

RECURSO DE RECLAMACIÓN.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

M. ISABEL DÍAZ VELASCO y CRISTIÁN LEVINE LIRA, abogados, por **American Express Travel Related Service Company, INC.** (“Amex”), en autos no contenciosos caratulados “*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*”, **RoI NC-474-2020**, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N°211 de 1973, que contiene las Normas sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), por este acto deducimos recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 del H. Tribunal, de 16 de agosto de 2022 (“Resolución Reclamada”), notificada a esta parte el 17 del mismo mes, solo respecto de aquellas materias específicas que se indicarán, en razón del perjuicio que ellas pueden provocar a nuestra representada y los riesgos que plantean respecto del normal funcionamiento del sistema de pagos.

Fundamos la presente reclamación en base a los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que se exponen a continuación:

I. La Resolución Reclamada

1. Amex está conforme y valora gran parte del análisis contenido en la Resolución Reclamada y su parte resolutive.

Al efecto, la Resolución Reclamada reconoce e identifica adecuadamente algunos aspectos centrales acerca del mercado de los medios de pago en Chile y la posición competitiva de Amex en el mismo. En opinión de nuestra representada, salvo por algunas materias específicas que a través del presente recurso se impugnan, en términos generales dicha resolución está orientada correctamente a promover y proteger la competencia en el sector, eximiendo de ciertas cargas regulatorias a un actor pequeño como lo es Amex en el país, quien - tal como lo ha manifestado con anterioridad en esta sede -, tiene una seria y comprometida intención de inyectar competencia efectiva en la industria en Chile y expandir su operación en el país, ya sea a través de la emisión de nuevas tarjetas de crédito, como también eventualmente a través de nuevos productos, intentando de ese modo desafiar la posición de los grandes actores.

2. Así, el H. Tribunal identificó correctamente los riesgos que implicaba someter a nuestra representada a una regulación que, al menos en el caso de Amex, no solo sería innecesaria a su respecto, sino que habría derechamente afectado su posición competitiva en el país.

Tal como lo afirmó el H. Tribunal en la parte considerativa de la Resolución Reclamada, efectivamente en el segmento de las tarjetas de crédito – el único producto a través del cual Amex compete y está presente en Chile hasta la fecha – la participación de mercado de nuestra representada, medida en base a los montos transados al 2022, corresponde solo a un 1,6%, la cual resulta por completo insignificante frente al 96% que detentan en forma conjunta en Chile sus competidores directos (Visa y Mastercard).

Dicha realidad demuestra entre otras cosas que (i) la baja densidad presente en la red de Amex no se ve beneficiada por las externalidades de red y economías de escala y ámbito que sí gozan las redes de sus competidores, y (ii) Amex no es un “*socio comercial ineludible para los comercios y emisores*”¹, lo que significa, en otras palabras, que Amex simplemente no tiene poder de mercado en Chile en el mercado de los medios de pago con tarjetas.

3. Lo anterior es prueba suficiente para concluir que Amex no cuenta en Chile con una posición de mercado que le permita incurrir en las conductas o riesgos levantados por algunos intervinientes en estos autos, alguno de los cuales fueron identificados por la Resolución Reclamada respecto de los incumbentes.

Por la misma razón, imponer gravosas instrucciones de carácter general a un actor del tamaño y posición de Amex no solo habría sido contraintuitivo de cara a la necesidad de aumentar la competencia en el mercado, sino que además sería legalmente improcedente, toda vez que el DL 211 expresamente faculta al H. Tribunal para ejercer la facultad de dictar instrucciones de carácter general, solo en la medida que los actos o contratos que ejecuten o celebren los particulares pudieren atentar contra la libre competencia.

De ese modo, si el H. Tribunal en la propia Resolución Reclamada constató que (i) Amex no tiene poder de mercado y (ii) además e incluso, en el limitado segmento de las tarjetas de crédito donde participa tiene una participación de mercado por completo marginal, no se entiende que de todos modos se le hayan impuesto algunas de las instrucciones de carácter general contenidas en dicha resolución.

