

EN LO PRINCIPAL: Interpone fundado recurso de queja. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos que indica. **SEGUNDO OTROSÍ:** Se traiga a la vista el expediente. **TERCER OTROSÍ:** Personería. **CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

EXCMA. CORTE SUPREMA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S) en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), a S.S. Excma. respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, y en la representación que invisto, deduzco recurso de queja en contra de los Ministros del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”), Señor Presidente Nicolás Rojas Covarrubias, Señora Daniela Gorab Sabat, y Señora María de la Luz Domper Rodríguez (en adelante, todos ellos conjuntamente “los Ministros”), en atención a las graves faltas o abusos cometidos al pronunciar la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2022, en los autos caratulados “*Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*”, Rol NC N°463-2020, notificada a las partes por estado diario en la misma fecha, todo ello en virtud de los antecedentes que paso a exponer:

(A) Antecedentes

1. Con fecha 13 de mayo de 2020, Transbank S.A. (“Transbank”) ingresó al H. TDLC una consulta sobre la conformidad de su nuevo sistema tarifario, implementado desde el 1° de abril de 2020, para comercios, emisores, proveedores de servicios de procesamiento de pagos (“PSP”) y operadores o adquirentes que quisieran interconectarse a la compañía en el contexto del modelo de cuatro partes (“M4P”) al que, a juicio de la consultante, había migrado la industria de tarjetas de pago.
2. En este procedimiento se hicieron parte, aportaron antecedentes y/o efectuaron presentaciones diversas autoridades y agentes de la industria, entre los que se encuentran, conforme a la clasificación que se efectúa a continuación:
 - i. Autoridades: Banco Central de Chile, Comisión para el Mercado Financiero, Ministerio de Economía, Ministerio de Hacienda, y la Fiscalía Nacional Económica.
 - ii. Marcas de Tarjetas: American Express, Mastercard, y Visa.
 - iii. Emisores: Banco Santander.

- iv. Operadores o adquirentes: Multicaja.
 - v. PSP: Flow
 - vi. Comercios: Compañía de Petróleos de Chile (“Copec”), Farmacias Cruz Verde, Farmacias Ahumada, SMU, y Walmart.
 - vii. Comercios que efectúan la actividad de recaudación: IGT Global Solutions Corporation Chile (“Sencillito”) y Unired.
 - viii. Asociaciones Gremiales: Asociación de Bancos e Instituciones Financieras A.G., Cámara Nacional de Comercio, Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile, y Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile.
 - ix. Asociaciones de consumidores: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“Conadecus”), y Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (“Odecu”).
3. Con fecha 21 de septiembre de 2021, el H. TDLC dictó la Resolución N° 67/2021, por la cual declara que el sistema tarifario consultado por Transbank se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211 (“DL N° 211”), en la medida que cumpliera de forma íntegra con todas y cada una de las medidas y condiciones señaladas en diversos considerandos de dicha resolución.
 4. Dicha decisión fue objeto de sendos recursos de reclamación por esta Fiscalía, así como por Odecu, Sencillito, Unired, Walmart, Farmacias Ahumada, Copec, Conadecus, y Multicaja, los cuales fueron conocidos por esta Excma. Corte Suprema bajo el Rol N° 82.422-2021.
 5. Con fecha 8 de agosto de 2022, nuestro Máximo Tribunal dictó su Sentencia en la causa antedicha, resolviendo acoger los recursos de reclamación interpuestos por Odecu, Walmart y Farmacias Ahumada, y en definitiva rechazar la consulta planteada por Transbank por incumplir con diversos criterios y principios que debían ser aplicados por ésta en su sistema tarifario y que fueron detallados en los considerandos de su resolución, devolviendo los autos al H. TDLC.
 6. El día 18 de agosto de 2022 nuestra judicatura de competencia dictó la resolución “cúmplase”. 5 días después, esto es el 23 de agosto del mismo año, Transbank informó a esta Fiscalía las nuevas tarifas que comenzó a cobrar a los comercios desde el día 22 de agosto de ese mismo año, de conformidad a lo que dicha compañía entendía que daba cumplimiento a la Sentencia de la Excma. Corte.
 7. Por lo anterior, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 39 literal d) del DL N° 211, con fecha 6 de septiembre de 2022 este Servicio, a través de la Resolución N° 22, dio inicio a la investigación Rol N° 2710-22 FNE con el objeto de

velar por el cumplimiento del Avenimiento suscrito por la FNE, la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. y Transbank de fecha 5 de abril de 2004, la Sentencia Rol N° 24.828-2021 de la Excma. Corte Suprema de fecha 27 de diciembre de 2019 ("Sentencia N° 24.828") y la Sentencia Rol N° 82.422 de fecha 8 de agosto de 2022 ("Sentencia N° 82.422").

8. En el marco de dicha Investigación, y en respuesta a las tarifas que Transbank presentó a esta Fiscalía, se comunicó a dicha compañía, a través del Ord. N° 1431 de 22 de septiembre de 2022¹, la evaluación efectuada por este Servicio, concluyendo que éstas no daban cumplimiento pleno a las obligaciones y criterios establecidos en las Sentencias N° 24.828 y 82.422².
9. En particular, se indicó que este Servicio considera, conforme a su análisis técnico que, para el adecuado cumplimiento de las obligaciones y criterios establecidos en las Sentencias de la Excma. Corte Suprema, Transbank debe fijar -para comercios- un *merchant discount* único de 0,4% para tarjetas de crédito, débito y prepago³.
10. En el caso de las tarifas cobradas a PSP y recaudadores, se debe establecer una tarifa restando al 0,4%, el diferencial entre el margen adquirente para comercios y el margen adquirente para PSP y recaudadores en base a costos actualizados y auditados, respecto de servicios y actividades efectivamente prestados a éstos⁴.
11. Finalmente, respecto de las tarifas cobradas a operadores, éstas debían ser ajustadas de forma proporcional siguiendo los mismos criterios ocupados para fijar las tarifas de PSP y recaudadores⁵, y respecto de los servicios prestados a emisores, se le indicó que debe establecer un listado de tarifas únicas por servicio, basadas en costos y sin descuentos por volumen u otro factor⁶.
12. Dichos cambios debían ser implementados de inmediato, con efecto retroactivo al 19 de agosto de 2022⁷, esto es, el día siguiente a la fecha en que el H. TDLC dictó la resolución "cúmplase" de la Sentencia Rol N° 82.422⁸.
13. La comunicación efectuada por esta Fiscalía fue objeto de un recurso de reposición por parte de Transbank, y fue rechazado por este Servicio mediante la Resolución

¹ Ord. N° 1431-22 FNE de fecha 22 de septiembre de 2022, expediente Rol N° 2710-22 FNE.

² *Ibíd*, párrafo 34.

³ *Ibíd*, párrafo 37.

⁴ *Ibíd*, párrafo 41.

⁵ *Ibíd*, párrafo 42.

⁶ *Ibíd*, párrafo 43.

⁷ *Ibíd*, párrafo 44.

⁸ Resolución del H. TDLC de fecha 18 de agosto de 2022 en causa Rol NC 463-2020, de folio 467.

Exenta N° 544⁹, por considerar, primero, que el contenido de ésta no causa ningún agravio a la recurrente, toda vez que sólo manifiesta su evaluación técnica en cuanto a la forma en que Transbank debía dar cumplimiento a lo ordenado por la Excma. Corte Suprema¹⁰, y segundo, que la presentación de la compañía no contenía ningún antecedente adicional que hubiese hecho variar lo evaluado técnicamente por la FNE¹¹.

14. Luego de haber comunicado el rechazo del recurso de reposición a Transbank, y teniendo a la vista que ésta no había adaptado su esquema tarifario conforme a lo criterios establecidos por la Excma. Corte Suprema, esta Fiscalía solicitó al TDLC, a través de una presentación de fecha 3 de octubre de 2022¹², el cumplimiento forzoso de la Sentencia N° 82.422, tanto por parte de Transbank, como de sus accionistas emisores, requiriendo:
 - i. La fijación de un *merchant discount* único de 0,4% por transacción, tanto para tarjetas de crédito, débito y prepago, conforme a los criterios dispuestos por la Excma. Corte Suprema en la resolución antedicha.
 - ii. Una tarifa diferenciada para los PSP, los operadores y empresas recaudadoras respecto de aquella establecida para los establecimientos comerciales, restando al *merchant discount* fijado para comercios el diferencial entre el margen adquirente para comercios y el margen adquirente para PSP, operadores y recaudadores, en base a costos actualizados y auditados.
 - iii. El reajuste de las tarifas a emisores contenidas en el Plan de Autorregulación de Transbank, conforme a los criterios establecidos en la Sentencia N° 82.422, dentro de los que se incluyen criterios de autofinanciamiento y de aplicación de una tarifa única.
 - iv. Que se declare que Transbank se encuentra en la obligación de cobrar los *merchant discounts* previamente indicados desde la fecha en que el TDLC dictó la resolución “cúmplase” de la Sentencia N° 82.422, esto es, el 18 de agosto de 2022.

15. Con fecha 20 de octubre de 2022, el TDLC proveyó nuestra solicitud de cumplimiento forzoso de la Sentencia N° 82.422¹³, la cual se acompaña a este Oficio, pero sólo respecto de Transbank y no de sus emisores accionistas como fue solicitado por esta Fiscalía, ordenándole a la compañía presentar ante dicha judicatura, en un plazo de

⁹ Resolución Exenta N° 544 de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 29 de septiembre de 2022, expediente Rol N° 2710-22 FNE.

¹⁰ *Ibíd*, considerando 5.

¹¹ *Ibíd*, considerando 11.

