ «A diferencia de lo que señalan las reglas de las Marcas, el regulador no ha establecido una obligación que atañe a los PSP consistente en traspasar clientes a los operadores, sino que el regulador es más “laxo” en cuanto a las funciones que pueden desempeñar los PSPs en algunos casos».

adquirente en pleno derecho. Precisamos que la norma en comento se refiere a la Mastercard Rule 7.8¹⁰⁸.

Dicha regla establece un límite objetivo bajo el cual Mastercard estima que el volumen transaccional del comercio amerita una revisión, para que ese PSP se vincule directamente con Mastercard como adquirente. Ello, teniendo en cuenta el riesgo que representa para la red y la cadena de pagos el hecho de que un comercio con un alto volumen de transacciones esté afiliado a un PSP, habida consideración de las menores exigencias regulatorias bajo las que éstos operan y sobre los cuales Mastercard no tiene control directo, dado que los PSP no son licenciatarios.

Este es, sin duda, otro elemento de la arquitectura de mercado que es positivo para que, progresivamente, el adquirente monopólico o cuasimonopólico (actualmente, Transbank) disminuya su poder de mercado, pues genera, entre otros, incentivos para que los PSP pasen a ser adquirentes, además de velar por la seguridad y robustez de la red de pagos.

Por otro lado, cabe señalar que, recientemente, Mastercard realizó una modificación a esta regla (Mastercard Rule 7.8), por la cual: (i) eleva el gatillo del umbral de volumen transaccional anual por comercio a USD \$10 millones (anteriormente, era USD \$1 millón); y, (ii) por encima de ese monto, igualmente permite la continuidad de la relación directa entre el PSP y el comercio en cuestión, siempre y cuando el PSP se vincule directamente a Mastercard bajo la figura de un *Network Enablement Partner* (“NEP”), es decir, sin necesidad de convertirse en adquirente o de desvincular al comercio. Dicho cambio ya

¹⁰⁸ MASTERCARD INTERNATIONAL INCORPORATED (2022) Mastercard Rules. Disponible en: <https://www.mastercard.us/content/dam/public/mastercardcom/na/global-site/documents/mastercard-rules.pdf>

fue comunicado debidamente a los licenciarios de Mastercard por el boletín AN 6398, el cual actualmente se encuentra en período de transición y entrará en vigencia plena el 7 de diciembre de 2022.

Adicionalmente, llama profundamente la atención que el H. TDLC, sin ninguna deferencia al regulador sectorial, imponga obligaciones y parámetros a los que deben sujetarse los mecanismos que emplean las Marcas y adquirentes para mitigar riesgos en la cadena de pagos.

Vale decir, la autoridad de libre competencia decide regular de manera general una industria supeditando la tutela de un bien jurídico tan importante para la economía y el bienestar nacional como el adecuado y eficiente funcionamiento de la cadena de pagos a la libre competencia:

«Las Marcas y operadores solo podrán imponer mecanismos para mitigar riesgos en la cadena de pagos, como boletas de garantía u otros instrumentos similares, que sean proporcionales al riesgo representado por el volumen de transacciones anuales que procese un PSP o un comercio secundario, siempre bajo criterios objetivos, generales, transparentes y no discriminatorios».

Esta norma genera obvios conflictos de competencia si los criterios de las autoridades sectoriales, respecto a las medidas que se deben adoptar para mitigar riesgos en la cadena de pagos, chocan con lo que el H. TDLC considera proporcional.

Nos preguntamos realmente, ¿por qué el H. Tribunal no instruyó una recomendación normativa a la autoridad pertinente?

A lo sumo, los antecedentes aportados en el proceso respecto de los eventuales riesgos que podrían generarse para la libre competencia, producto de la aplicación arbitraria de medidas para resguardar el adecuado funcionamiento de la cadena de pagos, sugieren la formulación de una recomendación a la autoridad sectorial para que, al regular o interpretar este parámetro de la industria, tenga en consideración los principios de la libre competencia.

Así, la falta de razonabilidad, las incongruencias que se originan y la falta de fundamentos que motiva las normas en comento dejan de manifiesto la necesidad que la Excma. Corte revoque las reglas contenidas en la sección III.A.4.4. (c), o que, en subsidio, elimine el primer párrafo de dicha instrucción, dado que la regulación sectorial chilena no contempla umbral que gatille la obligación de que un PSP traspase clientes a un operador.

5) III.A.4.5 Reglas de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza

Quizás el vicio más grave que se observa a lo largo del proceso y en la Resolución Recurrída dice relación con el hecho de que el H. TDLC se haya referido a hechos y conductas que son, desde antes que se dictara la Resolución Recurrída, objeto de diversos litigios ante el mismo H. Tribunal.

En efecto, tal como consta en las demandas y medidas prejudiciales que inician los procedimientos contenciosos C-442 y C-451, entre otros, una serie de PSP han demandado

a ciertos adquirentes y Marcas por prohibir o restringir el fenómeno de la adquirencia transfronteriza, el cual consiste en la afiliación de comercios ubicados en el extranjero por parte de adquirentes o PSP ubicados en Chile.

Lo anterior resulta particularmente grave, porque, en la Resolución Recurrída, el H. TDLC emite juicio, al calificar y referirse a hechos que habrán de ser analizados y resueltos en los procesos contenciosos que se promueven en paralelo.

