

AUTORREGULACIÓN TARIFARIA FORZADA: UN OXÍMORON EN CUATRO CASOS

María Jesús Cifuentes Acevedo

Autorregulación tarifaria forzada: Un oxímoron en cuatro casos¹

Enero 2023



María Jesús Cifuentes Acevedo

Abogada de la Universidad Católica de Chile. Diploma en Regulación y Competencia, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile (2018). Profesora de Derecho Económico de la Universidad de Los Lagos (2022) y miembro del Centro Nacional de Arbitrajes. Abogada senior de Pellegrini & Rencoret Abogados

Abstract: El artículo revisa el desempeño de la *autorregulación tarifaria forzada* como herramienta utilizada por las autoridades de competencia para prevenir o reprimir abusos de posición dominante que se ejecutan a través de esquemas tarifarios. A partir del examen de cuatro casos (i.e., *LAN*, *Ferrocarriles*, *Transbank*, y *Tarifas Interbancarias*), se identifican las ventajas y desventajas de la *autorregulación tarifaria forzada*, entendida como una figura compleja e intermedia entre la autorregulación y la regulación impuesta por las autoridades de la libre competencia.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre libre competencia y regulación es bastante evidente. Sin embargo, cuando a la regulación se le agrega el apellido «tarifaria», todo tiende a complicarse. Particularmente desde la perspectiva de la libre competencia, existe un principio que parece escrito sobre piedra: las autoridades que protegen la libre competencia no son reguladores de precios.

Sin embargo, son numerosas las ocasiones en que la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema (CS) se ven inevitablemente enfrentados a pronunciarse sobre precios, sea en menor o en mayor medida. Pensemos en escenarios de discriminación de precios, cobro de precios abusivos o estrangulamiento de márgenes, donde el problema es obvio por definición: el precio.

En muchísimos de esos casos, el veredicto es el mismo: el incumbente debe cobrar precios objetivos, transparentes, no discriminatorios y basados en costos (frase que a estas alturas es casi un *mantra* antimonopólico). Sin embargo, salvo raras excepciones, autoridades y particulares evitan referirse a la incómoda pero natural pregunta: ¿Cuál es el precio que cumple con todas esas virtudes?

Ante esta pregunta, existen casos en que el TDLC y la CS han recurrido a una curiosa figura que hemos denominado *autorregulación tarifaria forzada*. En este artículo, se examinan cuatro casos relevantes. Primero, el Plan Autorregulador de LAN, cuyo objetivo era impedir que la aerolínea extraiga rentas en las rutas en que no enfrenta competencia, fomentando también la entrada de nuevos competidores (caso LAN). Segundo, el tarifario de atravesos de dos empresas de *ferrocarriles*, que perseguía asegurar

¹ La autora ha participado en el caso *Tarifas Interbancarias* (Rol C-323-2017) en representación de las demandantes Banco BICE, Banco Security y Banco Internacional. Adicionalmente, el estudio Pellegrini & Rencoret donde se desempeña la autora ha asesorado a distintas empresas en procedimientos relativos al caso *Transbank*.

el acceso competitivo a una facilidad esencial (caso Ferrocarriles²). Tercero, el Plan de Autorregulación (“PAR”) de Transbank, que se inició con el objeto de prevenir la discriminación de precios por parte de un monopolio natural, y ha terminado en la regulación de toda una industria (caso *Transbank*³). Y el más reciente, el deber de Banco Estado de regular las tarifas interbancarias que cobrará al resto de los bancos para cesar una discriminación de precios (caso *Tarifas interbancarias*⁴).

En este artículo, se analiza esta curiosa herramienta, que se encuentra en un lugar intermedio entre la regulación tarifaria y el deber general de cumplir las normas de la libre competencia. Primero se analiza brevemente la compleja relación entre libre competencia y regulación, que a juicio de la autora es el origen de la *autorregulación tarifaria forzada*. En segundo lugar, se describe en qué ha consistido esta técnica y por qué constituye una suerte de oxímoron. En tercer lugar, se revisan en detalle estos cuatro casos y su evolución para, en cuarto lugar, extraer algunas conclusiones.

II. LIBRE COMPETENCIA, REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN

En una economía de mercado, la libertad para emprender actividades económicas se ve esencialmente protegida por la competencia. Así, cuando el mercado falla, lo óptimo es facilitar las condiciones que permitan el ingreso de nuevos competidores⁵.

Sin embargo, ello no siempre es posible. Situaciones como monopolios naturales, facilidades esenciales o economías de red, entre otros, parecen superar al derecho de la libre competencia como regulación en sentido abstracto, y requieren de una solución derechamente regulatoria, en sentido estricto⁶. En casos más extremos, el remedio será la regulación tarifaria, herramienta de *ultima ratio* de carácter excepcional, técnico y ojalá provisorio (mientras no exista competencia)⁷.

El problema que surge entonces es *quién* va a fijar las tarifas, particularmente en mercados o ámbitos no regulados. Cuando estos casos llegan a la FNE, al TDLC y/o a la CS, estas autoridades se ven enfrentadas a esta incómoda pregunta.