¹² Presentación de esta Fiscalía de fecha 3 de octubre de 2022 a fojas 479 en causa Rol NC 463-2020.

¹³ Resolución del TDLC de fecha 20 de octubre de 2022 a fojas 480 en causa Rol NC 463-2020.

15 días hábiles, una estructura de tarifas que dé cumplimiento a los criterios indicados en la resolución referida.

16. Dicha decisión fue recurrida de reposición por parte de este Servicio, mediante presentación de 26 de octubre de 2022¹⁴, solicitándole al TDLC que enmendara su Resolución, en el sentido de ordenar el cumplimiento forzoso de la Sentencia no sólo respecto de Transbank, sino también de los emisores accionistas de esta última.
17. A su vez, con fecha 2 de noviembre de 2022 Transbank interpuso un incidente de nulidad en contra de la resolución antedicha, por considerar que no procedía el cumplimiento incidental respecto de resoluciones dictadas en procedimientos no contenciosos, por la falta de competencia del H. TDLC, y porque a su entender, la Sentencia N° 82.422 no contenía ninguna orden directa ni obligación de actuación que debiese ser ejecutada. En subsidio, dedujo recurso de reposición por los mismos argumentos.
18. Finalmente, con fecha 9 de noviembre de 2022 el H. TDLC dictó una resolución, objeto de este recurso de queja, por la cual rechazó el recurso de reposición interpuesto por esta Fiscalía y el incidente de nulidad incoado por Transbank, sin embargo, acogió la reposición deducida por esta última, ordenando declarando no ha lugar la solicitud de cumplimiento de esta Fiscalía, por considerar que la Sentencia N° 82.422 *“sólo se ha limitado a reiterar los criterios ya consignados en su sentencia de 27 de diciembre de 2019, rol N° 24.828-2018, relativos al merchant discount que debe cobrar Transbank. En consecuencia, es esta última sentencia la que contiene una orden a Transbank de ajustar su sistema tarifario a las instrucciones allí establecidas, pero no es ella la que se busca ejecutar en este proceso”*.

(B) Del recurso de queja y sus requisitos de procedencia

a. Procedencia del recurso en relación con la resolución dictada

19. En conformidad a lo dispuesto por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de queja procede respecto de faltas o abusos graves que se cometan con ocasión de la dictación de sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, o de sentencias definitivas que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario.
20. La resolución con ocasión de la cual los Ministros incurrieron en las faltas y abusos objeto del presente recurso tiene la naturaleza de sentencia interlocutoria, en

¹⁴ Presentación de esta Fiscalía de fecha 26 de octubre de 2022 a fojas 487 en causa Rol NC 463-2020.

conformidad a lo dispuesto en el artículo 158 al resolver sobre un incidente del juicio y establecer derechos permanentes en favor de las partes¹⁵. En efecto, la resolución recurrida resuelve un incidente de nulidad procesal y un recurso de reposición subsidiario interpuestos por Transbank, así como un recurso de reposición presentado por la Fiscalía Nacional Económica, en contra de la resolución de fecha 20 de octubre de 2022¹⁶ que había dado lugar, de manera parcial, a la solicitud de cumplimiento incidental efectuada por este Servicio conforme al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, de la Sentencia N°82.422-2021.

21. La resolución recurrida rechazó el incidente de nulidad procesal interpuesto por Transbank y el recurso de reposición presentado por esta parte, acogiendo no obstante el recurso de reposición subsidiario interpuesto por dicha empresa por medio del cual solicitó dejar sin efecto la decisión de acoger parcialmente el cumplimiento forzoso solicitado por esta Fiscalía. De esta forma, mediante la resolución recurrida se desestimó mediante decisión firme la solicitud de cumplimiento incidental formulada por este Servicio.
22. En dicho sentido, como esta Excma. Corte bien sabe, las reposiciones requieren de un pronunciamiento adicional (artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, en adelante “CPC”), de modo que se someten a un incidente, el que, como sabemos, puede resolverse de plano (artículos 27 inciso 1° del D.L. 211 y 89 del CPC), como sucedió en la especie.
23. Además, en segundo término, establece derechos permanentes para las partes, porque dispuso que Transbank no se encontraba en la obligación de dar cumplimiento a la Sentencia en el marco de un incidente de cumplimiento forzoso.
24. Asentado el carácter interlocutorio de la resolución, cabe señalar que, en los términos del artículo 545 del COT, ésta pone término al procedimiento o hace imposible su prosecución, pues al resolver el incidente de nulidad procesal y las reposiciones, no dando curso en definitiva a la solicitud de cumplimiento forzoso de la Sentencia, no existe recurso alguno que sea procedente en contra de esa decisión, ni es posible efectuar ningún tipo de actuación ulterior.
25. Sin perjuicio de lo anterior, el recurso resulta además procedente en atención a la superintendencia correccional que la Constitución Política de la República ha

¹⁵ De acuerdo con el artículo citado: “*Es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria*”.

¹⁶ Resolución del H. TDLC de fecha 9 de noviembre del año 2022, a fojas 480 en causa rol NC 463-2020.

entregado a la Excma. Corte Suprema, según el tenor del artículo 82 de la Constitución Política de la República.

26. La vigencia de esa superintendencia en materia de libre competencia tiene su reconocimiento expreso en el DL 211, en su artículo 5° que dispone: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”*.
27. En esta línea, la Excma. Corte Suprema ha usado esas facultades constitucionales y legales oficiosas para poner remedio al mal que motiva la interposición del recurso de queja, incluso tras negar lugar a ese recurso. Así, aconteció en la causa ingreso Rol N°22.387-2014. Lo mismo ocurrió precisamente en sede de libre competencia en la causa sobre queja disciplinaria AD-1551-2013.

b. Del plazo del recurso de queja

28. Del certificado acompañado en el primer otrosí consta que la resolución recurrida es de fecha 9 de noviembre de 2022, notificada por el estado diario de la misma fecha, de modo que esta FNE se encuentra dentro del término legal para interponer el recurso.

c. Cumplimiento de los restantes requisitos de procedencia del Recurso de Queja

29. Además, el presente recurso cumple los demás requisitos establecidos en el artículo 545 del COT, a saber:
 - i. Tal como consta en cuarto otrosí, el presente recurso es patrocinado por abogados habilitados.
 - ii. Se individualizan nominativamente a los señores Ministros recurridos, en este caso a los Ministros del H. TDLC, Señor Presidente Nicolás Rojas Covarrubias, Señora Daniela Gorab Sabat y Señora María de la Luz Domper Rodríguez.
 - iii. En el primer otrosí se acompaña copia íntegra de la resolución recurrida.
 - iv. En el cuerpo de este escrito se consignan las demás exigencias del inciso tercero del artículo 548 de Código Orgánico de Tribunales.
 - v. En el primer otrosí se acompaña el certificado exigido por el inciso cuarto del artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, emitido por la Sra. Secretaria Abogada del H. TDLC.

(C) Faltas o abusos graves en que incurrieron los Ministros

30. Los Ministros, a través de la resolución recurrida, han incurrido en una serie de faltas o abusos graves que requieren ser enmendadas por esta Excma. Corte. En específico, la resolución: (i) sin fundamento alguno, desconoce que la Sentencia N°82.422 contenga obligaciones de actuación que deban ser cumplidas por Transbank y sus accionistas emisores; (ii) declina el ejercicio de su potestad de imperio contraviniendo sus deberes constitucionales y legales; (iii) en directa relación con la falta anterior, remite los antecedentes de esta causa a la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”), ignorando las facultades que caben su judicatura y a la Fiscalía Nacional Económica para le ejecución de resoluciones en materia de competencia; (iv) afecta las garantías de tutela judicial efectiva, economía procesal y certeza jurídica del debido proceso, renunciando a la protección efectiva y oportuna de la libre competencia; y (v) confirma la negativa del H. TDLC de acceder a la ejecución en contra de los emisores accionistas de Transbank, en abierta contradicción con lo establecido por la Excma. Corte respecto de estos últimos. Cada una de estas severas infracciones se desarrollarán detalladamente a continuación.

a. Primera falta grave o abuso: La resolución recurrida desconoce que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema contiene órdenes y principios de actuación que deben ser aplicados por Transbank y sus accionistas emisores, en resguardo de la libre competencia

31. La resolución recurrida señala que “[A]tendido que, en su parte resolutive, la Sentencia [Rol N°82.422-2021] se limita a rechazar la consulta de Transbank S.A. en relación con el sistema tarifario consultado, la solicitud de cumplimiento forzoso carece de objeto”¹⁷, desconociendo el conjunto de mandatos de actuación y directrices establecidos por esta Excma. Corte en diferentes considerandos de la Sentencia N°82.422 y que deben ser cumplidos tanto por Transbank como por sus accionistas emisores.

32. Esta grave falta contenida en la resolución recurrida se inserta en un contexto que lo hace aún más pernicioso para la libre competencia en los mercados. Como bien sabe esta Excma. Corte, existe una relación directa e indivisible entre la Sentencia Rol N°82.422 y la Sentencia N°24.828-2018. En efecto, esta Excma. judicatura reiteró en la Sentencia N°82.422 que Transbank debía aplicar a todos los componentes del *merchant discount* (“MD”) “los criterios ya consignados en la Sentencia Rol N° 24.828-

¹⁷ Resolución del H. TDLC de fecha 9 de noviembre de 2022 a fojas 491 en causa Rol NC 463-2020.

2018” lo que significa que el mismo debe ser “público, motivado, objetivo, razonable, de general aplicación, no discriminatorio y respetuoso de la garantía constitucional de igualdad ante la ley”¹⁸.