En ese sentido, nos referimos al certificado que consta a fojas 70 en la causa C 451-2022, en la que consta que los cuatro ministros en ejercicio que dictaron la Resolución Recurrída se inhabilitaron de seguir conociendo la citada causa por la recusación formulada por mi representada en base a que dichos ministros manifestaron dictamen sobre la cuestión pendiente, habiendo tenido expreso conocimiento de ella, al pronunciar la ICG N°5.

En la práctica, el H. TDLC juzgó la posición competitiva de mi representada, definiendo arbitrariamente mercados relevantes y atribuyéndole poder de mercado, sin que se haya contemplado, en el transcurso del proceso, la oportunidad para rendir prueba o controvertir la aportada por terceros, entre otros vicios que afectaron el debido proceso y derecho a defensa de Mastercard y otros actores (según expusimos en el capítulo II). Ello, por supuesto, porque el procedimiento por medio del cual se sustanció la Resolución Recurrída tiene una naturaleza diversa a un procedimiento contencioso.

Además, generó el problema práctico de que reguló una actividad sobre la cual el H. Tribunal deberá posteriormente referirse, tiñendo por ello de ilicitud a cualquier conducta que no se conforme con dicha regulación.

Por último, y en relación con lo que se ha mencionado respecto de la falta de deferencia que ha tenido el H. TDLC con los reguladores sectoriales en la Resolución Recurrída, cabe

señalar que la instrucción conforme a la cual las Marcas no pueden prohibir la adquirencia o subadquirencia transfronteriza dentro de su red resulta ser una invasión grosera al mandato constitucional del BCCh.

Tal como consta en autos, el BCCh se ha referido al fenómeno de la adquirencia transfronteriza en diversas oportunidades, señalado claramente que *«ni la regulación del BCCh, o las normas de implementación dictadas por la CMF, autorizan la actividad de adquirencia transfronteriza respecto del uso de Tarjetas de Pago emitidas en Chile, ya sea para Operadores o para PSP que sean contratados por estos¹⁰⁹»*.

Luego, al referirse a las actividades que pueden desarrollar los adquirentes (*“Operadores”*, en los términos del Compendio de Normas Financieras del BCCh), reitera que éstos son sujetos regulados, y que, como tal, sólo pueden desarrollar las actividades que autorice la CMF mediante norma de carácter general, no estando autorizada la adquirencia transfronteriza:

«En este sentido, cabe recordar que los Operadores deben contemplar en sus estatutos como objeto social exclusivo la operación de Tarjetas y las actividades complementarias a dicho giro que autorice la CMF mediante norma de carácter general. Al respecto, ni la regulación del BCCh ni las normas dictadas por la CMF autorizan la actividad de adquirencia o sub-adquirencia transfronteriza»¹¹⁰.

¹⁰⁹ BANCO CENTRAL DE CHILE (2022): Oficio Ordinario N° 235 de 24 de mayo de 2022, en respuesta al Oficio Ordinario N° 754 de fecha 16 de mayo de 2022 de la Fiscalía Nacional Económica. pág. 4

¹¹⁰ Ídem.

A continuación, al referirse a la adquirencia transfronteriza, señala que:

«...esta forma de adquirencia transfronteriza puede importar riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, y en particular demandaría establecer si los resguardos prudenciales vigentes son apropiados a esta clase de transacciones. En especial, y para el evento de analizar la autorización normativa correspondiente, cabría determinar cuáles serían las medidas requeridas para cautelar que los pagos a los comercios afiliados en Chile no queden expuestos a mayor riesgo, por ejemplo, como consecuencia que los recursos actualmente previstos para ello se destinen a efectuar pagos a otras entidades en el exterior»¹¹¹.

Y concluye señalando que, para dictar la regulación que autorice dicha actividad, requeriría un acabado análisis en el que se establezcan los requerimientos prudenciales mediante normas de general aplicación, teniendo en consideración el mandato legal del BCCh:

«Por ello, la eventual autorización de la adquirencia transfronteriza, mediante normas de general aplicación, requeriría de un análisis cuidadoso previo, de manera de imponer en la normativa pertinente los requerimientos prudenciales y demás requisitos que sean adecuados para ese escenario, teniendo presente el mandato legal del BCCh»¹¹².

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ídem.

De esta manera, no cabe dudas de que el H. TDLC, al regular la adquirencia transfronteriza, está invadiendo el perímetro regulatorio del BCCh. No le corresponde al H. TDLC decidir sobre si ciertas actividades que no han sido autorizadas por el regulador sectorial deben ser autorizadas o no, menos si la autoridad respectiva ha manifestado los riesgos que dicha actividad implica, ha puesto de manifiesto que no se encuentra autorizada, y ha señalado expresamente que la regulación que se dicte para su autorización, si es que ésta fuera viable, requiere de un análisis cuidadoso previo.

Ya los vicios señalados son de una entidad suficiente como para solicitar a la Excma. Corte que revoque las instrucciones dictadas en la sección III.A.4.5. “Regla de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza”, al establecer, en abierta infracción a la ley, prohibiciones y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas de mi representada.

6) III.A.4.6 Modificación unilateral de contratos por parte de las Marcas de tarjetas

Sobre las bases de los alegatos de un PSP¹¹³ (Mercado Pago, fojas 108) y un comercio (Cruz Verde, fojas 119), el H. TDLC llegó a la conclusión de que debía regular la facultad de las Marcas de modificar unilateralmente, sobre la base de criterios generales, objetivos y no discriminatorios¹¹⁴, las reglas o estándares bajo los cuales cabe utilizar sus respectivas redes.