Esta incomodidad radica en que parte de la doctrina ha sostenido que la regulación de precios por parte de los organismos antimonopolios “pugna con la libre competencia”⁸ y que, ante la pregunta de si el TDLC o la CS tienen la facultad para fijar precios, la “respuesta [negativa] es bastante evidente”⁹.

2 Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE, C-100-06, [Sentencia TDLC N°76/2008](#).

3 Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020, [Resolución del TDLC 67/2021](#).

4 Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, [Sentencia TDLC 174/2020](#).

5 Francisco Agüero, “La calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como condición de la libertad o regulación de tarifas de telecomunicaciones”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N°18 (febrero 2014) ed. Juan Antonio Rivière, 40, <https://lalibrecompetencia.com/publicaciones-libros/boletin-latinoamericano-de-competencia/>.

6 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 69.

7 Agüero, “La calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como condición de la libertad o regulación de tarifas de telecomunicaciones”, 41.

8 Cruz Tanhnuz, María Elina, “Negativa de venta a la luz de la jurisprudencia chilena”, *Sentencias Destacadas 2011 Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, eds. Arturo Fermandois, Rodrigo Delaveau y Silvia Baeza (Libertad y Desarrollo: Ediciones LyD, 2012), 129-152.

9 Tomás Menchaca Olivares, *A lo imposible nadie está obligado: Análisis de la resolución del H. TDLC de fecha 2 de septiembre de 2020*, Autos NC N°463-2020, Informe en derecho acompañado en la causa Rol NC-463-2020, fs. 171 (2 de septiembre 2020), 32.g

Las razones para sostener esta posición son de diversa naturaleza. Desde la perspectiva constitucional, la CS ha sostenido que la libre fijación de precios por la ley de la oferta y la demanda es propia de la libre iniciativa económica, por lo que sólo podría restringirse por ley¹⁰. También se ha señalado que la fijación de precios afectaría el derecho de propiedad, que tampoco puede limitarse si no es por ley¹¹. Por otra parte, se ha señalado que al regular precios, el TDLC o la CS violarían el principio de igualdad, porque el agente regulado se encontraría en desventaja respecto de los demás¹².

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que cuando la regulación tarifaria es inevitable, son los organismos sectoriales los llamados a efectuarla, por tener un mejor conocimiento del mercado. Por lo mismo, en el caso de las telecomunicaciones, los servicios de gas, eléctricos, sanitarios y pago con tarjetas bancarias, la regulación de ciertas tarifas se da por expresa disposición de la ley¹³⁻¹⁴. También se ha señalado que los tribunales no deberían regular precios, ya que esta herramienta requiere una supervisión permanente y constante en el tiempo, característica propia de organismos administrativos¹⁵.

En la otra vereda, se ha señalado que la ley otorga al TDLC facultades no jurisdiccionales propias de un órgano administrativo, que le permiten constituirse como un verdadero regulador del comercio¹⁶, similar a una “superintendencia de libre competencia”¹⁷⁻¹⁸. Por ejemplo, se ha sostenido que la potestad normativa del artículo 18 N°3 del Decreto Ley N°211 (DL 211), que faculta al TDLC para dictar instrucciones de carácter general (ICG), le permitiría regular precios¹⁹. Los derechos fundamentales no serían un obstáculo para el ejercicio de dicha facultad, pues el Tribunal Constitucional estableció que las potestades normativas del TDLC se ajustan a las normas constitucionales, en tanto la dictación de ICG considera estándares procedimentales adecuados²⁰.

Por otra parte, la potestad propositiva del artículo 18 N°4 del DL 211 le confiere al TDLC la facultad de proponer al Ejecutivo la dictación de normas para fomentar o proteger la libre competencia. Esta también

10 *Demanda de TVI contra VTR Comunicaciones SpA*. C-311-16, [Sentencia TDLC N°161/2018](#), c. 8.

11 Tomás Menchaca Olivares, *A lo imposible nadie está obligado: Análisis de la resolución del H. TDLC de fecha 2 de septiembre de 2020*, Autos NC N°463-2020, 32.

12 Tomás Menchaca Olivares, *A lo imposible nadie está obligado: Análisis de la resolución del H. TDLC de fecha 2 de septiembre de 2020*, Autos NC N°463-2020, 34.

13 Agüero, Francisco “La calificación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como condición de la libertad o regulación de tarifas de telecomunicaciones”, 43.

14 La Ley 21.365 encargó al Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio esta tarea en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito y débito (artículo 3).

15 Areeda, Phillip, Essential facilities: an epithet in need of limiting principles. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 3, DEVELOPMENTS: 1989 (1989), pp. 841-853. American Bar Association.

16 Agüero, Francisco, “Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (Informe en Derecho N°17, 18 de julio de 2011), 5-6, <http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf>.

17 Agüero, Francisco, “Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 10 y siguientes.

18 Javier Velozo y Daniela González, “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, ed. Centro de Libre Competencia UC (Santiago: Thompson Reuters, 2011), 21-71, 46.