33. Como bien saben SS. Excelentísimas, tras la dictación de la Sentencia N°24.828, y en vista de los principios contenidos en ella, los cuales estaban siendo infringidos por Transbank, esta Fiscalía solicitó al H. TDLC el cumplimiento incidental de dicha sentencia¹⁹, requiriendo, específicamente que dicha empresa estableciera un MD en un 0,4% para tarjetas de crédito y de 0,3% para tarjetas de débito²⁰, lo cual fue denegado por dicha judicatura mediante resolución de fecha 4 de febrero de 2020, por considerar que no resultaba aplicable el procedimiento de ejecución a una sentencia emanada de un procedimiento no contencioso²¹.
34. En dicho escenario, Transbank presentó una consulta con su nuevo modelo tarifario²², para someter a aprobación un nuevo régimen de cobros aplicable a lo que ellos consideraban, el M4P al que habría migrado la industria²³.
35. Si bien el H. TDLC aprobó dicho régimen a través de la Resolución N°67/2021 de fecha 21 de septiembre de 2021, indicando algunas modificaciones y criterios que Transbank debía aplicar al régimen presentado²⁴, esta Resolución fue dejada sin efecto por vuestra Excm. Corte a través de su Sentencia N°82.422 que, conociendo diversos recursos de reclamación en contra de esta última resolución, rechazó la consulta de Transbank, denegando expresamente la pretensión de dicha compañía de encontrarse operando plenamente en M4P.
36. En efecto, S.S. Excm. fue clara en cuanto a detallar las circunstancias de hecho que deben verificarse para entender que la industria ha migrado a un M4P, las que corresponden a: (i) una baja sustancial de los costos de marca; (ii) una baja sustancial

¹⁸ Sentencia N° 82.422, considerando trigésimo tercero.

¹⁹ Solicitud de cumplimiento incidental de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 30 de enero de 2020, a fojas 1697 en causa rol NC 435-2016

²⁰ Ibid, párrafo 18.

²¹ Dicha resolución decidió, respecto a la solicitud de cumplimiento incidental de esta Fiscalía que: “(...) no ha lugar, atendida la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (D.L. N° 211”), las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no son aplicables. El artículo 39 letra d) del D.L. N° 211 confiere a la Fiscalía Nacional Económica la potestad de velar por el cumplimiento de las decisiones que dicte este Tribunal; entre ellas, la posibilidad de iniciar un procedimiento regulado en los artículos 20 y siguientes del mencionado decreto ley por un eventual incumplimiento de la resolución dictada en un procedimiento de consulta”.

²² Consulta presentada por Transbank de fecha 13 de mayo de 2020 a fojas 9 en causa Rol NC 463-2020.

²³ En el petitorio de la consulta de Transbank se solicita la aprobación de: “El sistema tarifario vigente de Transbank S.A. para el actual modelo de cuatro partes objeto de esta consulta constituye un hecho, acto o contrato existente que no infringe las disposiciones del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia”. El destacado es nuestro.

²⁴ La Resolución N°67/2021 del H. TDLC decidió respecto a la consulta efectuada por Transbank; “Declarar que el Sistema Tarifario sometido a consulta por Transbank S.A. se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211, siempre que cumpla de manera íntegra con todas y cada una de las medidas señaladas en la sección G letra (b) de la parte considerativa de esta resolución, en la forma que allí se detalla”.

de las tasas de intercambio; (iii) la plena interoperabilidad; (iv) condiciones de mayor información y transparencia respecto a las operaciones de pago, para la toma de una decisión informada para comercios y tarjetahabientes; (v) la igualdad en las condiciones que los emisores deben ofrecer a sus tarjetahabientes, independientemente del adquirente que esté procesando la transacción; y (vi) una declaración expresa del TDLC acreditando todas las circunstancias anteriores²⁵.

37. Lo anterior da cuenta en forma prístina de la ligazón esencial entre las sentencias N°24.828 y N°82.422. En la primera, surgida por una consulta de un tercero respecto de la conformidad con la libre competencia del sistema tarifario de Transbank, S.S. Excma. resolvió cuáles eran los criterios fundamentales que debían regir el mismo, los que esta debía aplicar en forma inmediata y que esta FNE intentó hacer cumplir, sin que el TDLC diera lugar a ello. Atendido ello, Transbank presentó una consulta sobre, nuevamente, la conformidad con la libre competencia del régimen tarifario que se encontraba ya aplicando, asumiendo que el mercado ya había pasado a M4P. Esta Excma. Corte volvió a indicar que el referido régimen no se conformaba con la libre competencia, porque, precisamente, no cumplía con los criterios de la Sentencia N°24.828, además de que aún no se podía considerar que la industria operaba en M4P.

38. De lo anterior es posible extraer tres conclusiones claras: (i) el objeto de ambos procedimientos no contenciosos fue la conformidad del sistema tarifario de Transbank con la libre competencia; (ii) en ambos procedimientos la Excma. Corte indicó que el mismo no se conformaba con el DL 211, porque no cumplía con los principios que expuso en ambos fallos; y (iii) no es posible considerar, como hace la resolución recurrida, que el cumplimiento de la sentencia N°82.422 carezca de objeto. Por el contrario, al rechazar el sistema tarifario de Transbank la Excma. Corte está dando, a *contrario sensu*, una orden clara: la empresa debe aplicar, en forma inmediata, un sistema tarifario que sea acorde a la libre competencia en los términos que la misma Sentencia N°82.422 detalla y, como es obvio, en base a los principios y directrices ya enunciados en la Sentencia N°24.828.

39. En dicha línea, S.S. Excma. dispuso en la última sentencia una serie de obligaciones de actuación y condiciones, obligatorias y exigibles para Transbank y sus accionistas emisores, a saber:
 - i. Como se adelantó, la reiteración de los criterios establecidos en la Sentencia N°24.828 que debían ser cumplidos por Transbank y sus accionistas emisores

²⁵ Sentencia N°82.422, considerandos décimo, undécimo, vigésimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo séptimo.

en la determinación de todos los componentes del MD. Tal como se indicó *supra*, de acuerdo con dicha resolución estos deben ser: públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y respetuosos de la garantía constitucional de igualdad ante la ley²⁶;

- ii. Además, órdenes de actuación y principios adicionales que deben ser cumplidos tanto por la consultante, como por sus accionistas en la determinación del MD, esto es, que las tarifas cobradas por Transbank deben: (i) no ser gravosas o implicar un alza generalizada de comisiones a comercios²⁷; (ii) contener tasas de intercambio (“TI”) que permitan hacer viable las condiciones de publicidad, motivación, objetividad, razonabilidad, general aplicación, no discriminación, que resguarden la garantía de igualdad ante la ley, y que no distorsionen el MD íntegro que Transbank debe cobrar²⁸; (iii) permitir su autofinanciamiento²⁹ ; y (iv) preservar la competencia en la adquirencia, evitando subsidios o precios bajo el costo que hagan imposible a los competidores de Transbank ingresar o mantenerse en el mercado³⁰.
40. Como no puede sino entenderse, todas las órdenes contenidas en los considerandos de la Sentencia N°82.422 implican una instrucción directa a la consultante y a sus accionistas emisores de cobrar un MD que satisfaga dichos criterios. Cualquier otro entendimiento involucra la persistencia de Transbank en un sistema tarifario que en dos oportunidades ha sido declarado por el Excmo. Tribunal como contrario a la libre competencia. Sin embargo, los Ministros desconocieron dicho carácter obligatorio al acoger el recurso de reposición de Transbank.
41. Lo anterior, implica ignorar deliberadamente la relación intrínseca entre la decisión contenida en la parte resolutive, esto es, el rechazo de la consulta de Transbank, y los hechos que han fundamentado dicha determinación, es decir, los criterios que Transbank y sus accionistas deben seguir y que de acuerdo con la Sentencia N°82.422 se han incumplido³¹.

²⁶ Sentencia N°82.422, considerando trigésimo tercero.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Sentencia N°82.422, considerando décimo sexto.

²⁹ Sentencia N°82.422, considerandos décimo cuarto y décimo sexto.

³⁰ Sentencia N°82.422, considerandos décimo séptimo, vigésimo, vigésimo segundo, y vigésimo tercero.

³¹ Esto es lo que la doctrina y jurisprudencia denominan “considerandos resolutivos”. Según Tavorari, “*para calificar un razonamiento de considerando resolutivo, debe atenderse a varias exigencias: a) Formalmente, debe ubicarse entre las motivaciones del fallo. Su presencia en la parte resolutive excluiría, en principio, el debate y conduciría a calificar la oración como decisión. b) Sustancialmente, debe importar un anticipo efectivo de la decisión que, por tal puede o no reiterarse, en lo resolutivo. c) Puede contener el establecimiento de los hechos del pleito o, a lo menos, de aquellos cuya existencia representan el fundamento inmediato de la sentencia*”. Tavorari (2000) “Límites objetivos de la cosa juzgada civil (intento de delimitar la cuestión en el derecho chileno)”, en *El proceso en acción* (Editorial Libromar) p. 216.