4. En efecto, Amex considera que debió quedar exenta en su totalidad de las instrucciones de carácter general.

¹ Resolución Reclamada, párrafo 64, página 62.

En ese sentido, y sin perjuicio que algunas de las instrucciones contenidas en la Resolución Reclamada que resultan aplicables a Amex no serán impugnadas por nuestra representada, por estimarlas razonables, existen otras que ameritan ser revisadas por la vía del presente recurso de reclamación, referidas (i) a materias cuya resolución es de competencia de otras autoridades, como es el caso de la adquirencia y subadquirencia transfronteriza que se analiza a continuación o (ii) imponen cargas excesivas a un actor como Amex, siendo inconsistente con la circunstancia que – conforme a las definiciones adoptadas por el H. Tribunal en la Resolución Reclamada – carece de una posición de dominio de mercado.

En lo que sigue se especifican aquellas instrucciones que se impugnan mediante el presente recurso.

II. Instrucciones de Carácter General (“ICG”) específicas que se impugnan mediante la presente Reclamación

A. Regla N°4.5 numeral (b) de las ICG – Adquirencia y subadquirencia transfronteriza

5. La adquirencia y subadquirencia transfronteriza no se encuentra regulada actualmente por la normativa del Banco Central de Chile.

Como bien sostuvo el H. Tribunal en la Resolución Reclamada “[...] *la adquirencia transfronteriza, que no se encuentra amparada por el marco normativo vigente, es aquella en que “la afiliación de comercios en el exterior sin domicilio y residencia en Chile, entendida como un proceso mediante el cual un Operador o un PSP local implementen sistemas para transferir recursos a entidades domiciliadas fuera del país, efectuando la liquidación o pago en el extranjero” (p.4). Como se desprende de dicha definición, el factor clave que determina el carácter transfronterizo de la adquirencia o subadquirencia es que la entidad afiliada se encuentre domiciliada fuera del país y que la liquidación o pago se efectúe en el extranjero*”² (énfasis agregado).

6. Riesgos previstos por el Banco Central en estas materias.

Citando también al Banco Central, el H. Tribunal tuvo en consideración que “[e]n relación con dicha adquirencia transfronteriza, el BCCh advierte los riesgos que esta conlleva, señalando que “puede importar riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, y demandaría establecer si los resguardos prudenciales vigentes son apropiados a esta clase de transacciones (...). Por ello, la eventual autorización de la adquirencia transfronteriza, mediante normas de general aplicación, requeriría de un análisis cuidadoso previo, de manera de imponer en la normativa pertinente los

² Resolución Reclamada, párrafo 313, página 131.

requerimientos prudenciales y demás requisitos que sean adecuados para ese escenario, teniendo presente el mandato legal del BCCh³.

Es decir, según la perspectiva del Banco Central, la adquirencia y subadquirencia transfronteriza (i) actualmente no se encuentra regulada en la normativa de dicho regulador, (ii) conlleva ciertos riesgos que podrían afectar el normal funcionamiento del sistema de pagos y (iii) su eventual aceptación por parte del regulador requeriría de un análisis previo y cuidadoso de cara al mandato legal de dicha autoridad.

A mayor abundamiento, el H. Tribunal reconoció también que *“el BCCh sugiere que las Marcas pueden incluir exigencias de carácter general aplicables a la adquirencia transfronteriza en los contratos que celebran con los Operadores autorizados en Chile”*⁴.

7. Impedimento contenido en la Regla N°4.5 letra (b) de las ICG.

Por lo expuesto, a Amex le parece poco consistente que, a pesar de las consideraciones de seguridad del sistema de pagos con tarjeta que están detrás del pronunciamiento del Banco Central de Chile y siendo una materia de competencia de dicho Organismo, el H. Tribunal haya de todos modos establecido la siguiente regla contenida en el numeral (b) de la Regla N°4.5 de las ICG, aplicable a todas las marcas internacionales de tarjetas:

“(b) En el evento que las Marcas prohíban la adquirencia transfronteriza o indirectamente la subadquirencia transfronteriza, deberán eliminar cualquier prohibición en un plazo de 30 días hábiles”.