19 Agüero, Francisco, “Alcance y límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 41.

20 Velozo y González, “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 46.

sería una vía posible para la regulación de precios, aunque tiene el problema (teórico²¹ y empírico²²) de no ser vinculante para el Ejecutivo, menos de manera inmediata.

Incluso se ha sostenido que no existiría un impedimento legal o técnico para que el TDLC regulara precios conociendo de procesos contenciosos²³.

En cualquier caso, lo cierto es que el TDLC ha sido esquivo a regular precios²⁴, siguiendo la tradición europea²⁵. En cambio, el TDLC y la CS han optado por decretar el *mantra* de los precios objetivos, transparentes y no discriminatorios y, en los casos en análisis, por la *autorregulación tarifaria forzada*, como los casos que aquí analizaremos.

III. LA AUTORREGULACIÓN TARIFARIA FORZADA: UN OXÍMORON

En los casos que revisaremos, la autorregulación tarifaria ha sido la herramienta utilizada por el TDLC y la CS para prevenir o reprimir abusos de posición dominante que se ejecutan a través de esquemas tarifarios (discriminación de precios, precios excesivos o estrangulamiento de márgenes), en un contexto de escasa o nula competencia (monopolios naturales, facilidades esenciales o economías de red).

Sin embargo, la *autorregulación tarifaria (forzada)* constituye una especie de oxímoron²⁶. Depende en su esencia de la voluntad de los requeridos pero, al mismo tiempo, es obligatoria al emanar de una resolución del TDLC o de la CS. Incluso más, se trata de una *autorregulación* que ni siquiera respeta plenamente la autonomía del incumbente, pues debe obedecer a los parámetros impuestos por el tribunal. De este modo, esta herramienta en realidad termina siendo una verdadera regulación que queda en un incómodo lugar intermedio, entre el mundo del derecho público y el privado²⁷.

Veremos que en *LAN*, el Plan de Autorregulación debía cumplir con una importante limitación en las tarifas a cobrar por la aerolínea: éstas no podían ser proporcionalmente superiores a las que aplicaba en tramos donde enfrentaba competencia²⁸. Lo mismo en *Ferrocarriles*: la tarifa autorregulada debía ser

21 Pérez Ceballos, Alejandra. "Tribunal de la Libre Competencia: Atribución Propositiva del art. 18 N°4". *Ars Boni et Aequi*; Vol. 11, Núm. 2 (2015); 75-103, 94. Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins. Disponible en: <http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonie-taequi/article/view/15> (última visita: 27 de septiembre de 2022).

22 El TDLC ha efectuado 20 Proposiciones normativas, pero al parecer un porcentaje menor se ha convertido en ley o reglamentos. Alejandra Pérez, "Tribunal de la Libre Competencia: Atribución Propositiva del art. 18 N°4", 89 y siguientes.

23 Eduardo Saavedra y Javier Tapia. "El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta", *Estudios Públicos*, N°153 (verano 2019), 118. <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/estudios-publicos-digital/2011-2022/estudios-publicos-153-2019>

24 Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A., Rol C-183-08, [Sentencia TDLC N°93/2010](#), c. 31.

25 OECD, "Article 102 and excessive prices". *Policy Roundtables: Excessive prices*. 17 de febrero de 2012, p. 313, <https://www.oecd.org/daf/competition/49604207.pdf>.

26 El mismo apelativo se ha utilizado respecto de la autorregulación forzada de las entidades del mercado financiero en materias de gobierno corporativo, ética empresarial y competencia leal, establecida en la Ley N°21.000. María Paz Godoy, Eduardo Walker, y Matías Zegers. (2018). "Análisis del primer intento de imponer autorregulación sobre gobierno corporativo en Chile: resultados de un oxímoron". *Revista chilena de derecho* 45, N°1, 179-210. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100179>

27 José Miguel Ried y Ricardo Abogabir, "La función del Comité de Autorregulación Financiera". *Pulso* (14 de marzo de 2018), <https://www.pressreader.com/chile/pulso/20180314/281719795105404>.

28 *Recurso de Reclamación de Lan Chile S.A. y Ladeco S.A. contra el Dictamen N°963/121 de 21 de marzo de 1996 de la Comisión Preventiva Central*, 486-95, Resolución CR N°496, c. 1.

equivalente para cualquier empresa que solicitara atravesos, y con la intervención de la FNE terminó restringiéndose a los costos del referido servicio.

Transbank sin duda es el caso más complejo en esta materia, pues comenzó como un Plan de Autorregulación que sólo debía cumplir con el ya referido *mantra*. Luego, el TDLC obligó a *Transbank* a considerar parámetros más específicos (aunque poco claros) de tarificación, ordenando la reformulación del PAR. Y recientemente, el Plan de Autorregulación fue dejado sin efecto por la CS, con lo que *Transbank* quedó en un limbo muy cercano a la regulación tarifaria propiamente tal²⁹.