Esta Excm. Corte ha considerado que corresponden “en la parte considerativa de diversas cuestiones que servirán de base a la decisión del asunto principal discutido en el proceso”. Corte Suprema, 31 de diciembre de 1991, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 88, sec. 1º, pp. 112-114. Criterios que ha reiterado en sus

42. Esta división artificial e improcedente que efectúa la resolución recurrida llevan al absurdo de que el sentenciador debería repetir en la parte decisoria de su resolución todos los argumentos de hecho y de derecho que la fundamentan, que son expuestos en la parte considerativa, para que el órgano jurisdiccional que deba ordenar el cumplimiento de la decisión las tenga a la vista como obligaciones ejecutables.
43. En concreto, como ya se indicó, el rechazo a la consulta de Transbank se fundamenta en que no procede aplicar un régimen tarifario como si la industria hubiese migrado a un M4P, ya que no se han cumplido los supuestos de hecho que vuestra Excma. Corte detalla en su Sentencia y en que no cumple ni con los criterios establecidos en la Sentencia N°24.828, ni en la Sentencia N°82.422. De dicha forma, un entendimiento mínimo del sistema jurídico lleva a concluir que el rechazo al régimen tarifario propuesto conlleva, a *contario sensu*, una orden de cumplir en una forma que no vulnere la libre competencia, esto es, conforme a las órdenes y mandatos establecidos en las resoluciones antedichas.
44. Esta grave falta contenida en la resolución recurrida implica que un sistema tarifario ilícito, que se resolvió expresamente que no procedía su aplicación, no pueda modificarse por ejercicio de imperio cuando los obligados a ello (Transbank y sus accionistas emisores) no lo han cumplido voluntariamente. Con ello, prevalecería una interpretación totalmente atentatoria contra la libre competencia en el sentido de que si se rechaza un acto, hecho o contrato por vulnerar las normas del DL N° 211, no se sigue necesariamente una obligación de corregir dichas actuaciones para que se encuentren en consonancia con este bien jurídico.
45. En definitiva, la forma de interpretar las sentencias que han efectuado los Ministros constituye por sí misma una falta grave, pues desnaturaliza por completo la lógica de una resolución judicial, separando artificialmente el contenido de la decisión de los argumentos y criterios que la sustentan, y afectan severamente la competencia en los mercados, pues la declaración de ilicitud de hechos, actos o contratos anticompetitivos no implicarían para quien los ejecuta una obligación positiva de corregirlos.
46. Aún más, el nuevo rechazo de la solicitud de cumplimiento incidental por parte del H. TDLC en su resolución recurrida implica desconocer lo que esta Excma. Corte ha instruido en ya dos ocasiones, dilatando el cumplimiento de lo resuelto, la primera vez hace más de dos años. De dicha forma, la resolución recurrida, al negarse a ejecutar

Sentencias de 26 de octubre de 2004, en causa Rol 32-04, y de 2 de septiembre de 2010, en causa Rol 5.590-2010.

un pronunciamiento de esta Excma. Corte en protección de la libre competencia, está permitiendo que continúe su vulneración, en directa infracción al artículo 2 del DL 211, que mandata al H. TDLC a resguardar la libre competencia.

b. Segunda falta grave o abuso: La resolución recurrida reconoce la procedencia de un procedimiento de cumplimiento incidental para resoluciones emanadas de procedimientos no contenciosos, pero niega ejercer su facultad de imperio para este caso particular, en contra de normas expresas de rango constitucional y legal y de su propia interpretación en el presente procedimiento

47. La resolución del H. TDLC de fecha 20 de octubre de 2022 que originalmente dio lugar a la solicitud de cumplimiento incidental de la Sentencia N°82.422 ingresada por esta Fiscalía, reconoce expresamente la posibilidad de ejecutar las sentencias que se dicten en el contexto de un procedimiento no contencioso³². Lo anterior fue reafirmado por dicha judicatura en la resolución recurrida, en la que rechaza el incidente de nulidad incoado por Transbank, en el que se había solicitado no dar lugar al procedimiento por ser improcedentes las solicitudes de cumplimiento incidental de resoluciones dictadas en procedimientos no contenciosos³³.

48. No obstante dicha interpretación, que a juicio de esta Fiscalía es acertada, el H. TDLC declina ejercer su potestad de imperio en este caso, pues en la resolución recurrida estima que *“es esta última sentencia [Rol N° 24.828-2018] la que contiene una orden a Transbank de ajustar su sistema tarifario a las instrucciones allí establecidas, pero no es ella la que se busca ejecutar en este proceso”*³⁴.

49. Resulta desconcertante observar que, a pesar de haber dos sentencias: (i) emanadas del mismo tribunal, esto es, vuestra Excma. Corte; (ii) que han tenido el mismo objeto, es decir, la evaluación de conformidad a las normas de libre competencia del sistema tarifario de Transbank; (iii) contienen los mismos criterios decisorios como hemos expuesto *supra*; y (iv) la misma decisión, que es la de rechazar el régimen tarifario aplicado por la empresa por no cumplir con los criterios expuestos en ellas, el H. TDLC efectúe una diferenciación entre ambas, por la cual una resulta ejecutable, y la otra no, así, conforme a su razonamiento:

³² *“En virtud de lo dispuesto en los artículos 238 del Código de Procedimiento Civil y 39 letra d) del Decreto Ley N° 211, como se pide, solo en cuanto se ordena a Transbank S.A. dar cumplimiento a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 8 de agosto de 2022, rol N° 82.422-2021”*.

³³ Lo anterior se ve ratificado por el hecho de que hubo un voto de minoría de la Ministra María de la Luz Domper Rodríguez, que estuvo por acoger el recurso de nulidad *“atendida la improcedencia del cumplimiento forzoso de resoluciones dictadas en procedimientos no contenciosos”*.

³⁴ Resolución del H. TDLC de fecha 9 de noviembre del año 2022, a fojas 480 en causa rol NC 463-2020.

- i. La Sentencia N°24.828 resultaría ejecutable, porque esta “*contiene una orden a Transbank de ajustar su sistema tarifario a las instrucciones allí establecidas*”.
 - ii. La Sentencia N°82.422 no podría ejecutarse porque, según el entendimiento de los Ministros recurridos, la Excma. Corte Suprema “*se limita a rechazar la consulta de Transbank S.A.*”.
50. Como hemos tenido oportunidad de exponer latamente *supra*, los Ministros recurridos incurren en una grave falta al interpretar que la Sentencia N°82.422, pese a haber rechazado el régimen tarifario de Transbank, no le impone obligaciones de actuación.
51. Asimismo, no podemos sino reiterar lo contradictorio que resulta que el H. TDLC haya decidido en su resolución de fecha 4 de febrero de 2020³⁵, que no procedía el cumplimiento forzoso de la Sentencia N° 24.828 solicitado por esta Fiscalía. En cambio, en la resolución recurrida, resolvió todo lo contrario, indicando que ésta sí “*contiene una orden a Transbank de ajustar su sistema tarifario*”, y que por tanto hubiese sido susceptible del cumplimiento forzoso que en su momento denegó.
52. Por el contrario, como ya indicamos, las Sentencias N°24.828 y N°82.422 tienen una relación directa e indivisible, pues la segunda efectúa una remisión explícita a la primera, ordenando en su considerando trigésimo tercero dar cumplimiento a lo resuelto en ella, al indicar que:
- “(…) Por consiguiente, a esta Corte no le cabe más que reiterar los criterios ya consignados en la sentencia Rol N°24.828-2018, en orden a que el merchant discount, en todos sus componentes, debe ser público, motivado, objetivo, razonable, de general aplicación, no discriminatorio y respetuoso de la garantía constitucional de igualdad ante la ley (…)*”³⁶
53. Sin embargo, el H. TDLC a pesar de reconocer en la resolución recurrida que la Sentencia N°24.828 es ejecutable, y conociendo la remisión expresa que la Sentencia N°82.422 hace a esta última, se niega a hacerla cumplir forzosamente.
54. Así, de este grave y preocupante error, se deriva una falta aún mayor: la declinación del H. TDLC de ejercer su potestad de imperio, en contra de disposiciones constitucionales y legales expresas que le confieren dicha facultad.

³⁵ Resolución del H. TDLC de fecha 4 de febrero de 2020, a fojas 1706 en causa Rol NC 435-2016.

³⁶ Sentencia N° 82.422, considerando trigésimo tercero. El destacado es nuestro.

55. Como bien conocen S.S. Excelentísimas, la institucionalidad de libre competencia en nuestro ordenamiento jurídico es dual, disponiendo el artículo 2 del DL N°211 que corresponde: “(...) *al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*”³⁷.
56. Si bien de acuerdo con el artículo 39 letra d) del DL N°211 a la Fiscalía Nacional Económica le corresponde velar por el cumplimiento de los fallos y decisiones, tanto del H. TDLC, como de vuestra Excma. Corte, la potestad de imperio es una atribución privativa de la judicatura.
57. El artículo 76 de la Constitución Política de la República señala que la potestad de imperio, esto es, de hacer ejecutar lo juzgado, es uno de los atributos esenciales de los Tribunales de Justicia³⁸, y consecuentemente, el legislador ha establecido en el Código Orgánico de Tribunales la facultad de la judicatura para “*hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar las actuaciones que decreten*” pudiendo “*requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública*” o de “*otros medios de acción conducentes de que dispusieren*”³⁹.
58. A dicho respecto, debe tenerse presente que, tal como se señaló *supra*, a solicitud de la misma Transbank⁴⁰, esta FNE le indicó cuál era la forma de cumplimiento de la Sentencia⁴¹, la que no aplicó. Así las cosas, a la fecha de presentación de nuestra solicitud aún mantenía -y mantiene hasta hoy- MD que no cumplen con lo ordenado por esta Excma. Corte.
59. En conformidad a lo anterior, la única forma que tiene esta Fiscalía de cumplir con su función de velar por el cumplimiento de las sentencias es instando el cumplimiento de lo que en ellas se ordena al H. TDLC. En otras palabras, la ejecución de las resoluciones en sede de libre competencia requiere necesariamente de la concurrencia de ambas instituciones: la judicatura no podría iniciar el procedimiento de cumplimiento de oficio, y la FNE carece de potestad de imperio para hacerlas ejecutar por sus propios medios.