¹¹³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 474-2020, Instrucciones de Carácter General N° 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 68, pág. 16: «A pesar de que Mercado Pago se encuentra registrado como operador ante la CMF, para efectos de este análisis es un subadquirente y por lo tanto no aparece en la lista precedente, ya que no se conecta al switch de las Marcas de manera directa, sino que lo hace a través de Transbank. De este modo, no dispone de licencias de adquirencia propias, sino que realiza estas actividades en nombre de Transbank»

¹¹⁴ BANCO CENTRAL DE CHILE (2018): Compendio de Normas Financieras, Capítulo III.J.2. Disponible en: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/normativas/compendio-de-normas-financieras>

El H. TDLC impuso de esa manera las instrucciones contenidas en la sección III.A.4.6 de la Resolución Recurrída, restringiendo la facultad en comento al cumplimiento de una serie de condiciones.

Sin embargo, **resulta incomprensible para esta parte que el H. TDLC haya regulado esta materia sobre la base de los antecedentes aportados por actores que no son licenciarios Mastercard ni tienen relación contractual alguna con las Marcas** (o, al menos, con Mastercard). ¿Cómo pueden ser considerados interlocutores válidos sobre este punto si no son parte de los contratos que rigen la relación jurídica entre las Marcas y los licenciarios?

Es posible que, en opinión de ciertos comercios o PSP, las mejoras y ajustes que realizan las Marcas a su red parezcan “intempestivas”, “arbitrarias”, “discrecionales”; pero, lo cierto, es que no lo son.

Mastercard comunica debidamente y con gran anticipación cada cambio que realiza a las reglas que gobiernan su red. Dichos cambios son comunicados a todos y cada uno de los licenciarios de manera clara y fundada por medio de boletines que se entregan por los canales de comunicación que disponen los respectivos contratos de licenciamiento, los que incluyen canales para realizar consultas.

Luego, es deber de los licenciarios comunicar dichos cambios a los respectivos PSP o comercios con quienes contratan. Mastercard no es parte en los contratos entre adquirentes licenciarios y PSP o comercios, sin perjuicio de que realice importantes esfuerzos para que todos los actores que intervienen en la red se mantengan informados.

Al respecto, cabe precisar que Mastercard mantiene de manera pública las reglas que gobiernan su red¹¹⁵, pero sólo tiene relación directa y comunicación con sus licenciatarios. Dicha relación se rige por contratos de licencia de derecho internacional privado válidamente celebrados y sujetos a las leyes de una jurisdicción extranjera. En dichos contratos queda claramente establecida la facultad de la Mastercard de modificar unilateralmente aquellas reglas y estándares que permiten la correcta y segura operabilidad de la red de pagos de Mastercard.

Aquella facultad se incorpora, no por arbitrariedad, sino porque el operar una red pagos de alcance mundial con altos estándares de interoperabilidad, seguridad, innovación y eficiencia requieren la realización de constantes ajustes y mejoras. Dichas innovaciones permiten posicionar a la red de pago Mastercard en la vanguardia de los ecosistemas de pagos, fomentan su expansión –como ha venido sucediendo de manera ininterrumpida desde su creación– e incrementan el valor que perciben los diferentes actores que forman parte de ésta.

Dicho lo anterior, queda nuevamente en evidencia la falta de fundamentos y arbitrariedad con las que el H. TDLC ha regulado la actividad de mi representada, causándole agravio. Por lo anterior, resulta imperioso que la Excma. Corte deje sin efecto las instrucciones contenidas en la sección III.A.4.6 “Modificación unilateral de contratos por parte de las Marcas de tarjetas”.

¹¹⁵ MASTERCARD INTERNATIONAL INCORPORATED (2022) Mastercard Rules. Disponible en: <https://www.mastercard.us/content/dam/public/mastercardcom/na/global-site/documents/mastercard-rules.pdf>

7) III.A.4.7 Procesos sancionatorios establecidos en las reglas de las Marcas de tarjetas

El H. TDLC resolvió establecer determinadas condiciones respecto a los procesos sancionatorios empleados por las Marcas a petición de ciertos intervinientes.

Se acusó a las Marcas de imponer un sistema sancionatorio arbitrario y discriminatorio, que derivaría de contratos de adhesión con extensas obligaciones para los suscriptores, que podrían afectar la competencia entre los distintos adquirentes, solicitando que en definitiva se instruya a las Marcas a que modifiquen sus reglas y prácticas en materia de sanciones a los adquirentes.

Ciertamente aquellas acusaciones resultan del todo infundadas. En su rol de administrador de la red, Mastercard vela en todo momento por que su uso, por parte de sus participantes alrededor del mundo, se haga con sujeción a las reglas con el solo propósito de asegurar y resguardar el correcto uso y acceso a su red con el objetivo de proteger a todos sus participantes.

Muy por el contrario de lo que se ha planteado, Mastercard ejerce sus facultades de investigar y sancionar violaciones a sus reglas con el propósito de mantener un campo de juego nivelado entre los distintos actores de la red y proteger a todos ellos de prácticas de otros que pueden poner en peligro su correcto funcionamiento.