Respecto de *Tarifas Interbancarias*, la CS también optó por una fórmula de autorregulación bastante abierta, utilizando el acostumbrado *mantra*. Sin embargo, el hecho que el TDLC haya establecido que las tarifas interbancarias debieran ser fijadas por un tercero³⁰, que ya se haya cuestionado por vía incidental el *quantum* de la tarifa a cobrar por Banco Estado³¹, y que dicho banco esté actualmente llevando a cabo un proceso de autorregulación para fijar su tarifa definitiva³², podrían ser indicativos de que este caso aún no ha terminado. A continuación revisaremos el origen, evolución y el desenlace o estado actual de estos casos, ejercicio que nos permitirá extraer conclusiones respecto de las ventajas y desventajas de esta técnica.

IV. CASOS DE AUTORREGULACIÓN TARIFARIA FORZADA

A. Caso LAN

Cuando se aprobó la fusión de Lan Chile S.A. y Ladeco S.A. (*LAN*) en 1995, una de las condiciones impuestas fue la aprobación de un Plan de Autorregulación, con el objetivo de que la entidad fusionada cobrara tarifas equivalentes en el mercado de las rutas nacionales, independientemente de si enfrentaba o no competencia en ellas³³.

La Comisión Preventiva Central (CPC)³⁴ rechazó el primer Plan de Autorregulación elaborado por LAN, entre otras razones, porque “atendida las características y complejidades que presentaba el mercado aéreo nacional [...] el optar por una forma de autorregulación hacía necesario conocer previamente la posibilidad real de que el ente fiscalizador respectivo estuviera en condiciones de efectuar el seguimiento y control del régimen de autorregulación”³⁵.

29 Fiscalía Nacional Económica, escrito presentado el 3 de octubre de 2022 en *Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020*, NC-463-2020 (fojas 479).

30 La Sentencia 174/2020 citó a los economistas Guillermo Paraje y Manuel Wellington, quienes también sugirieron la necesidad de someter las tarifas interbancarias a una regulación de precios. Guillermo Paraje y Manuel Wellington, *Abuso de posición dominante en el mercado de terminación de transferencias bancarias: el caso del Banco del Estado*, Informe en derecho presentado en la causa Rol C-323-2017, fs. 4344 (12 de marzo de 2018), 45.

31 Banco Itaú Corpbanca, presentación de 8 de julio de 2022 en *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017 (fs. 82 del cuaderno incidental), 3. También, Banco BICE, presentación de 10 de agosto de 2022 en la misma causa (fs. 174 del cuaderno incidental), 5 y siguientes.

32 Banco Estado, presentación de 24 de junio de 2022 en *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017 (fs. 11 del cuaderno incidental).

33 *Recurso de Reclamación de Lan Chile S.A. y Ladeco S.A. contra el Dictamen N°963/121 de 21 de marzo de 1996 de la Comisión Preventiva Central*, N°486-95, Resolución CR N°496, c. 1.

34 La Comisión Resolutiva (CR) y la Comisión Preventiva Central (CPC) fueron los antecesores del TDLC hasta su entrada en funcionamiento, el año 2003.

35 *Recurso de Reclamación de Lan Chile S.A. y Ladeco S.A. contra el Dictamen N°963/121 de 21 de marzo de 1996 de la Comisión Preventiva Central*, N°486-95, Resolución CR N°496, c. 4 N°2.

La Comisión Resolutiva (CR) revocó la decisión de la CPC, indicando que “el hecho de que la autoridad aeronáutica no esté en condiciones de fiscalizar las principales y diversas variables que determinan las tarifas en este mercado [...] no autoriza para calificar, *a priori*, de inviable el Plan de Autorregulación”. Además, destacó la fiscalización que le correspondía a la FNE en caso de que LAN incurriera en conductas anticompetitivas y la intervención de la Junta Aeronáutica Civil en el registro de las tarifas.³⁶

Años después, la FNE interpuso un requerimiento contra LAN por incumplir el Plan de Autorregulación, que fue acogido por la CR el 30 de enero de 2004. La CR sancionó a la empresa y le ordenó proponer modificaciones al Plan para “garantizar su más plena pertinencia racional y técnica”³⁷. El 29 de abril de 2004, LAN presentó su Plan de Autorregulación modificado, el que fue aprobado por el TDLC el 14 de julio de 2005, sin perjuicio de algunos ajustes que solicitó en la parte resolutiva.³⁸

Aunque no hubo indicios de que LAN hubiese incumplido el Plan de Autorregulación a partir de entonces³⁹, el TDLC ordenó modificarlo a propósito de una consulta presentada por Conadecus sobre la fusión de LAN con Tam Linhas Aéreas S.A. (TAM). Estas modificaciones no sólo se indicaron como consecuencia de la fusión, sino porque, en opinión del TDLC, el Plan de Autorregulación tenía algunas falencias que habían impedido fomentar la competencia en el mercado aéreo⁴⁰.