³⁷ El destacado es nuestro.

³⁸ La disposición constitucional establece: “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”. El destacado es nuestro.

³⁹ El artículo precitado dispone: “*Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar las actuaciones que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren. La autoridad legalmente requerida debe prestar el auxilio, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide ni la justicia o legalidad de la sentencia o decreto que se trata de ejecutar*”.

⁴⁰ Presentación de Transbank a la Fiscalía Nacional Económica de fecha 23 de agosto de 2022.

⁴¹ Ord. N° 1431-22 FNE de fecha 22 de septiembre de 2022, expediente Rol N° 2710-22 FNE.

60. Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto por el legislador en el artículo 18 N°2 del DL N°211, las materias de carácter no contenciosos corresponden a aquellas que *“puedan infringir las disposiciones de esta ley”*. La opinión jurídica del profesor Núñez, que acompañamos en el primer otrosí de este recurso (*“Opinión Jurídica”*) explica que el objeto de lo discutido en estos procedimientos corresponde a hechos, actos o contratos que tienen la potencialidad de afectar la libre competencia⁴² y, que, al declararse su disconformidad con ella, pueden ser materia de cumplimiento forzado si el agente económico no rectifica voluntariamente su comportamiento.
61. Esta posibilidad de aplicar un procedimiento de cumplimiento forzado respecto de resoluciones adoptadas en el marco de un procedimiento no contencioso dice relación con las particularidades de este procedimiento en sede de competencia, en que, habitualmente, aquellas partes que estén involucradas en el hecho, acto o contrato consultado que puede infringir el DL N° 211 adoptarán una posición controversial, circunstancia reconocida por el mismo H. TDLC en su Autoacordado N°5/2004⁴³, así como por la doctrina especializada⁴⁴.
62. Lo anterior, de acuerdo al profesor Núñez, lleva a que la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo resuelto en estos procedimientos sea aún más necesaria que en los procedimientos no contenciosos civiles, en los que no existe controversia⁴⁵, pues resulta: *“evidente que puede surgir la posibilidad de cumplimiento de las sentencias de término dictadas en un procedimiento no contencioso si el diseño normativo del DL 211 admite que en esos procedimientos se desenvuelva una lógica dialéctica típica de toda controversia. Ello supone que habrá partes ganadoras y perdedoras con la decisión, o bien, se generen obligaciones y derechos que requieran realizar alguna clase de prestación en beneficio de otras o de la comunidad en general”*⁴⁶.
63. En este sentido, el procedimiento no contencioso del DL N°211 no es equiparable al voluntario civil, por lo que debe reconocerse que, por regulación legal, tiene una naturaleza *sui generis*: es un procedimiento en que si bien pueden constatarse conductas contrarias a la libre competencia, lo que admite controversia, no procede

⁴² Raúl Nuñez Ojeda, Opinión Jurídica, “Ejecución de resoluciones no contenciosas en el Derecho de la competencia”, p. 14

⁴³ Modificado por el Autoacordado N°18/2017. En su párrafo 3º, se indica que en lo relativo a consultas sobre *“...hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, no cabrá posteriormente la interposición de demanda o requerimiento en relación a los mismos hechos. En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado”*. El destacado es nuestro.

⁴⁴ Por ejemplo, Domingo Valdés indica: *“Tanto las sentencias como las resoluciones emitidas por el TDLC presentan la estructura lógica de un juicio, en virtud del cual se resuelve algo con un alcance particular”*, *“Informe en derecho acerca de la cosa juzgada en el orden antimonopólico”*, en Reflexiones sobre el Derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017), p. 636.

⁴⁵ Opinión Jurídica, p. 14.

⁴⁶ *Ibíd.*

la imputación de responsabilidad, toda vez que tiene una vocación prospectiva-preventiva que busca impedir afectaciones futuras a la libre competencia, o evitar que se sigan produciendo.

64. Definida la estructura institucional establecida tanto a nivel constitucional como legal, y la naturaleza de las materias sometidas a consulta en sede de libre competencia, debe enfatizarse que la Sentencia N°82.422, cuyo cumplimiento forzoso se ha rechazado por el H. TDLC, se trata de una resolución de término dictada en segunda instancia, la cual se encuentra ejecutoriada y, por tanto, conforme al artículo 231 del CPC, debe ser cumplida⁴⁷.
65. Dado que esta resolución ha emanado de un procedimiento no contencioso en materia administrativo-regulatoria, el cumplimiento incidental no sigue la regla general de acuerdo con los artículos 233 a 237 del CPC. Sin perjuicio de lo cual, el cuerpo legal precitado contiene una regla de cumplimiento residual -en el artículo 238- para todas aquellas resoluciones que no sean ejecutables conforme a los artículos 233 a 237 del mismo Código, que establece que:

“Cuando se trate de cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”.

66. Al respecto la doctrina ha señalado que se trata de un procedimiento supletorio para el cumplimiento de las resoluciones, en la medida que las tramitaciones dispuestas en los artículos 233 a 237 del CPC no sean procedentes por la naturaleza de las obligaciones que éstas impongan⁴⁸.
67. Asimismo, el profesor Raúl Núñez señala que: *“...de los procedimientos de ejecución reglados en el Código de Procedimiento Civil el que más se ajusta a la naturaleza de la Sentencia objeto de cumplimiento es la norma contemplada en el artículo 238”*⁴⁹.
68. En consecuencia Excm. Corte, estamos en presencia de: (i) una resolución de término de segunda instancia ejecutoriada -la Sentencia N°82.422-; (ii) un

⁴⁷ Dicha disposición señala: *“La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley”.*

⁴⁸ En efecto, Cristián Maturana señala que *“Cuando se trate de cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”.* Cristián Maturana Miquel, Separata Facultad De Derecho Universidad De Chile *“Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos”*, abril 2016, p. 293-294.

⁴⁹ Opinión Jurídica, p. 10.

procedimiento establecido por el legislador para perseguir su cumplimiento forzoso, reconocidos por el doctrina y por el propio H. TDLC, -contenido en el artículo 238 del CPC-; (iii) una institución de la Administración del Estado encargada de velar por el cumplimiento de dicha resolución -la Fiscalía Nacional Económica-; y (iv) un órgano jurisdiccional para hacer ejecutar lo juzgado -el H. TDLC-, todo ello en miras, en esta sede, a velar por la libre competencia en los mercados.

69. Sin embargo, es el H. TDLC en su resolución recurrida que, en falta grave, renuncia a ejercer su potestad de imperio ante la solicitud de esta Fiscalía. Esto implica, desde la perspectiva de la institucionalidad y del resguardo del bien jurídico, una declinación a proteger la libre competencia en los mercados, y en una perspectiva más específica, permitir la subsistencia del sistema tarifario anticompetitivo de Transbank, el que ha sido declarado ilícito, por las mismas consideraciones, en dos oportunidades por nuestro Máximo Tribunal.

70. Todo ello, en directa vulneración del artículo 76 de la Constitución de la Constitución Política de la República, el artículo 11 del COT, los artículos 231 y 238 del CPC y los artículos 2° y 18 N°2 del DL 211.

c. Tercera falta grave o abuso: remite los antecedentes a la CMF, desconociendo las facultades que tiene su judicatura y la Fiscalía Nacional Económica para la ejecución de las resoluciones en sede de libre competencia

71. Transbank ha argumentado que⁵⁰, dado que la FNE no tiene atribuciones para determinar la tarificación de los componentes del MD, y que el H. TDLC supuestamente tampoco lo podría hacer por vía de cumplimiento forzoso, correspondería a la CMF materializar la orden contenida en la Sentencia N°82.422, en cuanto ente administrativo regulador.

72. Esto ha sido considerado por el H. TDLC en la resolución recurrida y ha remitido los antecedentes a la CMF *“para los fines que estime pertinente”*.

73. Ello constituye en sí misma una grave falta o abuso por cuánto desconoce las distintas facultades de los organismos públicos involucrados en el presente caso. En efecto, al tratarse de una Sentencia dictada en sede de competencia, su cumplimiento, como no podría ser de otra manera, corresponde a los organismos competentes en la materia: esta FNE y el H. TDLC, cada uno en la esfera de sus facultades. Lo anterior es sin perjuicio de que la Sentencia N°82.422 contenga adicionalmente una orden

⁵⁰ Presentación de Transbank de fecha fecha 2 de noviembre de 2022 a fojas 489 en causa Rol NC 463-2020.

concreta para la CMF, específicamente en relación con los cobros y ganancias de los emisores accionistas, señalando:

“Lo anterior también ratifica el rol relevante que, en esta materia, pesa sobre la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero, órgano que debe velar para que los principios legales antes indicados, se cumplan en la práctica, procurando que el riesgo derivado de un cambio de modelo tarifario sea también asumido por los bancos emisores, por cuanto la actividad desarrollada por Transbank es, en efecto, una propia de apoyo al giro bancario”.