8. Habiendo cuestiones que envuelven riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, el órgano competente para regular esta materia es el Banco Central.

Siguiendo los criterios y parámetros definidos por el propio Banco Central y que se han citado precedentemente, a juicio de nuestra representada el H. Tribunal no tiene competencia para fijar una regulación en estas materias, máxime si con ocasión de ello se provocan riesgos sistémicos que podrían afectar el normal funcionamiento del sistema de medios de pago no solo a nivel local sino también global. Por ello, si lo que se busca es permitir eventualmente la adquirencia o subadquirencia transfronteriza, ello requiere cuando menos la existencia previa de ciertas reglas técnicas que eviten o mitiguen fuertemente los riesgos asociados a dicha actividad, lo cual corresponde en forma clara y exclusiva al ámbito de acción del propio Banco Central.

³ Resolución Reclamada, párrafo 314, página 132.

⁴ Resolución Reclamada, párrafo 315, página 132.

Por lo demás, esta parte entiende que dicho regulador ya se encuentra trabajando en una regulación al respecto, por lo que no parece adecuado que las marcas deban permitir la adquirencia o subadquirencia transfronteriza, mientras la misma no se encuentre en efecto.

Uno de los graves problemas asociados a la subadquirencia transfronteriza, radica en la imposibilidad para las marcas de conocer el lugar donde se realizó el pago al comercio final. Ello, porque cuando hay un PSP involucrado en el flujo de pago, es este último el que aparece frente a las marcas como el comercio, no pudiendo la marca validar el lugar del pago al comercio final, como tampoco puede hacerlo el adquirente, dado que cuando este último le paga al PSP desde ese momento se pierde el rastro de la transacción.

En ese sentido, tratándose de las transacciones en materia de subadquirencia transfronteriza, resulta imposible conocer el lugar de la liquidación y pago. Así las cosas, desde la perspectiva de la normativa del Banco Central, para las marcas resulta imposible determinar si se está frente a una transacción local o de una transacción transfronteriza.

Ello, desde luego, sin perjuicio de todos los otros riesgos que supone esta falta de información sobre el lugar del pago y el comercio, que impide, por ejemplo, que la marca pueda aplicar y validar correctamente los controles de fraude que se requieren en cada transacción, siendo inútil para dicho propósito que el PSP simplemente envíe al adquirente en forma mensual un listado con la información sobre los comercios, porque dicha información debe ser conocida a nivel de cada transacción.

9. Petitorio de Amex en esta materia.

Consistente con lo aquí planteado, Amex solicita la eliminación del numeral (b) contenido en la Regla N° 4.5 de las ICG, dado que se trata de una materia que corresponde al ámbito regulatorio del Banco Central de Chile, quien podrá tomar todas las providencias y medidas necesarias en el caso que decida permitir la adquirencia y subadquirencia transfronteriza, a efectos de evitar todos los graves riesgos asociados a esas actividades.

B. Regla N° 6 de las ICG - Costos de marca

10. Deberes de información y limitaciones injustificadas en materia de aumentos de costos de marca.

A través de esta regla el H. Tribunal obligó a las marcas internacionales de tarjetas (incluida Amex) a:

- (a) *“Enviar a la FNE, con una periodicidad anual, sus costos de marca para transacciones domésticas, presenciales y no presenciales, indicando cuáles servicios comprenden y desglosados por categoría de tarjeta de pago.*

- (b) *Si aumenta cualquiera de los componentes de los costos de marca, las Marcas deberán justificar tales aumentos en base a consideraciones objetivas y no discriminatorias; ello implica que deberán indicar de qué manera los aumentos o la instauración de nuevos cobros dentro de la categoría de costo de marca propenden a **aumentar la calidad de los servicios de las Marcas** o a **mejorar el funcionamiento del sistema** de pagos con tarjetas. Para estos efectos, deberán comunicar a la FNE y a sus licenciarios adquirentes dichas justificaciones, con una antelación de 60 días a la fecha que pretenden implementar los cambios en los costos de marca*”.