En los años posteriores, la FNE fiscalizó el cumplimiento del Plan de Autorregulación, sin encontrar infracciones.⁴¹

B. Caso Ferrocarriles

El 12 de julio de 2006, GTD Teleductos S.A. demandó a Empresa Ferrocarriles del Estado S.A. (EFE) por abusar en el cobro de servicios de atravesos de sus líneas férreas. El TDLC acogió la demanda y ordenó a EFE modificar su Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos para que contemplara criterios de determinación de tarifas transparentes, objetivos y no discriminatorios. El nuevo Reglamento debía presentarse a la FNE para velar por su adecuación con las normas de la libre competencia ([Sentencia N°76/2008](#)).⁴²

No obstante, el 6 de agosto de 2013 la FNE interpuso un requerimiento contra EFE, pues habría persistido en el cobro de precios abusivos y discriminatorios, sin que haya presentado un nuevo Reglamento que cumpliera con la Sentencia N°76/2008.

La causa terminó por conciliación, en la que EFE, en conjunto con la FNE, elaboraron un nuevo esquema tarifario no discriminatorio, basado en una fórmula que consideraba los costos de proveer el servicio y una

36 *Recurso de Reclamación de Lan Chile S.A. [...]*, N°486-95, Resolución CR N°496, c. 9.

37 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Lan Chile S.A. y Transporte Aéreo S.A.*, N°715-03, Resolución CR N°723/2004.

38 *Presentación de Lan Chile S.A. y Lan Express sobre aprobación modificaciones al Plan de Autorregulación Tarifaria*, C-33-04, [Resolución TDLC N°9/2005](#), parte resolutiva.

39 *Investigación relativa al cumplimiento del Plan de Autorregulación Tarifaria que se aplica a las empresas Lan Chile S.A. y Lan Express*, FNE Rol 970-07, Resolución de Archivo (2010), c. 1.

40 *Consulta de CONADECUS sobre operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, NC N°388-11, [Resolución TDLC N°37/2011](#), Condición Quinta (confirmada por la Corte Suprema el 5 de abril de 2012, Rol N°9.843-2011).

41 *Denuncia de H. Diputados contra LAN por conductas constitutivas de atentados a la libre competencia*, FNE Rol 2118-1012, Resolución de Archivo (2013), nota al pie N°14.

42 *Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE*, C-100-06, [Sentencia TDLC N°76/2008](#), Resuelvo 6°.

utilidad calculada de acuerdo a parámetros específicos y objetivos.⁴³ En otras palabras, EFE autorreguló su tarifa con la aprobación de la FNE, pero de manera específica, precisa y predeterminada. Los parámetros ahí contenidos sirvieron de base para el Acuerdo Extrajudicial celebrado entre la FNE y la Empresa de Transporte Ferroviario S.A., aprobado por el TDLC el 17 de marzo de 2021.⁴⁴

C. Caso Transbank

El caso Transbank se remonta al año 2003, cuando la CPC le ordenó modificar su estructura de precios para que fuera “pública, objetiva y ajustada a costos”.⁴⁵ Para cumplir con el Dictamen, Transbank elaboró un Plan de Autorregulación (“PAR”), pero éste fue rechazado por el TDLC.

En concreto, la [Sentencia N°29/2005](#) ordenó a Transbank presentar un nuevo PAR que cumpliera con los parámetros señalados en sus considerandos. Sin embargo, los parámetros no fueron descritos de forma clara. De hecho, al llegar al final del hilo de referencias a distintos considerandos, no hay certeza en cuanto a bajo qué criterios Transbank podía cobrar tarifas diferenciadas ni qué metodología debía emplear para fijar sus precios.⁴⁶

Tras dos intentos fallidos,⁴⁷ una tercera versión del PAR fue finalmente aprobada por el TDLC el 9 de marzo de 2006.⁴⁸

En los años siguientes, el cumplimiento del PAR y de la Sentencia N°29/2005 fue materia de diversas denuncias e investigaciones por parte de la FNE⁴⁹ y también de una consulta que, si bien fue declarada inadmisibles⁵⁰, motivó la apertura de un Expediente de Recomendación Normativa (ERN) que derivó en la [Proposición N°19/2017](#) para transitar a un modelo de cuatro partes.⁵¹

Mientras se tramitaba el ERN, el PAR que aplicaba Transbank bajo el supuesto de un modelo de tres partes fue cuestionado por Farmacias Cruz Verde S.A. (Cruz Verde) a través de una consulta criticada

43 Acta de 4 de diciembre de 2013 a folio 160 del expediente Rol N°C-258-2013, *Requerimiento de la FNE contra EFE*.

44 *Acuerdo Extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y Empresa de Transportes Ferroviario S.A.* Rol AE-21-2021, [AE TDLC N°21-2021](#).

45 *Denuncia de don Carlos Alberto Chahuán, contra Transbank S.A.*, Rol FNE 297-00, Dictamen CPC N°1270/2003, N°45 letra C.