74. En efecto, la Sentencia contiene una orden específica para la CMF, pero ella no puede justificar que el H. TDLC descanse en eso para no hacer cumplir los preceptos constitucionales y legales que lo obligan a cumplir los fallos en esta sede.
 75. Por lo demás, debe tenerse presente que, según nuestro conocimiento, la CMF no ha llevado a cabo ninguna acción destinada al cumplimiento de lo ordenado por esta Excma. Corte. Ello agrava aún más que el H. TDLC haya decidido no acceder al cumplimiento de la sentencia.
 76. En dicho sentido, reiteramos lo ya indicado en nuestra solicitud de cumplimiento incidental, en el sentido de que la referencia a la autoridad administrativa que realiza la Sentencia es amplia⁵¹ e incluye a todas las que tengan facultades legales para concretar las regulaciones y/o ordenes de la Excma. Corte, en el marco de sus respectivas facultades, pero en especial, a esta FNE y al H. Tribunal, el que, en la especie, está ejerciendo facultades administrativas o no jurisdiccionales características del procedimiento no contencioso del 18 N°2, como ya se ha fallado latamente por esta misma Excma. Corte.
 77. Por último en este punto, si el H. TDLC considera, como pareciera desprenderse de la resolución recurrida, que es la CMF la que tiene que realizar algún acto regulatorio o de fiscalización en razón del fallo, lo que procedería es exigirselo, en cumplimiento de la orden de la Excma. Corte y no, como ha efectuado, una simple remisión de antecedentes para los fines pertinentes.
- d. Cuarta falta grave o abuso: La resolución recurrida infringe las garantías de tutela judicial efectiva, economía procesal y certeza jurídica del debido proceso**
78. En efecto, tal como lo indica el profesor Núñez en su opinión jurídica: *“la falta de satisfacción oportuna, razonable y adecuada de un derecho indubitado (una prestación declarada judicialmente o contenida en lo que denominamos en general*

⁵¹ Sentencia N° 82.422, considerando trigésimo tercero.

títulos ejecutivos) no solo vulnera la garantía de tutela judicial efectiva, sino que además es una burla al derecho de acceso a un proceso debido, justo y equitativo”⁵².

79. Si las decisiones que tomaren los tribunales de justicia, y más importante aún, nuestro Máximo Tribunal, respecto de cuyas decisiones no cabe recurso ni revisión alguna, no estuviesen destinadas a ser cumplidas, entonces la función jurisdiccional no tendría sentido alguno.
80. Lo señalado es plenamente aplicable respecto de la Sentencia N°82.422, la que ha sido dictada en el marco de un procedimiento regulado en el artículo 31 del DL N° 211, y que, al encontrarse ejecutoriada, es indubitada. Si se sostiene, tal como lo ha hecho la resolución recurrida, que lo decidido por nuestra Excma. Corte no contiene ninguna obligación a ser cumplida por Transbank, entonces todas las medidas, criterios y principios establecidos detalladamente en su Sentencia constituirían una mera declaración de intenciones, cuestión que resulta completamente inadmisibles, y contrario a la finalidad perseguida por la legislación de libre competencia en general, y con la potestad consultiva en particular.
81. En otras palabras, la grave falta en la que incurren los sentenciadores del H. TDLC implicaría que la Sentencia N°82.422 tiene dos tipos de contenidos, estancos, separados y que no conversan el uno con el otro: una decisión, por la cual sus S.S. Excelentísimas declararon pura y simplemente que se rechaza lo consultado por Transbank, y una serie de pareceres que tendría la Excma. Corte respecto de lo que constituye un régimen tarifario ajustado a las normas de libre competencia, pero sin valor jurídico alguno. Afirmar lo anterior carece de sentido alguno.
82. Esto es especialmente grave si tenemos en consideración que la potestad consultiva ejercida por vuestras SS. Excelentísimas en conocimiento de recursos de reclamación, tienen por esencia una finalidad cautelar o preventiva de proteger un bien jurídico público y colectivo como lo es la libre competencia en los mercados, tal como lo han reconocido el H. TDLC, la Excma. Corte Suprema y el Excmo. Tribunal Constitucional⁵³.

⁵² Opinión Jurídica, p. 2.

⁵³ A dicho respecto, la Opinión Jurídica indica (nota al pie N°43): “El TDLC ha indicado que la potestad consultiva *“tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico”*, Sentencia N°86/2009, c. 2. Ello se ha reiterado a través de diversos pronunciamientos: Resolución TDLC 117/2011, cons. 21°; Resolución TDLC 53/2018, cons. 104°; Resolución del TDLC, Rol 443/2017, de 18 de diciembre de 2017, cons. 2°; Excma. Corte Suprema Rol 9.843-2011, cons. 21°; Excma. Corte Suprema, Rol 30.190-14, cons. 3° y 4°, entre otras. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1381-09”.

83. Las condiciones que establezcan los sentenciadores en el ejercicio de la potestad consultiva son requisitos *sine qua non* para que el acto consultado pueda ejecutarse sin vulnerar la libre competencia. De lo contrario, dejar sin observancia dichas directrices abriría las puertas para que quien desarrolle el hecho, acto o contrato consultado pueda hacerlo contraviniendo arbitrariamente la competencia en los mercados⁵⁴, exigiendo como única salida que esta FNE formulara una acusación en un procedimiento contencioso para que el H. TDLC y esta Excma. Corte llegaran, luego de un lato procedimiento, a la misma conclusión ya expresada en dos pronunciamientos previos de esta Excma. Magistratura.
84. Ello, como S.S. Excma. podrá entender, implica aceptar que un procedimiento no contencioso que se ha extendido por más de dos años devendría en inocuo. Con lo anterior se socava la obligatoriedad de las resoluciones de término en procedimientos consultivos, falta en la que incurre la resolución recurrida, y que es aún más grave teniendo en consideración que, de acuerdo con la propia jurisprudencia del H. TDLC, las condiciones y medidas dictadas en procedimientos no contenciosos son obligatorias y exigibles⁵⁵.
85. Al no acceder a la ejecución de la Sentencia N°82.422, los Ministros abren paso a dilatar el cumplimiento de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en ya dos ocasiones, condenando al mercado a severas pérdidas sociales derivadas de la aplicación de un régimen tarifario por parte de Transbank que infringe la normativa de libre competencia, en contravención del mandato del H. TDLC contenido en el artículo 2 del DL 211.
86. Adicionalmente, el no haber permitido el cumplimiento forzoso a través de un procedimiento incidental eficaz como el contemplado por el legislador en el artículo 238 del CPC vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna, el cual exige que: *“...además de una sentencia adecuada a derecho, equidad y justicia debe ponerse a disposición del ciudadano todos los medios para su adecuada ejecución en un plazo razonable de tiempo”*⁵⁶ y *“...se convierte en un imperativo aplicable no sólo al deber de juzgar sino también al de hacer ejecutar lo juzgado”*⁵⁷.
87. Como es evidente, tramitar un procedimiento contencioso de doble instancia, con el solo fin de dar ejecución a lo ya resuelto dos veces indubitadamente por nuestro

⁵⁴ Ello es aún más claro si se tiene en cuenta, tal como se expuso *supra*, que el “artículo 18 N°2 del DL 211, conceptualiza los “asuntos de carácter no contenciosos”, como aquellos que “puedan infringir las disposiciones de esta ley”, es decir el objeto de lo discutido en un asunto no contencioso corresponden a hechos, actos o contratos que tienen una potencialidad de infringir la libre competencia”. Opinión Jurídica, p. 2.

⁵⁵ Así lo ha ratificado el H. TDLC en las Sentencias N° 117/2011 y N°147/2015.

⁵⁶ Opinión Jurídica, p. 3.

⁵⁷ *Ibíd.*

Máximo Tribunal, no puede ser considerado como un plazo razonable de cumplimiento, y además contraviene el principio de economía procesal que debe regir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al imponer severos gastos en recursos públicos y privados a la litigación sobre un asunto de sobra conocido y resuelto.

88. Pero no sólo nos encontramos frente a la vulneración de la libre competencia, y del debido proceso en cuanto a sus garantías de tutela judicial efectiva y economía procesal, sino también a la certeza jurídica que la legislación de competencia entrega a través del procedimiento no contencioso.
89. En efecto, el artículo 32 del DL N°211 confiere a todas las decisiones en esta sede *“certeza jurídica en el ámbito antimonopólico para quienes se han ceñido a las decisiones del TDLC. Esta certeza es fundamental atendida la apertura del tipo infraccional, universal y bipartito, que presenta el artículo tercero del DL 211, la complejidad que exhibe la determinación in concretum del bien jurídico tutelado libre competencia y la sofisticación jurídica y económica que muestra la jurisprudencia emanada del TDLC y de la Corte Suprema en la resolución de estas delicadas materias”*⁵⁸.
90. Lo anterior ha sido refrendado por el propio H. TDLC, que ha señalado que el procedimiento no contencioso *“tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32 del DL 211”*⁵⁹.
91. Así, la resolución recurrida al haber considerado, incurriendo en faltas graves, que la Sentencia N°82.422 no contiene órdenes ni directrices específicas para quien se encuentra ejecutando el acto considerado como contrario a la libre competencia, y al haber renunciado a su potestad de imperio, alerta a los agentes económicos que los asuntos sometidos a consulta del H. TDLC no serán ejecutables ni exigibles dentro de un plazo razonable.
92. Por todo lo indicado anteriormente Excma. Corte, la resolución recurrida adolece de falta grave al ignorar los criterios y directrices ordenados por vuestras SS. Excelentísimas, socavando el debido proceso, al vulnerar las garantías de tutela judicial efectiva, economía procesal y certeza jurídica, al exigir la realización de un nuevo procedimiento contencioso de lato conocimiento y doble instancia para obtener el cumplimiento de lo ya decidido dos veces por nuestro Máximo Tribunal. Todo ello,

⁵⁸ Valdés, *“Informe en derecho acerca de la cosa juzgada en el orden antimonopólico”*, en Reflexiones sobre el Derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017), p. 624.