11. Concepto de los costos de marca (“CM”).

De acuerdo con el Glosario de la Resolución Reclamada y según se explica en la parte considerativa de la misma “[...] los costos de marca corresponden a los cobros que las Marcas efectúan a los adquirentes, a cambio de los servicios que prestan en su red”⁵. Dichos costos, según también lo afirmó el H. Tribunal en la Resolución Reclamada, representan alrededor de sólo un 7% del *merchant discount rate* que pagan los comercios en cada transacción⁶.

Tal como lo tuvo presente el H. Tribunal, “los CM representan costos para los adquirentes y un incremento en estos puede traducirse en un aumento del MD (dependiendo de si el adquirente traspasa totalmente dicho costo aguas abajo a los comercios o lo traspasa parcialmente, **lo que dependerá de la regulación, de la estructura de mercado y de la intensidad de la competencia en el segmento de la adquirencia**)”⁷ (énfasis agregado).

Esta última apreciación del H. Tribunal siendo correcta es sin embargo incompleta. En efecto, si bien es cierto que habiendo más competencia en el lado adquirente habrá menos opciones e incentivos para estos últimos de traspasar el mayor costo aguas abajo a los comercios, ocurre que el H. Tribunal pareciera dar por sentado que la marca efectiva y unilateralmente podría aumentar los CM, cuestión que no es real. Ello, por cuanto, al menos en el caso de Amex, respecto de la gran mayoría de los CM, existen impedimentos contractuales para hacerlo, por un lado y limitaciones económicas y de competencia, por el otro (razones más que suficientes para haber quedado exenta Amex del cumplimiento de esta regla), según se explica a continuación.

12. Los CM de Amex no son “impuestos” a los adquirentes por la marca, porque casi la totalidad⁸ de los mismos consisten en costos fijados a nivel contractual y negociados con cada uno de

⁵ Resolución Reclamada, párrafo 339, página 154.

⁶ Resolución Reclamada, párrafo 401, página 155.

⁷ Resolución Reclamada, párrafo 401, página 155.

⁸ Se exceptúan de los CM contractuales y bilaterales, aquellos contenidos en el denominado “*Network Fee Schedule*” (“NFS”) que contiene los costos del *switch* de la marca, es decir, se trata de costos asociados a la red de Amex que es global y por ende rigen para todo el mundo por igual, no existiendo costos asociados a la red que sean especiales para Chile como tampoco para ningún otro país en particular.

ellos en forma bilateral; por ello, no pueden ser aumentados unilateralmente por nuestra representada.

Ese es el modelo de negocios de Amex en Chile y ello no puede ser modificado por la Compañía sin el consentimiento de todos y cada uno de sus licenciatarios adquirentes. Así, la obligación impuesta por el H. Tribunal en la Resolución Reclamada, consistente en informar a los adquirentes las justificaciones de los posibles aumentos de los CM, no se condice con el hecho que, en el caso de Amex, dicha obligación se encontraría naturalmente cumplida a todo evento y *ex-ante*, considerando que para poder aumentar los CM necesariamente debe negociar dicho aumento con cada licenciatario y firmar la correspondiente enmienda contractual.

13. A mayor abundamiento, según el propio H. Tribunal lo constató en la Resolución Reclamada, Amex no tiene poder de mercado al no ser una red ineludible de cara a los comercios.

Todos los costos de marca cobrados por Amex necesariamente deben tener en cuenta el equilibrio que es requerido a efectos de evitar una menor aceptación de sus tarjetas por parte de los comercios. Así, un incremento de dichos costos que no guarde relación con los servicios que presta la marca a los adquirentes necesariamente traería como consecuencia un aumento en el *merchant discount rate* y, por ende, los comercios dejarían de aceptar las tarjetas de la marca en sus respectivos recintos, lo que impactaría de manera muy frontal los efectos indirectos de red al tratarse de un mercado de dos lados: al existir una menor cantidad de comercios donde las tarjetas Amex son aceptadas, menos atractivas serán para los tarjetahabientes, lo que finalmente impactaría en la densidad de su red. En ese sentido, al no ser Amex una red ineludible de cara a los comercios sencillamente no cuenta con incentivo alguno para aumentar indiscriminadamente los costos de marca.