Los procedimientos sancionatorios que emplea Mastercard son absolutamente razonables, se sujetan al ordenamiento jurídico y cumplen con los estándares exigibles en materia de debido proceso a cualquier procedimiento sancionatorio. Además, la eventual aplicación de multas es un recurso que se utiliza de modo razonable y aplicando un

criterio de progresividad, frente al incumplimiento de estándares previamente conocidos por los licenciatarios de la red, y como un recurso de última instancia ante, por ejemplo, la reiteración de incumplimientos. Ello tiene como objetivo encausar el cumplimiento de las reglas y estándares de Mastercard por parte de los licenciatarios, con el fin de proteger la integridad, robustez, sostenibilidad y seguridad de la red.

Adicionalmente, limitar la capacidad de apremiar el incumplimiento de las normas del ecosistema de pagos tiene como consecuencia que se incremente gravemente el riesgo de inobservancia de estándares esenciales por parte de los participantes. Tal circunstancia genera un impacto en la seguridad, resiliencia y capacidad de cumplimiento normativo del sistema de pagos, tanto en Chile como en el mundo. Por consiguiente, es otra instancia más en la cual claramente se está cruzando el umbral que delimita el núcleo del campo de responsabilidad y competencia del regulador sectorial.

Por otro lado, es del caso señalar que cualquier abuso o infracción a la libre competencia que pudiesen eventualmente cometer las Marcas —o cualquier otra empresa o institución— al hacer uso de los remedios contractuales de que disponen puede ser perseguido bajo las normas de general aplicación que dispone nuestro ordenamiento jurídico, ya sea por medio de una demanda particular o por un requerimiento de la FNE, la que está dotada de herramientas eficaces para detectar y perseguir ilícitos anticompetitivos. No existe la necesidad de dictar reglas especiales sobre esta materia.

Por las razones expuestas, solicitamos a la Excma. Corte revocar las reglas contenidas en la sección III.4.7 de la Resolución Recurrída, ya que limitan injustificadamente la actividad de mi representada y su facultad de proteger adecuadamente su red.

8) III.A.6. Costos de marca

El H. TDLC, mediante las instrucciones contenidas en la sección III.A.6. “Costos de marca” de la Resolución Recurrída, impacta de manera significativa el mercado de los medios de pago y el desarrollo de los negocios de mi representada al limitar, entre otros componentes, los criterios sobre la base de los cuales las Marcas pueden aumentar los denominados costos de marca.

En particular, el H. Tribunal establece un criterio que ni Mastercard ni sus asesores legales han visto replicado en ninguna industria –regulada o no regulada– ni del país, ni del mundo. En concreto, el H. TDLC restringe la posibilidad de un alza en los costos de marca a que dicha alza signifique i) un aumento en la calidad de los servicios prestados, o ii) una mejora del sistema de pagos con tarjetas:

«Si aumenta cualquiera de los componentes de los costos de marca, las Marcas deberán justificar tales aumentos en base a consideraciones objetivas y no discriminatorias; ello implica que deberán indicar de qué manera los aumentos o la instauración de nuevos cobros dentro de la categoría de costo de marca propenden a aumentar la calidad de los servicios de las Marcas o a mejorar el funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas»¹¹⁶.

Antes de profundizar en los problemas que dicha norma genera y en las deficiencias de los fundamentos de la Resolución Recurrída a este respecto, debemos señalar que llama profundamente la atención la decisión, por parte del H. TDLC, de regular la actividad de

¹¹⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General N°. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, pág 183.

las Marcas, a pesar de que ni la experiencia comparada ni la evidencia económica lo sugieren.

Es del caso señalar, además, que no existe, en nuestro conocimiento, ningún país en todo el mundo en el cual se haya tomado esta decisión de política pública –y sin mediar mayor estudio o análisis de su impacto en el mercado o necesidad tomando en consideración las particularidades del mercado nacional–, por lo cual Chile sería el primer caso en que se adoptaría una decisión de tal magnitud bajo las condiciones referidas. Sin duda, ese solo hecho muestra la gravedad de las implicaciones, y ciertamente un grado de ligereza pasmoso, en el análisis sobre la solidez de tal recomendación.

El análisis del regulador debe partir sobre la base de que los costos de marca son un componente marginal dentro del *merchant discount*. Su relevancia e impacto en los actores del ecosistema de los medios de pago es muy menor en relación con el margen adquirente que cobran los adquirentes y PSP **–margen que no está regulado–** y las tasas de intercambio **–sólo sujetas a límites máximos impuestos por el CTDI a través de un procedimiento normado–**.

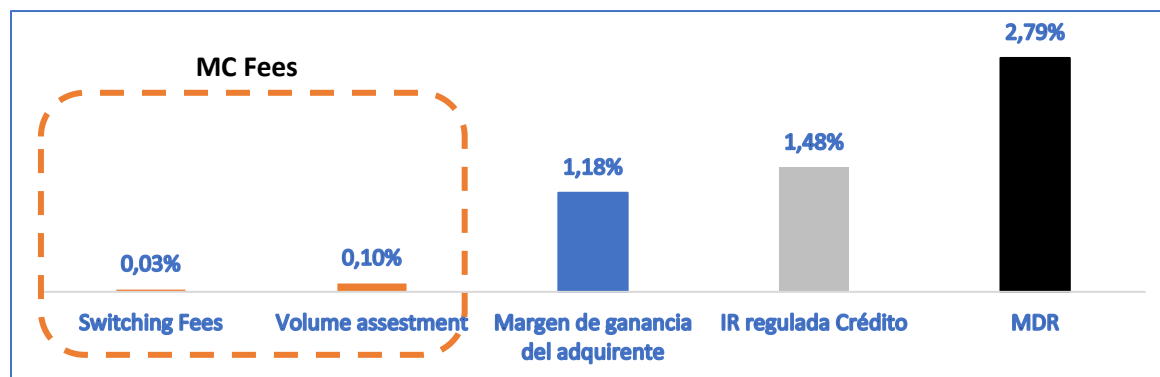
En efecto, para poner la discusión en perspectivas, consta en autos que los costos de marca representan entre un 7% a 8% del *merchant discount* (Transbank, fojas 125). Incluso, es bastante probable que dicha cifra sea incluso menor sobre la base de la información que arroja el simulador de tarifas de Transbank para calcular *merchant discount*, disponible en su sitio web¹¹⁷. Por ejemplo, utilizando dicho simulador para una compra