⁵⁹ Autoacordado N°5/2004 del H. TDLC, párrafo 3.

además, permitiendo que Transbank continúe aplicando un régimen tarifario anticompetitivo desde la perspectiva del DL N°211.

e. Quinta falta grave o abuso: La resolución recurrida incurre en grave falta o abuso al confirmar la negativa del H. TDLC a acceder a la ejecución en contra de los emisores accionistas de Transbank

93. A mayor abundamiento, la resolución recurrida, al rechazar el recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la resolución de fecha 20 de octubre de 2022, incurre en grave falta o abuso al confirmar la negativa del H. TDLC a acceder a la ejecución respecto de los emisores accionistas, en contra de lo que fuera solicitado por esta FNE al pedir el cumplimiento incidental de la Sentencia.
94. En primer término, por cuánto ello implica desconocer lo señalado por esta Excma. Corte. En efecto, S.S. Excma. indicó expresamente que “...el riesgo derivado de un cambio de modelo tarifario...” debe también ser “...asumido por los bancos emisores, por cuanto la actividad desarrollada por Transbank es, en efecto, una propia de apoyo al giro bancario”⁶⁰. Ello por cuanto constató que “...existe una estricta interdependencia entre los ingresos de los bancos emisores y los percibidos por Transbank, atendida la relación de propiedad entre ellas. En este contexto, la remuneración del emisor – tasa de intercambio – no puede analizarse de manera aislada o separada del margen adquirente...”⁶¹.
95. Lo anterior, en el contexto de la orden de que el *merchant discount* de Transbank, tanto en el modelo de tres partes (“M3P”), como en el de M4P, debe ser, en su integridad o respecto de todos sus componentes (dependan o no de Transbank), público, motivado, objetivo, razonable, general, no discriminatorio y respetuoso de la igualdad ante la ley⁶² y, sobre todo, no ser gravoso o implicar un alza generalizada de comisiones a comercios⁶³, cuestión imposible de lograr si los emisores accionistas no asumen la reducción de la parte de los ingresos que les es propia.
96. En efecto, dicha falta o abuso es manifiesta por cuánto la ejecución respecto de los emisores accionistas es plenamente procedente, lo que se deduce tanto del D.L. 211, como de la doctrina relevante y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.
97. En efecto, el D.L. 211, en su artículo 18 N°2, autoriza al H. Tribunal a conocer, a solicitud de “...*quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o*

⁶⁰ Sentencia, considerando vigésimo sexto.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Sentencia N° 82.422, considerandos noveno y trigésimo noveno.

⁶³ Sentencia N° 82.422, considerando trigésimo tercero.

contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico”, de los “...asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley” y, respecto de ellos “...fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

98. Como se puede apreciar, la habilitación legal para fijar condiciones no tiene otra limitación que su necesidad y concordancia para impedir o evitar los efectos anticompetitivos, actuales o potenciales, de los hechos, actos o contratos consultados. De dicha forma, éstas deben responder esencialmente a la naturaleza y alcance o extensión de estos. Así lo ha entendido la doctrina⁶⁴ y lo ratifica expresamente la jurisprudencia de S.S. Excma., por ejemplo, al resolver sobre los recursos de reclamación interpuestos en contra de la misma Resolución N°53/2018 del H. TDLC:

“Que, así las cosas, y como surge de la normativa que rige las potestades en este ámbito, el tribunal cuenta con amplias facultades para definir cuáles son las medidas que se han de adoptar para evitar que el hecho, acto o convención de que se trata transgreda el bien jurídico protegido;”⁶⁵

99. Y, asimismo, en un fallo previo:

“Por lo demás, y tal como se dejó constancia en el fallo reclamado, la potestad que el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 confiere al TDLC, no está limitada por lo solicitado por el consultante, los intervinientes o los organismos aportantes de información, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de estudiar el asunto y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar los efectos negativos”⁶⁶.

⁶⁴ “Las obligaciones de hacer o no hacer que puede imponer como condición el Tribunal en ejercicio de la potestad en comento, pueden ser de diversa índole, pues el texto vigente del D.L. N° 211 no establece un catálogo taxativo –a diferencia del texto previo a la dictación de la Ley N° 19.911 de 2003– lo que encuentra su justificación en la amplísima variedad de hechos o potenciales actos anticompetitivos que pueden estar llamados a mitigar o evitar. El límite al catálogo de medidas a aplicar se encuentra en el concepto de legitimidad funcional, conforme al cual ellas deben estar dirigidas al cumplimiento del objetivo que es fundamento normativo de las actuaciones del TDLC: la eficiencia económica”. 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: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, p. 36. En un sentido similar, Santiago Montt, refiriéndose a las medidas correctivas a imponer en procedimientos contenciosos, indica que las mismas son amplias y un “...*mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados*”, “Condiciones Impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de un Operación de Concentración en el Derecho Chileno”, en Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia, FNE, 2017, pp. 92-93.

⁶⁵ Rol N°24.828-2018, considerando 16. La Excma. Corte había sostenido el mismo criterio en los autos rol N°4108-2018, considerando 10: “*Como se aprecia, en virtud de este especial procedimiento, destinado a conocer “asuntos de carácter no contencioso” en contraposición a la competencia sancionadora establecida en el numeral anterior del mismo artículo, se confiere amplia habilitación al juzgador para imponer medidas de cualquier especie a ser cumplidas, eventualmente y como en el caso de marras, por individuos diversos a los consultantes...*”.

⁶⁶ Rol N°4108-2018, considerando décimo quinto.

100. Ello dice relación con el hecho de que, como esta Excma. Corte bien sabe, el sistema de libre competencia, más que resolver conflictos entre partes o incluso aplicar sanciones, busca sobre todo prevenir riesgos en los mercados, evitando así que la libre competencia llegue a vulnerarse o que la misma continúe vulnerándose. La doctrina especializada es clara en cuanto a señalar que la libre competencia constituye una regulación administrativa que busca prevenir que las actividades económicas presenten riesgos, actuales o potenciales, de manera de no afectarse el orden público económico, en su dimensión de funcionamiento justo y eficiente de los mercados⁶⁷. Ello reclama una actuación administrativa preventiva, ya sea *ex ante* o *ex post*, cuyo fin público justifica restricciones a las libertades y derechos⁶⁸.
101. Es justamente por ello que la Excma. Corte, en una jurisprudencia ya asentada⁶⁹, indicó en la Sentencia que *“...aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio”*⁷⁰. Y, en dicho sentido, que la extensión de la competencia del H. TDLC en los procedimientos no contenciosos está determinada por *“...la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión...”*⁷¹.
102. Así las cosas, la pregunta de fondo relevante es si la naturaleza y extensión del hecho, acto o contrato consultado conciernen o alcanza a los bancos emisores accionistas⁷². A nuestro entender y el de la Excma. Corte, ello evidentemente es así.
103. En primer término, porque como S.S. Excma. bien sabe, Transbank es una sociedad de apoyo al giro de sus bancos emisores, siendo estos los dueños finales de la misma, con todas las consecuencias legales y patrimoniales que ello implica y que hacen que, en último término, tal como reconoce la Sentencia, deban ser considerados como

⁶⁷ “Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas. Es el caso de materias tan diferentes como el tránsito de vehículos motorizados (Ley del Tránsito), (...), el funcionamiento justo y eficiente de los mercados en materia de libre competencia (DL 211 / 1973) ...”. Barros Bourie, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Ed. Jurídica de Chile, 2011, p. 98.

⁶⁸ En dicho sentido, Santiago Montt nos indica que, en relación a la protección de la libre competencia, *“...existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, que reclaman una actuación regulatoria a priori, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia”*. Agrega el autor lo siguiente: *“En los casos que nos preocupan, el Derecho de la Competencia opera como un verdadero Derecho Administrativo material de restricción de libertades y derechos de carácter regulatorio y preventivo. No es distinto a las regulaciones relativas a la vida, seguridad, salud, medioambiente y otras, donde los fines públicos justifican limitaciones y restricciones a las libertades y derechos”*, “Condiciones Impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de un Operación de Concentración en el Derecho Chileno”, en Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia, FNE, 2017, p. 81.

⁶⁹ Rol Corte Suprema N°40.775-2021, considerando séptimo.

⁷⁰ Sentencia N° 82.422, considerando séptimo.

⁷¹ Ibid.

⁷² A dicho respecto, Velozo y González, op. cit., p. 28, indican: *“Podría entenderse entonces que la hipótesis normativa del artículo 18° N° 2 incluye como legítimos interesados para efectos de iniciar el procedimiento en cuestión a quienes han intervenido o proyectan intervenir en el hecho, acto o convención de que se trate, a las autoridades sectoriales pertinentes o directamente concernidas y a aquellos agentes económicos que estén relacionados con la materia”*. Subrayado es nuestro.

agentes económicos interdependientes entre sí⁷³, cuyos intereses no son dissociables⁷⁴.