14. Por esas razones y de acuerdo al propio análisis realizado por el H. Tribunal en la Resolución Reclamada, Amex debió haber quedado exenta del cumplimiento de esta regla.

Por lo demás, al no ser ineludible la red de Amex de cara a los comercios y al no tener poder de mercado, ello significa que la marca tampoco cuenta con poder negociador de cara al segmento adquirente (toda vez que el segmento adquirente es la cara visible del comercio) y como la mayoría de los CM de Amex son contractuales y deben ser negociados en forma bilateral con cada licenciatario adquirente, resulta poco plausible creer que Amex podría imponer a los distintos adquirentes aumentos injustificados de los CM.

15. Limitación de las causales para incrementar los costos de marca únicamente para aumentar la calidad del servicio o a mejorar el funcionamiento del sistema.

No parece justificado haberse limitado los aumentos de los CM únicamente a esos dos supuestos, considerando que pueden existir aumentos de costos asociados a insumos y servicios que

están detrás de los CM, pero que no necesariamente estén directamente vinculados con la calidad del servicio o el funcionamiento del sistema.

16. Petitorio de Amex en esta materia.

Por las razones indicadas, Amex solicita quedar exenta del cumplimiento de esta regla, en razón de (i) no tener poder de mercado que le permita aumentar sus costos de marca sin sufrir una consecuencia inmediata del lado de los comercios, quienes podrían decidir simplemente no aceptar las tarjetas de Amex, lo que tendría un impacto en el lado de los tarjetahabientes, según se explicó y (ii) porque su modelo de negocios en Chile exige que cualquier modificación respecto de una porción mayoritaria de los costos de marca del lado adquirente sean negociados en forma bilateral con todos y cada uno de los licenciatarios adquirentes, estando impedida de hacer aumentos en forma unilateral, sin contar con poder negociador de cara al segmento adquirente.

A su vez, y por las mismas razones, parece injustificado imponer a un actor que carece de una posición de dominio de mercado, la carga de tener que practicar engorrosas comunicaciones anuales a la Fiscalía Nacional Económica informando sobre los CM o bien informando futuros aumentos en los CM.

En subsidio, para el evento que Amex no fuera exenta de las obligaciones contenidas en esta materia en las Instrucciones de Carácter General, solicitamos que los incrementos de los CM puedan también justificarse en base a los aumentos de costos de los insumos y servicios que están detrás de los CM.

C. Interoperabilidad – Regulación necesaria pero incompleta

17. Amex valora la regulación establecida por el H. Tribunal en materia de interoperabilidad de cara al segmento emisor.

Tal como se planteó por Amex en su aporte de antecedentes, la interoperabilidad es “*una característica absolutamente crucial en un M4P, pues fomenta la competencia en los distintos segmentos del mercado, especialmente en la adquirencia, donde funcionará como una puerta de entrada a nuevos competidores, quienes podrán operar las tarjetas emitidas por todos los emisores, simplemente al lograr conectarse y acceder de manera directa a los switch de la red de AMEX y del resto de las marcas. En ese sentido, la interoperabilidad permitirá a cualquier adquirente o PSP (debidamente registrado) actuar como adquirente o sub adquirente de la marca en el mercado nacional, siempre que cumpla con los estándares técnicos y reglas definidos por AMEX y el resto de las marcas para operar*”.

Por eso, Amex valora en profundidad que el H. Tribunal haya resuelto en la Resolución Reclamada los problemas más significativos planteados por nuestra representada en materia de interoperabilidad, habiendo establecido en ella una regla de cara al lado emisor.

18. Ausencia de regulación en el lado adquirente.

Amex estima que habría sido muy bienvenido establecer también una regla similar de interoperabilidad de cara al segmento adquirente, habida cuenta especialmente de que se está en presencia de un mercado muy dinámico, donde cuestiones que a primera vista no parecieran ser problemáticas hoy, sí pueden serlo en el futuro.