¹¹⁷ Para poder observar el simulador de tarifas de Transbank para calcular *merchant discount* remitirse al siguiente link:

<https://portaltransbank.cl/afiliacion/registrate.html?&ga=2.177612704.460458520.1623686068-848728961.1554149728&gac=1.115732980.1623071047.Cj0KCOjwhr2FBhDbARIsACjwLo0LLeNA1kX>

de un valor de \$100.000 pesos en el segmento comercio minorista realizada en Chile, pagando con una tarjeta de crédito, se obtiene que el *merchant discount* a aplicar es aproximadamente de 2,79% (sin IVA).

Figura 1.



Así, el comercio (neto de IVA) recibe un cobro por parte del adquirente de \$ 2.790 pesos. De dicho monto, el adquirente debe transferir al emisor la tasa de intercambio equivalente a \$1.480 pesos (asumiendo para efectos de este ejemplo que se utiliza la tasa de intercambio máxima permitida en la regulación en Chile de 1,48%; Resolución Exenta Nro. 1 del CTdl), pagar a Mastercard los costos de la franquicia (costos de marca) equivalentes a \$130 pesos, y queda para el adquirente un margen de ingreso de \$1.180 pesos, equivalente al 42% de *merchant discount*.

En otras palabras, los costos de marca representan menos de un 5% del total del *merchant discount* en el ejemplo analizado, mientras que la tasa de intercambio representa un 53% y el margen adquirente un 42% –el ejercicio puede repetirse para diferentes valores y categorías de comercio y las proporciones no varían de manera significativa–.

Luego, ¿qué financian los costos de marca? Dichos ingresos son percibidos por las Marcas a cambio de brindar servicios de excelencia que permiten a todos los tarjetahabientes dar por hecho que sus tarjetas serán aceptadas en cualquier parte del mundo, en prácticamente cualquier tipo de comercio, permitiéndoles pagar de manera instantánea y segura por los bienes y servicios que se dispongan a comprar, ya sea de manera presencial o no presencial.

Lograr aquello implica interconectar a ciento de miles de instituciones financieras públicas y privadas, comercios, *fintechs*, adquirentes, PSP, etc., con tarjetahabientes de más de 210 países¹¹⁸, brindando garantías de seguridad, excelencia y rapidez, a pesar de que los actores que conforman este ecosistema o red forman parte de diversos países que emplean diferentes idiomas, monedas, reglas y estándares. En otras palabras, el valor que genera la red Mastercard es inmensamente superior a los cobros que realiza Mastercard por el procesamiento de las transacciones con tarjetas que llevan su marca.

Dicho lo anterior, el H. Tribunal vuelve a sorprendernos al dictar –y recomendar modificar– regulación sobre un componente de relevancia marginal que se cobra por servicios que entregan inmenso valor a sus usuarios, en un mercado altamente complejo y dinámico, con condiciones de competencia que cambian mes a mes, en el que la posición competitiva de cualquier actor se encuentra altamente amenazada por la revolución *fintech* que viene desarrollándose desde comienzos de la década pasada.

Lo anterior, sin que medie análisis económico alguno que sustente la regulación y mida su impacto. Tal como se señaló *supra*, el mercado de medios de pago es un mercado

¹¹⁸

Ver:

<https://www.mastercard.us/en-us/vision/who-we-are.html#:~:text=By%20connecting%20individuals%2C%20businesses%20and,places%20for%20generations%20to%20come.>

de dos lados. Cualquier cobro que se realiza en un lado del mercado genera efectos no sólo en dicha punta, sino que también en la otra. Como se ha enfatizado a lo largo de esta presentación, la Resolución Recurrída falla en dicho análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, queda de manifiesto en diferentes pasajes de la Resolución Recurrída que el H. TDLC sólo pone atención, al hablar de costos de marca, en la punta adquirente. Aquello es un error que explica en gran parte la razón por la cual el H. TDLC establece los citados criterios sobre los cuales las Marcas deberán fundar cualquier alza en los costos de marca. Nos parece que aquello da muestras del diseño deficiente de la regulación.

Adicionalmente, legítimamente nos preguntamos: ¿por qué el análisis del H. TDLC se centra en las condiciones de competencia del mercado de medios de pago con tarjetas de pago y no, de manera más general, en el mercado de medios de pago? ¿Por qué no centra sus esfuerzos en eliminar barreras regulatorias que permitan el desarrollo de otras tecnologías que el día de mañana puedan remplazar a las tarjetas de pago? ¿No queda lo anterior en evidencia con el caso de PIX en Brasil, en donde, tan sólo tras unos meses, ha superado en número de transacciones a las tarjetas de pago de dicho país?¹¹⁹

La regulación que dicta el H. TDLC no se sustenta en evidencia económica que sugiera que existe un problema de libre competencia que se deba solucionar, e impone obligaciones que generan efectos que no deseados –que no se tuvieron en cuenta al dictar la Resolución Recurrída– y que significan un grave agravio para mi representada. Es costoso cumplir con lo que el H. TDLC decretó, pues ello desincroniza a Chile de los estándares internacionales que sigue Mastercard en su operación mundial –que son más

¹¹⁹ SWISSINFO (2022): PIX, el método de pago que revolucionó Brasil. Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/pix--el-m%C3%A9todo-de-pago-que-revolucion%C3%B3-brasil/47861056>

estrictos que la regulación local en materia de seguridad y privacidad, interoperabilidad, prevención de fraudes y LAFT, DCC, y respeto a la libre competencia–, y viene a significar que cualquier infracción a dichas instrucciones configuraría un ilícito anticompetitivo, cuando realmente no se afectaría la competencia en los mercados asociados.

Cabe hacer presente que Mastercard, dentro de su red, genera incentivos para guiar las conductas de los actores de la red en términos de propender al desarrollo de ésta. Por ejemplo, para incentivar la adopción de mejores estándares de seguridad o mejoras tecnológicas que hacen más eficiente la operación puede ofrecer incentivos asociados a dichas mejoras para lograr su implementación, creando con ellos cobros distintos a los anteriores. Gobernar una red internacional que dé garantías de seguridad e interoperabilidad requiere contar con dichas herramientas conductuales, puesto que no puede dejarse al arbitrio de los miles de licenciarios Mastercard el adoptar o no los cambios que la red requiere: ello, evidentemente, impediría el correcto desarrollo de la red. La flexibilidad y libertad necesarias se pierden en parte con la regulación relativa a costos de marca que contiene la Resolución Recurrída en su sección III.A.6.

La regulación del H. TDLC frena la competencia, frena la innovación y el desarrollo, y limita los remedios conductuales que pueden implementar las Marcas para propender a la adopción de mejoras dentro de la red, haciendo necesario con ello incurrir en medidas más drásticas como las multas, desconexión o término de contrato de licenciamiento.

En palabras del propio H. TDLC, *«en lo que respecta a la experiencia comparada, a que aluden varios aportantes en el proceso, es preciso aclarar que no existen antecedentes sobre la*

existencia de una regulación de los costos de marca en otras jurisdicciones»¹²⁰. Sin embargo, el H. TDLC decide regular estableciendo criterios extraños que no se sustentan en evidencia económica y que dan muestra de una visión parcial del mercado. ¿En qué industria se ha exigido que la única forma de justificar un aumento de precios deba ser una mejora del servicio? ¿Qué sucede con un alza de costos, un aumento importante en la inflación, un cambio en la política de precios de la empresa o modelo de negocios, la necesidad de financiar innovaciones futuras, generar más ingresos, cubrir nuevas cargas regulatorias, o contingencias en materia de responsabilidad civil, etc.? ¿Por qué no podrían las Marcas fundar –o no fundar– sus alzas de precio en otras variables?

Como antecedente adicional, destacamos que gran parte del análisis que se realiza para dictar las instrucciones relativas a los costos de marca dicen relación con el supuesto riesgo de que eventuales alzas de los costos de marca absorban los efectos de la regulación de los límites a las tasas de intercambio. Sin embargo, reiteramos que ningún estudio serio ha demostrado causalidad entre la reducción de las tasas de intercambio y un alza en los costos de marca. El H. TDLC ha omitido dicho antecedente en su decisión. Por el contrario, existe abundante evidencia económica que permite sostener que, ante la falta de competencia por el lado de la adquirencia (tal como ocurre en Chile), es probable que la reducción de las tasas de intercambio sea capturada por la punta adquirente.

Luego, respecto a la evidencia comparada, cabe señalar que el H. TDLC citó diversos estudios económicos realizados alrededor del mundo en economías en donde se han regulado las tasas de intercambio. Los estudios citados analizaron la existencia de causalidad entre la regulación de las tasas de intercambio y el alza de los costos de marca. Al respecto, los resultados de los estudios que emplean una metodología razonable e

¹²⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 474-2020, Instrucciones de Carácter General N° 5 de 16 de agosto de 2002, párrafo 415, pág. 159.

imparcial son concluyentes: **no existe evidencia de causalidad respecto a la regulación de las tasas de intercambio y alzas en los costos de marca** ¹²¹.

Para cerrar, reiteramos que ningún país ha regulado los costos de marca. Y los países que han demostrado preocupación al respecto han llevado a cabo importantes estudios y análisis que, hasta el momento, no han sugerido la necesidad o conveniencia de la regulación –resultados y conclusiones que constan en la Resolución Recurrída–. Sin embargo, sin mediar justificación alguna, el H. TDLC decidió regularlos y recomendar al Presidente de la República, por medio del Ministro de Hacienda, que dicte preceptos legales o reglamentarios para regular –aún más– los costos de marca en nuestro país.

Por las razones expuestas, solicitamos a la Excma. Corte dejar sin efecto las instrucciones contenidas en la sección III.A.6. “Costos de marca” de la Resolución Recurrída.

9) III.A.7 Transparencia en información sobre cobros (*merchant discount*)

Por último, y en línea con las críticas relativas al desconocimiento del funcionamiento de la industria que se regula por medio de la Resolución Recurrída, hacemos presente que **Mastercard no impide a sus licenciarios adquirentes que estos entreguen información**

¹²¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 474-2020, Instrucciones de Carácter General N° 5 de 16 de agosto de 2002, párrafo 418, pág. 159. En aquel párrafo el H. Tribunal cita un estudio de la Comisión Europea: «(...) el estudio realiza un análisis estadístico para evaluar si existe causalidad entre la regulación de la tasa de intercambio y las modificaciones en los costos de marca, descartando la hipótesis de que menores tasas de intercambio aumentan los costos de marca». En un sentido similar, el H. Tribunal infiere en la Resolución Recurrída que habría una correlación (no causalidad) entre una reducción vinculante de la tasa de intercambio a consecuencia de la regulación y un alza en los costos de marca. Asimismo, al citar al *Payment Systems Regulator* del Reino Unido, el H. Tribunal concluye que «los hallazgos dan cuenta que los costos de marca han aumentado después de la regulación de la TI, pero aún el diagnóstico no es concluyente en cuanto a la relación de causalidad entre dichos aumentos y un incremento de los “precios” cobrados por las Marcas bajo el concepto de CM» (párrafo 433, pág. 164).

sobre costos de marca y tasas de intercambio a los comercios y subadquirentes correspondientes.

Por el contrario, Mastercard fomenta la transparencia en el mercado, sobre todo respecto del *merchant discount* que se informa a los comercios –medida que, posiblemente, aumentaría los niveles de competencia en la punta adquirente. Sin embargo, es necesario que el regulador sectorial adopte tal medida para que se aplique de manera general, de forma que quienes no revelan voluntariamente sus cobros no puedan sacar ventaja competitiva de aquel ocultamiento. También, se debe considerar que la transparencia en esta materia no debe ser considerada como un principio absoluto, sino que deben tomarse en consideración los riesgos de coordinación que pueden generarse a este respecto.

Al igual que con la inmensa mayoría de las instrucciones contenidas en la Resolución Recurrída, no existe un verdadero problema de la libre competencia que la norma dictada venga a remediar.

V. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de esta presentación, tanto la Resolución Recurrída como el proceso por medio del cual se sustanció adolecen de graves vicios que sólo pueden ser reparados mediante la revocación de las ICG N°5.

La pretensión del H. TDLC fue analizar las condiciones de competencia del mercado de manera general para dictar Instrucciones de Carácter General (regulación) que se hicieran cargo de los problemas de libre competencia que detectase.

Sin embargo, lejos de seguir un procedimiento ordenado, racional y justo –en virtud del cual se detectaren problemas concretos respecto de los cuales pudiesen proponerse soluciones, para, luego, evaluar el impacto de dichas soluciones en los mercados a efectos de determinar su procedencia–, se siguió un proceso en el que cada aportante levantó temas a su antojo, en cualquier momento, incluso con posterioridad a la audiencia pública (y hasta después que rigiera el estado de acuerdo en la causa).

Ciertamente, jamás se ordenó el debate ni centró la discusión en los temas relevantes que verdaderamente resultan ser el cuello de botella para el desarrollo de la competencia en Chile en el mercado de los medios de pago –integración vertical de los principales emisores con el adquirente cuasimonopólico–. Por el contrario, al estudiar el expediente de la causa NC 474-2020, es posible verificar que el proceso fue caótico, pareciéndose más bien a un “repositorio de quejas generales”, totalmente sesgadas por los interesados del momento de cada aportante.

Por otra parte, en paralelo, se presentaron distintas demandas en contra de mi representada respecto de materias sobre las cuales el H. TDLC no tuvo reparos en pronunciarse en este procedimiento, afectando gravemente el derecho a defensa de Mastercard y los principios del debido proceso, toda vez que se zanjaron cuestiones de relevancia jurídica para la resolución de dichas demandas, sin contar con la instancia u oportunidad procesal para responder asertivamente –hoy, los Ministros que dictaron la Resolución Recurrída se encuentran inhabilitados de conocer tales demandas–.

Sumado a lo anterior, mientras se desarrollaba el proceso en comento, el mercado de los medios de pagos sufría importantes cambios estructurales impulsados por la migración al M4P, la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 y la revolución *fintech*, lo que implicaba que cualquier regulación que se dictase tendría que tener especial

consideración en estas nuevas condiciones y el carácter dinámico del mercado —fundamental para un acertado análisis económico— y contemplar etapas posteriores de revisión —nuevamente, como lo recomiendan las Buenas Prácticas Regulatorias que deben seguir las autoridades chilenas al dictar regulación en materia económica—. Sin embargo, dado lo precario del proceso descrito, nada de esto se tuvo en consideración, de modo que el resultado fue inevitablemente deficiente.

El H. TDLC centró su regulación en atender las infundadas quejas de parte de los aportantes que se centraron en las Marcas —que, paradójicamente, son los principales impulsores de la competencia en el mercado de los medios de pago—, sin que la Resolución de Inicio se haya referido en especial a éstas. Lo amplio y desordenado del debate no permitió al H. TDLC profundizar en los aspectos centrales para impulsar el desarrollo competitivo de los mercados afectados —nuevamente, omitiendo por completo el principal problema estructural que afecta al mercado y que ha sido objeto de diversos procedimientos en esta sede—.

Se dictó regulación sin conocimiento real de la industria que se pretende ordenar, y sin deferencia a las autoridades sectoriales llamadas a regularla. No se evaluó el verdadero impacto que la regulación podría tener ni se analizó la potencial afectación de bienes jurídicos diversos a la libre competencia y que merecen ser tutelados.

Adicionalmente, el fundamento del fallo deja en evidencia serias falencias metodológicas e importantes omisiones. Mientras las autoridades en otros países realizan estudios acabados de problemas puntuales para evaluar la pertinencia y conveniencia de regular la industria de cierta manera, el H. TDLC se vistió de legislador y citó arbitrariamente los resultados de algunos de dichos estudios para aplicarlos al mercado nacional, pero sin

tomar en consideración las particularidades locales, ni el hecho de que no existe evidencia concluyente respecto a la conveniencia de la regulación.

Al H. TDLC no le corresponde regular una actividad económica de manera general, restringiendo la capacidad de ciertos actores –como las Marcas– de tomar decisiones comerciales legítimas. Su potestad regulatoria debe estar limitada a resolver problemas específicos de competencia en los mercados que analiza, por medio de un procedimiento racional y justo, que dé garantías del debido proceso y las Buenas Prácticas Regulatorias. Si, en el marco de un proceso que cumpla con dichos estándares, no se verifica problemas de libre competencia en los mercados analizados que deban ser solucionados mediante el uso de las facultades concebidas en el numeral 3 del artículo 18 del DL 211, cualquier regulación que emane de dicho órgano carecerá de legitimidad. Así, aun cuando en ciertos aspectos el contenido de las instrucciones contenidas en la Resolución Recurrída parece ser “neutral” o inocuo, no lo es, pues, al no haber profundizado en el análisis, no midió el impacto ni la conveniencia de las reglas en comento, afectando el funcionamiento del mercado y otros bienes jurídicos diversos.

Por las razones expuestas a lo largo de este recurso de reclamación, resulta imperioso que la Excma. Corte restablezca el imperio del derecho, revocando la Resolución Recurrída mediante el procedimiento de revisión judicial especial que nuestro ordenamiento jurídico contempla para controlar la legalidad de la regulación que dicte el H. TDLC haciendo uso de las facultades contempladas en el artículo 18 núm. 3 del DL 211.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pido: tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022, declararlo admisible y elevarlo a la Excelentísima Corte Suprema, a fin

de que esta última, sobre la base de los fundamentos de hecho, derecho y económicos expuestos, acoja el presente recurso, y, en consecuencia:

1. Que la Excma. Corte Suprema deje sin efecto las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 en su totalidad;
2. En subsidio, que la Excma. Corte Suprema fije un límite temporal a las instrucciones fijadas por la Resolución Recurrída de 18 meses, para que el H. TDLC revalúe su procedencia antes del vencimiento de este plazo, de conformidad con la evolución experimentada por el mercado de pagos en el tiempo intermedio; disponiendo que, en todo caso, la Resolución Recurrída sólo estará vigente, respecto de cada una de las instrucciones dictadas, mientras la autoridad sectorial competente no haya dictado normas de carácter general que regulen las materias sobre las cuales se pronuncia la instrucción respectiva.

OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 inciso final del DL 211, solicito a la Excma. Corte Suprema que, al conocer del presente recurso de reclamación, resuelva desde luego, y al proveer esta presentación, suspender totalmente los efectos de la Resolución Recurrída.

Esta solicitud se funda en que los vicios de las ICG N°5 son de tal magnitud y gravedad, que resulta absolutamente necesario que se suspendan sus efectos para no introducir distorsiones a los mercados respectivos que, luego, serán muy difíciles de revertir. En efecto, si no se suspenden tales efectos, el daño provocado por las instrucciones ya se habrá perpetrado aún antes que la Excma. Corte Suprema pueda corregir los vicios denunciados. Por lo demás, no se ve tampoco la urgencia de introducir las medidas

fijadas por la Resolución Recurrída con efectos inmediatos. *El daño puede ser más permanente que el beneficio que la inmediatez procura obtener.*

En relación con lo anterior, cabe señalar que las instrucciones dictadas por el H. TDLC en la Resolución Recurrída recién serán sujetas a control jurisdiccional en esta sede. En efecto, el procedimiento para la dictación de instrucciones de carácter general es uno de naturaleza no contenciosa, donde el H. TDLC no actúa en cuanto órgano jurisdiccional, sino como autoridad administrativa.

En este preciso sentido se pronunció el Excmo. Tribunal Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley Núm. 19.911, que estableció en su artículo 17 C la facultad del H. TDLC de dictar instrucciones de carácter general. Al referirse a esta norma en particular, el Excmo. Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: «*además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al control jurisdiccional de los órganos competentes*»¹²². De esta manera, sólo la Excma. Corte Suprema puede controlar la conformidad de las ICG N°5 con la Constitución y las leyes, al conocer del presente recurso de reclamación.

Por tanto, a la Excma. Corte Suprema solicito respetuosamente que resuelva suspender los efectos de la Resolución Recurrída mientras se resuelve el presente recurso de reclamación.

Claudio
Lizana
Digitally signed
by Claudio
Lizana
Date:
2022.08.29
22:13:12 -04'00'

¹²² Tribunal Constitucional, Rol 391-2003, sentencia de 7 de octubre de 2003, Considerando 5°.