46 *Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N°1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico*. C-16-2004, [Sentencia TDLC N°29/2005](#). El resolvo 4° señaló que Transbank debía proponer un nuevo PAR en base a los criterios establecidos en los considerandos 53° y 54°. A su vez, el considerando 54° señaló que el PAR debía elaborarse “a la luz de lo expuesto” en los considerandos 45° a 48°. Y en esos considerandos, la Sentencia explica -en síntesis- que Transbank podía cobrar tarifas diferenciadas, pero que ellas debían tener fundamento económico. Finalmente, el c. 48 (último de la cadena de referencias) concluye asumiendo que Transbank exhibía economías de escala y por lo tanto existían dos formas de tarificación posible. Sin embargo, el TDLC no se inclinó por ninguna en particular.

47 Una segunda versión del PAR fue presentada por Transbank el 12 de octubre de 2005, que fue rechazado por el TDLC el 1 de diciembre del mismo año.

48 *Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N°1270 de la CPC* [...]. C-16-2004, resolución TDLC fs. 220 del cuaderno de avenimiento parcial.

49 Investigaciones FNE Roles N°815-06; N°021-07; y, N°901-07.

50 *Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central*, NC-418-2013.

51 *Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago*, [ERN-20-2014](#), Proposición TDLC N°19/2017.

por su *contenciosidad*^{52,53}. Al resolverla, el TDLC estableció que las tarifas que Transbank cobrara a los comercios (*merchant discounts*) debían someterse a criterios “públicos, de carácter general, objetivos y carentes de discriminaciones arbitrarias”⁵⁴.

Luego, la CS endureció las condiciones establecidas por el TDLC, ordenando a Transbank establecer *merchant discounts* “públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios”, y que no establecieran diferencias por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos determinados, categorías, rubros ni por el tipo de tarjeta, al menos hasta que el modelo fuera reemplazado por uno de cuatro partes u otro diferente ([Sentencia de Cruz Verde](#)).⁵⁵

A juicio de la FNE, sólo existía un esquema tarifario posible para que Transbank cumpliera lo resuelto por la CS, por lo que solicitó el cumplimiento incidental del fallo⁵⁶. Sin embargo, el TDLC negó la solicitud, en el entendido que para hacer cumplir lo resuelto en un procedimiento de naturaleza no jurisdiccional, se debía iniciar un nuevo proceso contencioso⁵⁷.

Ante ese escenario, el 7 de abril de 2020, la FNE y Transbank presentaron un acuerdo extrajudicial proponiendo la sustitución del PAR vigente hasta ese entonces por uno nuevo a regir bajo el modelo de cuatro partes. Sin embargo, el TDLC lo rechazó, señalando que era necesario iniciar otro procedimiento distinto para analizar el nuevo PAR⁵⁸.

Un mes después, Transbank inició una consulta ante el TDLC para obtener la aprobación de un nuevo sistema tarifario aplicable bajo el modelo de cuatro partes.

El 21 de septiembre de 2021, el TDLC aprobó la consulta de Transbank⁵⁹. Sin embargo, la CS revocó la decisión del TDLC, señalando que el PAR debía cumplir con los principios expuestos en la Sentencia de Cruz Verde, aún tratándose de un modelo de cuatro partes. No obstante, tampoco fijó ningún parámetro tarifario específico, limitándose a rechazar la consulta.⁶⁰ Al contrario, la CS señaló expresamente que “es la autoridad administrativa correspondiente y no esta sede la llamada a regular el sistema de pagos y determinar concretamente los cobros respectivos integralmente, con prontitud, entregando certeza y estabilidad a todos quienes forman parte del modelo imperante”⁶¹.

52 *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, [Rol N°NC-435-2016](#).

53 Campos, Josefina y Corte, Raffaella, *El futuro de la potestad consultiva del TDLC*. Artículo del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez – CeCo (junio 2021), 7, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/06/Campos-y-Corte-El-futuro-de-la-potestad-consultiva-del-TDLC-2021.pdf>. En el mismo sentido, Tomás Menchaca Olivares, “A lo imposible nadie está obligado: Análisis de la resolución del H. TDLC de fecha 2 de septiembre de 2020, Autos NC N°463-2020”, 4.

54 *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, NC-435-2016, Resolución TDLC N°58/2018, c. 150.

55 *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A.* [...], Rol N°24.828-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), parte resolutive.

56 *Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*, Rol N°82.422-2021, [Sentencia Corte Suprema \(2022\)](#), c. 1, N°7. La FNE propuso que se ordenara a Transbank aplicar una única comisión por tipo de tarjeta, de 0,4% para operaciones con tarjeta de crédito y de 0,3% sobre el valor de transacciones con tarjeta de débito y prepago.

57 *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, NC-435-2016, resolución TDLC de 4 de febrero de 2020.

58 *Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Transbank S.A.*, [AE-17-2020](#), resolución TDLC de 29 de abril de 2020.

59 *Consulta de Transbank S.A.* [...], NC-463-2020, Resolución TDLC N°67/2021.

60 *Consulta de Transbank S.A.* [...], Rol N°82.422-2021, Sentencia Corte Suprema (2022), parte resolutive.

61 *Consulta de Transbank S.A.* [...], Rol N°82.422-2021, Sentencia Corte Suprema (2022), c. 33.