En este sentido, en la medida que el segmento de los subadquirentes (“PSPs”) se ha ido desarrollando y consolidando en el país, se han ido presentando en el último tiempo (últimos tres meses especialmente) ciertos inconvenientes y dificultades en perjuicio de Amex, justamente en razón de que su red es aún pequeña y de baja densidad, lo que hace que algunos actores en el segmento adquirente la posterguen a la hora de realizar las inversiones y desarrollos respectivos a efectos que las tarjetas Amex sean aceptadas en los comercios afiliados por los PSPs.

Y aquí el problema no radica en la regulación del Banco Central respecto a las distintas formas de interconexión (directa o indirecta), que permite a los adquirentes conectarse al lado emisor de manera directa (en vez de hacerlo en forma indirecta a través del switch de las marcas⁹), sino que se trata de los desarrollos y tecnologías para que los PSP’s puedan conectarse al adquirente respectivo y así puedan operar a través del switch de las marcas, habiéndolos realizado hasta la fecha solo para Visa y Mastercard, excluyendo injustificada y arbitrariamente a nuestra representada de dichos proyectos de interconexión.

Así, a juicio de Amex existe un tratamiento discriminatorio e injustificado que le perjudica, porque los proyectos de implementación de los desarrollos tecnológicos por parte de los adquirentes y PSPs respecto de Visa y Mastercard han avanzado rápidamente, dejando a nuestra representada nuevamente relegada al final como última prioridad, lo que a juicio de Amex constituye una barrera de entrada artificial anticompetitiva, porque le impide de entrada que en los comercios afiliados por los PSPs acepten las tarjetas de su marca.

19. Desarrollos que requieren los PSPs al ingresar a un adquirente.

Hacemos presente que los desarrollos requeridos para conectar a los PSPs a los adquirentes de modo que los primeros puedan conectarse o funcionar a través del switch de las marcas, son siempre financiados por los propios PSPs y/o los adquirentes en su caso. Ello porque cuando un PSP se integra a un adquirente debe realizar una serie de desarrollos en sus sistemas para el envío de los

⁹ Tal como se explica en los párrafos 119 y siguientes de la parte considerativa de la Resolución Reclamada.

archivos y mensajería en la forma en que el adquirente (y la marca) lo requiere. Y una vez implementados estos desarrollos, el adquirente debe hacer pruebas de integración para validar y certificar que todo funcione correctamente. Dicha certificación desde luego tiene un costo para el PSP, puesto que el adquirente debe contratar los servicios y recursos para realizar dichas pruebas.

Tan grave ha sido la relegación de Amex en estos proyectos, que incluso en el último tiempo algunos actores en el lado adquirente han intentado traspasar ese costo a la marca de manera completamente injustificada, y si bien en algunos casos Amex ha considerado asumir ese costo de modo de no perder competitividad frente a los grandes actores (tal como ocurrió en el segmento del procesamiento emisor con Nexus) lo cierto es que aun así la priorización y el interés por incluir a la marca en esos desarrollos ha sido inexistente, y como tal discriminatorio.

Por ello, los desarrollos tecnológicos que se hagan en el segmento adquirente a efectos de conectar a los PSPs al switch de Visa y Mastercard, no pueden excluir a nuestra representada. Por lo mismo, la regulación en materia de interoperabilidad contenida en las ICG debe ser complementada a efectos que sea un principio general en el mercado, estableciéndose al menos un deber de no discriminación en materia de interoperabilidad técnica en el lado adquirente.

20. Petitorio de Amex en esta materia.

Por lo expresado, solicitamos que las ICG sean complementadas, de manera tal de incluir en ellas un deber general de no discriminación en materia de interoperabilidad técnica en el segmento adquirente, tanto respecto de costos como de tiempos de implementación de los desarrollos y tecnologías envueltos.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE SOLICITAMOS: Tener por interpuesto el recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022, de 16 de agosto de 2022, notificadas a esta parte el 17 de agosto pasado, declararlo admisible, darle tramitación y, en definitiva, elevarlo a la Excm. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del presente recurso, lo acoja en todas sus partes, enmendando la Resolución Reclamada en los términos aquí planteados respecto de aquellas instrucciones de carácter general específicas que se han individualizado en el cuerpo de esta presentación.