104. Segundo, porque desde una perspectiva económica y operativa, el actuar de Transbank concierno y afecta necesariamente a los emisores accionistas. Ello no solo por cuánto Transbank presta servicios a la mayoría de sus accionistas, sino porque sigue siendo el adquirente cuasi monopólico del mercado y, por tanto, sus servicios son esenciales para que las tarjetas de los emisores puedan ser aceptadas en los comercios. De dicha forma, como queda claro, los vínculos económicos y de propiedad referidos implicaban (y lo siguen haciendo) una natural conexión de los emisores accionistas con el alcance y resultado del presente proceso consultivo.
105. Todo ello, teniendo presente que los emisores accionistas de Transbank -al igual que todos los interesados- fueron debidamente emplazados en el procedimiento mediante la publicación en el Diario Oficial con fecha 3 de junio de 2020 del extracto de la Resolución de Inicio del procedimiento dictada por este H. Tribunal con fecha 19 de mayo de ese mismo año. Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto por el legislador en el artículo 31 N°1 del DL 211⁷⁵, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Excma. Corte⁷⁶.
106. Lo anterior queda demostrado con la comparecencia de Banco Santander, que aportó antecedentes en el procedimiento a través de sus presentaciones de fecha 9 de julio de 2020 a folio 30 y de fecha 14 de abril de 2021 a folio 396, y participó en la audiencia pública de fecha 18 de noviembre de 2020, como consta en el certificado de autos de folio 339. Así, la no comparecencia de los demás emisores accionistas solo puede deberse a una decisión razonada, pero en caso alguno a la falta de emplazamiento

⁷³ Sentencia, considerando décimo sexto: “Que, como puede observarse, existe una estricta interdependencia entre los ingresos de los bancos emisores y los percibidos por Transbank, atendida la relación de propiedad entre ellas. En este contexto, la remuneración del emisor – tasa de intercambio – no puede analizarse de manera aislada o separada del margen adquirente, por cuanto la realidad indica que un margen adquirente por sobre el costo, no significa sino una mayor ganancia a nivel emisor, dado que estos últimos reciben, además de las tasas de intercambio, los dividendos provenientes de su calidad de accionistas de Transbank”.

⁷⁴ A dicho respecto, la Excma. Corte Suprema ya había rechazado anteriormente que agentes económicos verticalmente integrados pudieran ser considerados independientes. Así, en los autos rol N°4108-2018, considerando 21: “Que, primeramente, es indispensable hacer notar la evidente contradicción que surge entre los presupuestos de hecho de la legitimación activa de Gasmar para impugnar la medida de desinversión, y la pretendida independencia y disociación entre los intereses de ésta y sus propietarios”.

⁷⁵ Asimismo, en la resolución antedicha se ordenó notificar por oficio a la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile A.G., de la cual forman parte 10 de los 11 accionistas de Transbank, lo que en definitiva se concretó a través del Oficio N°39 de 28 de mayo de 2020 remitido por el H. TDLC.

⁷⁶ Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 4108-2018, considerando 10: “...en virtud de este especial procedimiento, destinado a conocer ‘asuntos de carácter no contencioso’ en contraposición a la competencia sancionadora establecida en el numeral anterior del mismo artículo, se confiere amplia habilitación al juzgador para imponer medidas de cualquier especie a ser cumplidas, eventualmente y como en el caso de marras, por individuos diversos a los consultantes, quienes, desde el momento que son llamados a aportar antecedentes, se encuentran en pleno conocimiento del tenor de la consulta y pueden prever la eventual afectación de sus intereses”.

debido y, aún menos, como resulta obvio, a su falta de conocimiento del proceso consultivo de autos.

(D) Conclusiones

107. El presente recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma, respecto de la resolución dictada el día 9 de noviembre de 2022 por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias (Presidente), Señora Daniela Gorab Sabat y Señora María de la Luz Domper Rodríguez y notificada a esta parte con esa misma fecha por estado diario, cumpliéndose además con todos los requisitos establecidos en el artículo 545 del COT.
108. Se recurre respecto de una resolución interlocutoria, que resuelve un incidente estableciendo derechos permanentes para las partes y hace imposible la continuación del procedimiento, pues al acoger la reposición planteada por Transbank, el H. TDLC determina definitivamente no dar curso a la solicitud de cumplimiento incidental formulada por la FNE respecto de la Sentencia N° 82.422 de esta Excma. Corte. Respecto de la resolución recurrida no proceden otros recursos ni es posible efectuar ningún tipo de actuación ulterior.
109. Sin perjuicio de lo anterior, el recurso resulta además procedente en atención a la superintendencia correccional que la Constitución Política de la República y el DL 211 han entregado a la Excma. Corte Suprema respecto del H. TDLC, pudiendo adoptar los remedios que sean necesarios para corregir los vicios que advierta en la tramitación de causas por dicho Tribunal.
110. Al dictar la resolución recurrida, los Ministros indicados han incurrido en cinco faltas graves y abusos, descritos precedentemente, que ameritan el ejercicio de las facultades correctivas de esta Excma. Corte:
 - i. La resolución recurrida incurre en una falta grave al desconocer que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema contiene órdenes y principios de actuación que deben ser aplicados por Transbank y sus accionistas emisores, en resguardo de la libre competencia, al determinar las tarifas que cobra a comercios, proveedores de servicios de pago, a otros operadores y a los emisores.
 - ii. La resolución recurrida reconoce la procedencia de un procedimiento de cumplimiento incidental para resoluciones emanadas de procedimientos no contenciosos, pero niega ejercer su facultad de imperio para este caso particular,

en contra de normas expresas de rango constitucional y legal, y de su propia interpretación en el presente procedimiento.

- iii. La resolución recurrida incurre en una grave falta al declinar el ejercicio de su imperio para la ejecución de la Sentencia y remitir los antecedentes a la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”) sin ordenar ni indicar cómo dicho Servicio podría lograr su cumplimiento. La referencia a la “autoridad administrativa” que realiza la Sentencia es amplia y no excluye al H. TDLC, sino que, por el contrario, cada una de las entidades involucradas debe participar coordinadamente para lograr el cumplimiento efectivo de ese fallo, en el marco de sus respectivas facultades, tal como hizo la FNE al responder a Transbank respecto de cómo debía materializarse ese cumplimiento y luego, al verificar que no lo realizó adecuadamente, solicitar su cumplimiento forzado ante el único ente que, en materia de libre competencia, cuenta con imperio para hacerlo.
 - iv. La resolución recurrida infringe las garantías de tutela judicial efectiva, economía procesal y certeza jurídica del debido proceso, al interpretar que la Sentencia N° 82.422 no contiene ninguna obligación ejecutable respecto de Transbank, con lo que exigiría la tramitación ante el H. TDLC de un procedimiento sancionatorio, de lato conocimiento, que no podría arribar a una conclusión distinta de lo expresado en dos pronunciamientos previos de esta Excma. Magistratura, y con la dilación que esto implica respecto de la corrección de una conducta ya calificada como anticompetitiva.
 - v. La resolución recurrida incurre en grave falta o abuso al confirmar la negativa del H. TDLC a acceder a la ejecución en contra de los emisores accionistas de Transbank. Como bien señaló esta Excma. Corte, éstos son responsables del comportamiento de su sociedad de apoyo al giro bancario, sus ingresos están directamente vinculados a los de Transbank y no es materialmente factible que esta empresa dé cumplimiento íntegro a la Sentencia sin que ellos compartan los riesgos del paso a un modelo de cuatro partes, mediante una reducción sustancial de sus tasas de intercambio.
111. Con ese mérito, solicitamos a VS Excma. corregir tales faltas y adoptar los remedios que se requieran para ello, en particular dejando sin efecto la resolución recurrida y disponer la tramitación incidental del cumplimiento de la Sentencia N° 82.422 respecto de Transbank y de sus accionistas emisores, en los términos solicitados por esta Fiscalía.

POR TANTO, de acuerdo con lo expuesto, normas legales y constitucionales citadas y en virtud de los artículos 545, 546, 548 del Código Orgánico de Tribunales, artículo 182 y demás pertinentes del Código de Procedimiento Civil,

RUEGO A S.S EXCMA: Tener por interpuesto fundado recurso de queja de los Señores Ministros del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Señor Presidente Nicolás Rojas Covarrubias, Señora Daniela Gorab Sabat, y Señora María de la Luz Domper Rodríguez (en adelante, todos ellos conjuntamente “los Ministros”), en atención a las graves faltas o abusos cometidos al pronunciar la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2022, en los autos caratulados “*Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*”, Rol NC N° 463-2020, notificada a las partes por el estado diario en la misma fecha, declararlo admisible y previo informe de los referidos señores Ministros, acogerlo en todas sus partes, adoptando las medidas conducentes a remediar las referidas faltas y abusos, dejando sin efecto la mencionada sentencia en los términos indicados en el recurso, junto con aplicar las medidas disciplinarias que estime pertinentes.

PRIMER OTROSÍ: A la Excma. Corte solicito se sirva tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Certificado emitido por la Secretaria del H. TDLC, en los términos indicados en el artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales.
2. Copia de la sentencia recurrida de fecha 9 de noviembre de 2022, dictada por los Señores Ministros recurridos.
3. Opinión jurídica titulada “Ejecución de resoluciones no contenciosas en el Derecho de la competencia”, preparada por el profesor Raúl Núñez Ojeda.

SEGUNDO OTROSÍ: A la Excma. Corte solicito ordenar se traigan a la vista los autos caratulados “*Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020*”, Rol NC N° 463-2020, seguido ante el H. TDLC.

TERCER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal tener presente que la personería de doña Mónica Salamanca Maralla para representar a la Fiscalía Nacional Económica le corresponde por el solo ministerio de la ley según el orden de subrogación contenido en la Resolución Exenta N° 636 de fecha 9 de septiembre de 2019, dictada por el Fiscal Nacional Económico (s), en calidad de segunda subrogante, considerando las resoluciones de la Fiscalía de fecha 29 de mayo de 2020, por las que el Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco Eyzaguirre, y el Subfiscal Sr. Felipe Cerda Becker, respectivamente, se inhabilitaron de conocer la investigación Rol FNE N° 2620-20, las que se acompañan en este acto

CUARTO OTROSI: Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con domicilio en Huérfanos N° 670, piso 8, comuna de Santiago. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, Víctor Santelices Ríos, Alejandro Domic Seguich y Nicolás Abarca Oyarce de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma separada e indistintamente con la suscrita.