En paralelo a la consulta de Transbank, el TDLC inició de oficio un procedimiento para dictar una ICG que tuviera por objeto regular ciertas condiciones del mercado de pagos con tarjetas (p. ej., interoperabilidad y prácticas comerciales de algunos actores), también bajo el modelo de cuatro partes, que promulgó en agosto de 2022⁶². Sin embargo, la ICG fue impugnada mediante recursos de reclamación, que a la fecha de redacción de este artículo se encuentran pendientes de resolución⁶³. Adicionalmente, diversos agentes del mercado de los medios de pago con tarjetas han impugnado las políticas que Transbank ha implementado de cara al nuevo modelo⁶⁴.

Por otra parte, el pasado 3 de octubre, la FNE solicitó el cumplimiento incidental de la última sentencia de la CS, solicitando derechamente al TDLC disponer que el merchant discount se fije en el monto único de 0,4% por transacción, tanto para tarjetas de crédito, de débito y prepago. A juicio de la FNE, esa sería la única tarifa que cumpliría con los parámetros de la CS⁶⁵.

Según la FNE, no habría ningún obstáculo para que el TDLC fijara la tarifa, en el entendido que cuando la CS se refirió a *la autoridad administrativa*, lo hizo de manera amplia, incluyendo a “todas las que tengan facultades legales para concretar las regulaciones y/o ordenes (sic) de la Excm. Corte, en el marco de sus respectivas facultades, pero en especial, a esta FNE y al H. Tribunal”⁶⁶. Aunque el TDLC inicialmente acogió parcialmente la solicitud, luego rechazó -por tres votos contra dos- el cumplimiento incidental, precisando que es la autoridad administrativa y no el TDLC la llamada a regular el sistema de pagos⁶⁷.

D. Caso Tarifas Interbancarias

En julio de 2017, Banco BICE demandó a Banco Estado por discriminación de precios, respecto de las tarifas interbancarias que se cobran los bancos entre sí por recibir transferencias electrónicas de fondos. Banco Security y Banco Internacional interpusieron demandas en los mismos términos, y luego se sumó Scotiabank, acusando a Banco Estado, además, de cobrar precios excesivos⁶⁸.

En agosto de 2020, el TDLC acogió parcialmente la excepción de prescripción opuesta por Banco Estado y desechó el resto de las acciones al estimar que no tenía posición dominante en el mercado de las cuentas bancarias⁶⁹. Sin embargo, estableció que existía un “vacío regulatorio” respecto de las tarifas interbancarias, ya que resulta “difícil que la totalidad de los bancos logren auto regularse de modo de determinar de manera conjunta la tarifa a cobrar entre sí. Por esta razón, en este caso en particular, se

62 *Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos*, NC-483-2020, [ICG TDLC N°5/2022](#).

63 Los recursos de reclamación ingresaron a la Corte Suprema bajo el Rol N°105.997-2022.

64 Véase, Rol N°C-442-2022, Rol N°C-448-2022 y Rol N°C-449-2022 (medida prejudicial y demandas de Payu Chile S.A.); Rol N°C-450-2022 (demanda de DLocal Chile SpA); Rol N°C-457-2022 (demanda de Paygol SpA); Rol N°C-458-2022 (medida prejudicial de SumUp Chile SpA); y, Rol N°C-459-2022 (medida prejudicial de PPRO Chile SpA).

65 Fiscalía Nacional Económica, presentación de 3 de octubre de 2022 en *Consulta de Transbank S.A.* [...], NC-463-2020 (fs. 479).

66 Fiscalía Nacional Económica, presentación de 3 de octubre de 2022 en *Consulta de Transbank S.A.* [...], NC-463-2020 (fs. 479).

67 *Consulta de Transbank S.A.* [...], NC-463-2020, Resolución TDLC de fecha 9 de noviembre de 2022. Cabe señalar que, el día 15 de noviembre de 2022, esta resolución fue recurrida de queja por parte de la FNE ante la Corte Suprema (aún pendiente).

68 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017.

69 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017, [Sentencia TDLC 174/2020](#), c. 68 y 151.

justificaría que un tercero fije dicha tarifa tomando en consideración los incentivos de todos los actores involucrados, regulación que excede el alcance de este procedimiento⁷⁰.

La CS revocó la sentencia del TDLC, rechazando la excepción de prescripción y acogiendo los recursos de reclamación “sólo en cuanto se dispone que Banco del Estado deberá autorregular las tarifas que cobra a los bancos comerciales por el servicio de recepción de las transferencias electrónicas que los clientes de dichos bancos efectúan a clientes del demandado, estableciendo, al hacerlo, montos igualitarios y no discriminatorios para todos esos bancos comerciales⁷¹”.

Sin embargo, este conflicto tampoco terminó ahí. El 1 de junio de 2022, Banco BICE solicitó el cumplimiento incidental del fallo⁷², a lo que Banco Estado se opuso señalando que la CS mandó *iniciar un proceso* de autorregulación. Sólo una vez concluido este proceso, Banco Estado estaría en condiciones de fijar las tarifas interbancarias que cumplieran los parámetros señalados en la sentencia de la CS⁷³.

El TDLC rechazó las excepciones, afirmando que la sentencia no estaba sujeta a ningún plazo o condición y que, por lo tanto, era de ejecución inmediata⁷⁴. Posteriormente, Banco Estado informó al TDLC que cumpliría la sentencia de la CS estableciendo tarifas *provisorias* que cobraría a todos los bancos de manera igualitaria, mientras termina su proceso de autorregulación⁷⁵.

El pasado 21 de octubre Banco BICE insistió en su solicitud, afirmando que Banco Estado debe informar la tarifa permanente que cobrará por el servicio, la que debe ser basada en costos. Sin embargo, el TDLC se remitió a lo resuelto y rechazó la solicitud⁷⁶.

V. CONCLUSIÓN

El análisis de estos cuatro casos no permite emitir un juicio único y concluyente respecto de esta técnica regulatoria, pero sí establecer algunos criterios.

En *LAN*, la autorregulación resultó aparentemente exitosa, pues permitió obtener el resultado deseado en libre competencia: la entrada de nuevos competidores al mercado⁷⁷. *Ferrocarriles* también parece ser un caso exitoso de autorregulación forzada, ya que no hay registro de nuevos conflictos por atravesos.

70 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017, Sentencia TDLC 174/2020, c. 164 y 166.

71 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, Rol N°125.433-2020, Sentencia Corte Suprema (2022), parte resolutive.

72 Banco BICE, presentación de 16 de junio de 2022 en *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017 (fs. 6301).

73 Banco Estado, presentación de 24 de junio de 2022 en *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017 (fs. 11 del cuaderno incidental).

74 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, Rol C-323-2017, Resolución TDLC de 27 de julio de 2022 (fs. 149 del cuaderno incidental).

75 *Banco Estado, presentaciones de 5 y 31 de agosto de 2022 en Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017 (fs. 168 y 199 del cuaderno incidental).

76 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017, resolución de fecha 8 de noviembre de 2022 (cuaderno incidental).

77 “Creciente competencia de aerolíneas low cost presiona liderazgo de Latam”, *La Tercera* (15 de junio de 2017), <https://www.latercera.com/noticia/creciente-competencia-lineas-aereas-low-cost-presiona-liderazgo-latam-airlines/>.

El éxito de la herramienta regulatoria en estos casos puede atribuirse a distintas razones. En *LAN*, la explicación probable es que el cumplimiento del Plan de Autorregulación se basa en una premisa sencilla: extender el efecto en el precio de la competencia a las rutas en que existe un monopolio. En *Ferrocarriles*, la tarificación también era más bien sencilla, pero sin duda ayudó la colaboración estrecha entre la FNE y las empresas incumbentes.

Transbank y Tarifas Interbancarias son casos más complejos, que parecen no encontrar solución en la autorregulación. De hecho, los mercados de medios electrónicos de pago pueden asimilarse al de las telecomunicaciones, en que la autorregulación se ha estimado inidónea como remedio a la poca competencia⁷⁸. En *Transbank*, los intentos regulatorios del TDLC mediante la [Proposición 19/2017](#) y la [ICG 5/2022](#), la opinión de la Corte Suprema y del TDLC de que sus tarifas deben ser reguladas por la autoridad y el intento frustrado de la FNE por obtener derechamente una fijación de precios parecen confirmar esta conclusión.

En *Tarifas Interbancarias*, parece ocurrir algo similar. Durante el proceso, diversos intervinientes destacaron la semejanza entre las tarifas interbancarias y los cargos de acceso a redes de telecomunicaciones⁷⁹. De este modo, es posible que la solución óptima del problema que se presenta en ese mercado pase por una regulación tarifaria de la autoridad.

Con todo, estimamos que la autorregulación forzada tiene ciertas ventajas que desaconsejan su abandono. Primero, respeta la autonomía de las empresas y les da la oportunidad de cumplir voluntariamente las normas de la libre competencia cumpliendo ciertos parámetros. Segundo, se encuentra libre del problema de la desventaja informacional que tienen los reguladores en relación a los regulados⁸⁰. Tercero, el TDLC y la CS evitan los cuestionamientos asociados a su facultad y posibilidad de regular precios. Y cuarto, los costos asociados a determinar tarifas en mercados complejos son asumidos por los regulados y no por el regulador.

78 Inversiones Río Hurtado Ltda. *Revisión de la regulación tarifaria en telecomunicaciones*, agosto de 2007, última visita: 13 de octubre de 2022, https://www.economia.gob.cl/1540/articles-187065_recurso_1.pdf.

79 *Demanda Banco BICE contra Banco Estado*, C-323-2017, resolución TDLC de 23 de agosto de 2018 (fojas 3.237), voto de minoría.

80 Núñez Errázuriz, Javier. 2000. *La autorregulación como concepto regulatorio*. Santiago, Chile: Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144787>.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

María Jesús Cifuentes Acevedo, "Autorregulación tarifaria forzada: Un oxímoron en cuatro casos",
Investigaciones CeCo (enero, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile