

INTERPONE RECURSO DE RECLAMACIÓN

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

XIMENE ROJAS PACINI, abogada en representación de **FLOW S.A. (“Flow”)**, en autos 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*”, **Rol NC-474-2020**, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley 211 (“**DL 211**”), vengo en deducir recurso de reclamación en contra de la Resolución de ese H. Tribunal - *INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL N°5/2022* (indistintamente, “**Resolución Reclamada**” o “**ICG**”) de fecha 16 de agosto de 2022 de este H. Tribunal, notificada a esta parte con fecha 17 de agosto de 2022, solicitando a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, enmendando, rectificando, o complementando parcialmente la resolución recurrida de la forma que se señala a continuación, lo que será desarrollado en profundidad en esta presentación:

1. Rectificar la decisión del H. Tribunal, ordenando a las Marcas eliminar cualquier prohibición relativa a que un PSP pueda contratar con otro PSP

De estimar insuficiente lo anterior, solicitamos a la Excma. Corte Suprema que, además de ordenar a las Marcas eliminar cualquier prohibición relativa a que un PSP pueda contratar con otro PSP, incorpore dicha situación -contratación de un PSP por otro PSP- en la “Propuesta de Modificación Normativa N°1 del H. Tribunal”, relativa a las condiciones más favorables para PSP en relación con los adquirentes, de modo que las autoridades pertinentes puedan regular esta materia.

2. Reemplazar la Instrucción 4.4 (c) Reglas que imponen el traspaso de clientes del PSP al operador, y en su lugar Prohibir expresamente a las Marcas imponer Reglas que obliguen a los comercios secundarios afiliados por un PSP a firmar un acuerdo directamente con un operador después de traspasar los umbrales fijados por las marcas o cualquier otra regla que implique el traspaso de clientes de un PSP a un operador, por cuanto dichas Reglas restringen la competencia y son contrarias a la regulación sectorial chilena.
3. Complementar la Instrucción 4.5. del H. Tribunal sobre Reglas de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza, ordenando que, de aplicar las Marcas con posición dominante cualquier Programa, sistema, cobro o condición referido o relacionado a la adquirencia o subadquirencia transfronteriza, este debe estar justificado económicamente, no pudiendo incluir cobros diferenciados -como las tasas de intercambio transfronterizas- ni cobros cuyo único fundamento sea que el adquirente o subadquirente se encuentra en un país diferente al del comercio al cual se pretende prestar servicio.
4. Complementar la letra (c) de la misma Instrucción 4.5. requiriendo a las Marcas que el envío a la FNE de los cobros asociados a los adquirentes por transacciones transfronterizas sea previo a su ejecución y que la implementación de éstos solo pueda llevarse a cabo una vez que la FNE los apruebe, habiendo verificado que dichos costos están justificados económicamente.
5. Complementar las ICG N°5, ordenando al Operador superdominante, Transbank, cumplir a cabalidad el fallo de la Excma. Corte Suprema en Causa Rol N°82.422- 2021, instruyendo que mientras las determinaciones de tarifas a PSP a ser cobradas por Transbank no hayan sido *precedidas de una evaluación técnica de las autoridades, que examine su pertinencia y conveniencia, velando por que los cambios tiendan a hacer más eficiente el sistema y no provoquen disrupciones que, por el contrario, afecten su normal funcionamiento, interrumpen la cadena de pagos o hagan más costosas las ventas de bienes y servicios*, Transbank aplique tarifas a los PSP que sean 50%

inferiores a aquellas cobradas por Transbank a comercios, permitiendo a los PSP competir eficazmente en el mercado de la adquirencia y subadquirencia.

1. Ordenar a las Marcas eliminar cualquier prohibición relativa a que un PSP pueda contratar con otro PSP

Las reglas de las Marcas sobre PSPs y subcomercios establecen que un PSP no puede ser subcomercio de otro PSP, y que un PSP no puede afiliarse a otro PSP. Según las mismas reglas, un PSP tampoco puede ser facilitador de pagos para una Staged Digital Wallet.¹

Como señaló Flow en autos, esta prohibición constituye una práctica anticompetitiva e injustificada que perjudica directamente a los PSPs y a los consumidores, según veremos *infra*.

Sin embargo, en las ICG N°5, y pese a que el H. Tribunal reconoció que “los argumentos esgrimidos que critican esta regla de las Marcas son plausibles toda vez que podrían limitar el crecimiento de los PSPs”², dicho Tribunal descartó impartir instrucciones a las Marcas en relación a la posibilidad de que los PSPs contraten a otros PSPs³.

Uno de los motivos que indicó el H. Tribunal para no regular esta materia fue la falta de supervisión que tendrían los Operadores respecto a los PSP con los que no tienen una relación contractual, vale decir, con el segundo PSP contratado por un primer PSP que sí mantiene una relación contractual con el Operador. En palabras del H. Tribunal:

“[E]l alzamiento de esta prohibición supone incorporar un agente económico adicional a quien el Operador debe supervisar y con quien no tendría una relación contractual. Ello incrementa la asimetría de información a su respecto y por tanto disminuye su capacidad de monitorear y observar el comportamiento del PSP que contrata

¹ Por ejemplo, en el caso de Mastercard, ver: MASTERCARD Rules 7.6.5 Payment Facilitators and Submerchants: A Payment Facilitator may not be a Submerchant of any other Payment Facilitator, nor may a Payment Facilitator be a Payment Facilitator for another Payment Facilitator. A Payment Facilitator cannot be a Payment Facilitator for a Staged Digital Wallet.

² ICG N°5, par. 272

³ ICG N°5, par. 275.

exclusivamente con otro PSP. Ello podría exacerbar el riesgo moral en los términos que se explica en la sección 2.2) infra y desincentivar la competencia en el segmento de adquirencia⁴”.

Por otro lado, el H. Tribunal también estableció que esta situación supuestamente no quedaría cubierta por la regulación y que la acción de reembolso del Operador se limita solo a aquel PSP con el cual contrató. Al efecto, el H. Tribunal indicó en las ICG N°5, que:

“Asimismo, respecto de la obligación de supervisión y responsabilidad de pago que empece a los Operadores, de conformidad con la normativa, esta se extiende solamente respecto de los PSPs que “contraten” con ellos. De igual manera, respecto de la acción de reembolso que el Operador podría impetrar contra los PSPs, en el caso que estos no efectúen los pagos correspondientes a sus comercios secundarios, contemplada en el CNF, esta se limita a aquellos terceros que “contraten” con los Operadores”⁵.

Pues bien, Flow no comparte la decisión del H. Tribunal de no emitir instrucciones a las Marcas sobre esta materia y solicita que la Excma. Corte Suprema rectificar dicha decisión, disponiendo expresamente que las Marcas eliminen cualquier prohibición de que un PSP pueda contratar con otro PSP.

Hacemos presente desde ya que admitir que las Marcas puedan imponer a su arbitrio esta prohibición implicaría dejar en manos de esos actores dominantes el poder para limitar innecesaria e injustificadamente el legítimo desarrollo y expansión del negocio de los PSPs, cuestión que, tal como verificó el H. Tribunal en el proceso de dictación de las ICG, las Marcas han venido haciendo sistemáticamente a través de la imposición arbitraria e injustificada de sus diversas reglas y que seguirán haciendo, en caso de que no les sea prohibido.

Como explicaremos a continuación, aceptar la prohibición de las Marcas en esta materia restringe de forma injustificada el dinamismo y crecimiento de la industria, en circunstancias que los riesgos identificados por el TDLC se encuentran debidamente resguardados por algunas de las medidas adoptadas en las ICG N°5 para el régimen que deben mantener los PSPs en su relación con los Operadores en lo que respecta, entre otros, a materias de seguridad y responsabilidad por los pagos. Pese a aquello, por motivos que escapan al entendimiento de

⁴ ICG N°5, par. 273.

⁵ ICG N°5, par. 274.

Flow, dichas medidas no fueron aplicadas por el H. Tribunal para el caso de la afiliación de PSP a PSP.

Primero. Como señalamos en nuestro aporte de antecedentes, el hecho de que un PSP pueda prestar servicios a otro PSP permite un rápido crecimiento del negocio de ambos, constituyendo la prohibición de las Marcas una traba a dicho crecimiento. Asimismo, la prohibición de las Marcas impide que los PSPs se puedan especializar en nichos de mercado, lo que a su vez les permitiría conectar comercios y consumidores de industrias específicas, así como conocer sus dinámicas y a los clientes de ese nicho a cabalidad. Adicionalmente, cuando un PSP agrega a otros PSPs especializados, obtiene mejor manejo de fraude y de riesgo, gracias al conocimiento del nicho que posee el PSP especializado, sinergia que se pierde con la prohibición de las Marcas.

Además, y relacionando lo anterior con las restricciones y prohibiciones a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza impuestas por las Marcas – las que el H. Tribunal, acertadamente prohibió y limitó en las mismas ICG^o5— al no disponer de la oferta que se puede conseguir cuando un PSP nacional integra a otro PSP extranjero, el consumidor nacional ve reducida la oferta de productos y servicios transfronterizos, o los recibe a mayor precio. Por ejemplo, a una empresa china o europea que desea llegar al mercado latinoamericano le resulta conveniente integrarse con solo un PSP (ej. a un mayorista a nivel latinoamericano que agrupa la demanda en el continente) que le de acceso a todo este territorio. A su vez, este mayorista puede integrarse con un PSP local en cada país, permitiendo así al comercio extranjero (chino o europeo, en nuestro ejemplo) llegar al mercado con productos y servicios a un precio óptimo y pagados en moneda local, ampliando la integración financiera.

Segundo. Flow considera contradictorio que el H. Tribunal haya regulado a los PSPs que tienen una relación contractual con un Operador y no lo haya hecho respecto a la posibilidad de que un PSP afilie a otro PSP. Esto, sobre todo considerando que los riesgos identificados por el H. Tribunal son similares para ambos casos y que, por tanto, la regulación aplicable para la relación Operador-PSP-Comercio Secundario también puede hacerse cargo de los riesgos identificados respecto de relación Operador-PSP-PSP. En ese sentido, resulta inexplicable que el TDLC haya optado por validar la prohibición de las Marcas en vez de aplicar instrucciones que permitieran mitigar los riesgos identificados.

En efecto, no existe ningún motivo para que las instrucciones en materia de traspaso de información o formulación de condiciones y exigencias que puedan realizar los Operadores a los PSP no sean aplicables a la afiliación que pueda realizar un PSP respecto a otro PSP. De hecho, *en las mismas ICG N°5 el H. Tribunal* permite que los Operadores hagan exigible a los PSP la entrega de información relativa a los comercios secundarios, de conformidad con las exigencias contenidas en la regulación sectorial.

En concreto, las instrucciones que regulan la relación entre PSPs y Operadores son completamente aplicables a la afiliación que un PSP pueda llevar a cabo respecto a otro PSP. De hecho, la aplicación de estas instrucciones cumple el mismo propósito en ambos casos, vale decir, *reducen la asimetría de información, aumentan la capacidad de los operadores de monitorear y observar el comportamiento del PSP que con otro PSP, disminuyendo el riesgo moral.*

Así, por ejemplo, la Instrucciones 4.4 sobre Reglas de las Marcas aplicables a PSP en su letra (a), relativa al Acceso a información estratégica de los PSPs por parte de operadores, podrían perfectamente contemplar la obligación de que los PSPs provean la información de los PSPs que afilien (y sus comercios secundarios), en los mismos términos exigidos en la instrucción referida:

- *Los operadores, en los términos indicados en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central, solo podrán exigir a los PSP la información que se indica en la normativa sectorial aplicable, esto es, aquella información que revista el carácter de “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias.*
- *Las Marcas deberán modificar sus reglas de manera de que sean coherentes con el punto anterior.*

Lo mismo ocurre con la letra (b) de la misma Instrucción 4.4, la cual establece las “Exigencias sobre la afiliación por PSPs de comercios que participan en rubros considerados riesgosos”. Dicho apartado establece una serie de condiciones que los adquirentes también podrían aplicar para la afiliación de un PSP por parte de un PSP con el que el Operador tenga contrato. Dicha Instrucción señala:

- *Los procesadores adquirentes o adquirentes integrados deberán establecer condiciones y exigencias públicas, generales, objetivas y no discriminatorias respecto de los rubros de los comercios secundarios que estimen riesgosos. Así, los procesadores adquirentes y adquirentes integrados deberán, en un plazo de 60 días hábiles, publicar los rubros comerciales que estimen más riesgosos y las condiciones que deben cumplir los PSPs si desean afiliarse a comercios que participen de dichos rubros; ello, fundándose en requerimientos normativos o técnicos, tales como la seguridad o adecuada gestión de los riesgos que afecten el normal funcionamiento del sistema de tarjetas de pago respectivo.*
- *Si un procesador adquirente o adquirente integrado requiere modificar dicho listado de rubros, deberá comunicar dicha modificación a los PSPs con 60 días de anticipación.*

Asimismo, el segundo párrafo de la letra (c) de la misma instrucción, que establece Reglas que imponen el traspaso de clientes del PSP al operador ordena que:

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

Resulta sorprendente, entonces, que el H. Tribunal no haya considerado la misma solución frente a los mismos riesgos. De hecho, nada obsta a que los PSPs puedan transparentar la información de los PSPs con los que contratan y sus comercios secundarios, dejando en manos del Operador y de la legislación nacional en esta materia la evaluación del riesgo de dicho PSPs y sus comercios secundarios.

Respecto a esto último, es importante señalar que la regulación sectorial prescribe que los Operadores son los responsables de la obligación de supervisión y pago de los PSPs. En efecto, el Título I, párrafo 4 del Capítulo III.J.2. del CNF establece claramente que “*son los Operadores los responsables por frente a las entidades afiliadas y/o los Titulares o Usuarios de Tarjetas con quienes se encuentren vinculados contractualmente, la responsabilidad por la*

prestación efectiva de tales servicios y el resguardo de la seguridad operacional de las actividades encomendadas a dichos terceros". Por tanto, al ser la prestación efectiva de los servicios de pago responsabilidad del Operador, lo lógico sería que sea dicha entidad, que es la que asume el riesgo y que está en mejor posición para determinarlo, la que decida si la prestación del servicio de PSP a PSP es o no riesgosa, y no las Marcas. En ese sentido, para efectos de la evaluación del PSP por parte del Operador, es factible que este solicite previamente a la afiliación la información relativa al PSP que se busque afiliar, así como sus comercios secundarios, en los mismos términos que la ICG N°5 establece para los PSP con los que los operadores suscriban contratos.

Por su parte, respecto a lo señalado por el H. Tribunal sobre *la acción de reembolso que el Operador podría impetrar contra los PSPs, en el caso que estos no efectúen los pagos correspondientes a sus comercios secundarios, contemplada en el CNF, esta se limita a aquellos terceros que "contraten" con los Operadores*, es importante recordar que los contratos PSP incorporan la entrega de colaterales/boletas de garantía a los Operadores calculado en consideración al monto de las transacciones, por lo que nada impide que dichos colaterales puedan ser modificados por el acuerdo entre el Operador y el PSP que desea prestar servicios a otro PSP. Esto, como señalamos, considerando que de conformidad a la regulación sectorial es el Operador el que asume el riesgo y está en mejor posición para determinar la seguridad de transacciones derivadas de la afiliación de PSP a PSP.

A mayor abundamiento, la aplicabilidad de dichas instrucciones se encuentra en plena armonía con lo que señala el H. Tribunal respecto a la información que deben entregar los PSPs en materia de adquirencia transfronteriza. Al establecer la Instrucción a las Marcas sobre transacción transfronteriza o adquirencia transfronteriza, ese Tribunal señala que: *"en lo que se refiere a la información que deben entregar los PSPs a los licenciatarios adquirentes y luego estos a las Marcas, como se adelantó, se ordenará que entreguen la información relativa a los comercios secundarios, de conformidad con las exigencias contenidas en la regulación sectorial, señaladas en la sección d.1) supra*⁶.

Tercero. En esta misma línea, el H. Tribunal elaboró las Propuestas de Modificación Normativa N°1, relativa a las condiciones más favorables para PSP en relación con los adquirentes, cuyo

⁶ ICG N°5, par 332.

fundamento en relación a los riesgos detectados es prácticamente idéntico a los que se identificaron respecto a la afiliación de PSP a PSP.

Es importante recordar que el H. Tribunal señala expresamente que dicha propuesta normativa se realiza “de manera que los PSPs sean fiscalizados y así poder reducir el riesgo moral que existe en desmedro de las entidades que actúan como operadores de tarjetas de pago”⁷; en consideración a que *“existe un escenario en que los Operadores se encuentran obligados a contratar con los PSPs y a permitirles acceso e interconexión a su infraestructura y son responsables, en último término, de los pagos que asuman los PSPs con sus comercios secundarios, por una parte; y por otra, la demora, falta de precisión en la entrega de información relativa a conocimiento del cliente o lavado de activos o financiamiento del terrorismo, o derechamente omisión de información a los Operadores por parte de los PSPs - en cuanto entidades desreguladas- no conlleva una sanción para estos⁸; y que los Operadores no pueden monitorear por sí mismos a los comercios secundarios si los PSPs no les entregan la información pertinente. Ello redundaría en una asimetría de información en el marco de una relación contractual entre Operadores y el PSP, por cuanto los Operadores tienen la incapacidad de observar el comportamiento de los PSPs en relación con los comercios que afilián, especialmente en lo relativo a la gestión de riesgo y seguridad. En definitiva, los PSPs pueden tomar riesgos respecto de sus comercios secundarios y no asumen las consecuencias que estos pueden generar⁹.*

En atención a los riesgos enunciados (prácticamente idénticos a los detectados para la afiliación de un PSP por parte de otro PSP), la recomendación normativa llevada a cabo por el H. Tribunal, determinó:

(a) Que los PSPs que realicen actividades de liquidación y/o pago se sujeten a la Ley N°19.913 y a la fiscalización de la UAF.

⁷ ICG N°5, par. 284. Adicionalmente, según se expondrá en la sección 2.2) *infra*, se realizará una recomendación normativa.

⁸ ICG N°5, par. 379.

⁹ ICG N°5, par. 380.

(b) Que los PSPs, ya sea que realicen o no actividades de liquidación y/o pago, se sometan a la fiscalización de la CMF.

Como resulta evidente, la “Propuesta de Modificación Normativa N°1” del H. Tribunal se hace cargo de forma expresa, exactamente de las mismas de las consideraciones relativas a la capacidad del Operador para supervisar al PSP con quien no tiene una relación contractual; a la supuesta asimetría de información; y a la exacerbación del riesgo moral, que el H. Tribunal tuvo a la vista para no impartir instrucciones a las Marcas en relación a la posibilidad de que los PSPs afilien a otros PSPs.

De esta manera, Flow considera improcedente la solución del H. Tribunal en materia de afiliación de PSP por parte de un PSP. Dicha solución le da carta blanca a la Marcas para que simplemente mantengan su prohibición, en circunstancias que el mismo H. Tribunal ya se hizo cargo de los riesgos detectados en la misma ICG N°5, con soluciones que son aplicables a esta materia. En este sentido, nada obsta para que los PSPs puedan afiliar a otros PSPs, siendo perfectamente viable que los primeros entreguen al Operador información relativa a los PSPs que afilien en los mismos términos establecidos en la ICG N°5 para la entrega de información de comercios secundarios, quedando, por tanto, sujetos a las instrucciones y recomendaciones que impartan autoridades sectoriales correspondientes, como la CMF y la UAF.

En resumen, los riesgos vinculados a los PSPs ya fueron abordados por el H. Tribunal. A partir de dicho análisis, es posible concluir que existen mecanismos que mitigan dichos riesgos, no existiendo razón alguna para que esos mecanismos no sean aplicados a la afiliación de un PSP por parte de otro PSP. Al no dictar una Instrucción expresa en esta materia, el H. Tribunal deja en manos de la Marcas — actores dominantes—el poder para limitar innecesaria e injustificadamente el legítimo desarrollo y expansión del negocio de los PSPs – cuestión que han venido haciendo sistemáticamente a través de la imposición arbitraria de sus diversas reglas y que seguirán haciendo, en caso de que no les sea prohibido.

En virtud de lo señalado, solicitamos a la Excma. Corte Suprema:

Rectificar la decisión del H. Tribunal, ordenando a las Marcas eliminar cualquier prohibición relativa a que un PSP pueda contratar con otro PSP

De estimar insuficiente lo anterior, solicitamos a la Excma. Corte Suprema que, además de ordenar a las Marcas eliminar cualquier prohibición relativa a que un PSP pueda contratar con otro PSP, incorpore dicha situación -contratación de un PSP por otro PSP- en la “Propuesta de Modificación Normativa N°1 del H. Tribunal”, relativa a las condiciones más favorables para PSP en relación con los adquirentes, de modo que las autoridades pertinentes puedan regular esta materia.

2. Prohibir las reglas de las Marcas que imponen el traspaso de clientes de un PSP al Operador

Tal como mi representada planteó en su Aporte de Antecedentes al Procedimiento Rol NC-474-2020, tanto las Reglas de Visa como de Mastercard, disponen que los comercios secundarios afiliados por un PSP que exceden cierto umbral de volumen anual de transacciones deben firmar un contrato de afiliación directamente con el Operador, lo que implica un deber de traspaso de clientes, por parte de los PSP al operador, con quien compite en el segmento de la adquirencia y subadquirencia. Además de que las Reglas en comento eliminarían todo incentivo de Flow –o de cualquier PSP— para desarrollar su clientela, crecer con ella y crear y expandir nuevos mercados, con el consecuente resultado de un mercado de medios de pago menos vigoroso, dinámico y competitivo, dichas reglas van mucho más allá de lo establecido por las normas del Numeral I.5. del Capítulo III.J.2 Operación de Tarjetas de Pago del CNFBCCH, relativas a los umbrales sobre los cuales un PSP, como Flow, debe transformarse en operador.

Al respecto, al analizar estas reglas de las Marcas el H. Tribunal acoge nuestros argumentos y preocupaciones, señalando que “*el regulador no ha establecido una obligación que atañe a los PSP consistente en traspasar clientes a los operadores, sino que el regulador es más “laxo” en cuanto a las funciones que pueden desempeñar los PSPs en algunos casos. En consecuencia, las reglas de las Marcas exceden lo dispuesto por la autoridad sectorial y pueden erigirse en una barrera a la expansión de los PSPs porque sus reglas exigen que estos cedan sus clientes*

más rentables a competidores actuales (adquirente integrado) o potenciales (procesador adquirente).”¹⁰

Sin embargo, la ICG N°5, en la Instrucción 4.4 sobre (c) Reglas que imponen el traspaso de clientes del PSP al operador, el H. Tribunal instruye que “Las Marcas deberán adecuar a la regulación sectorial chilena los umbrales que gatillan la obligación de que un PSP traspase clientes a un operador, en un plazo de 30 días hábiles.

Al respecto, hacemos presente a la Excma. Corte Suprema que la instrucción referida genera una confusión, pues la obligación a la que se refiere no es parte de la regulación sectorial chilena. Lo que señala el referido Numeral I.5. del Capítulo III.J.2 Operación de Tarjetas de Pago del CNFBCCH es que los PSPs pueden llevar a cabo servicios de liquidación o pago de los montos que correspondan a los comercios afiliados por concepto de transacciones efectuadas con tarjetas, siempre que se cumplan algunas condiciones, las que incluyen que la liquidación y/o pago efectuado por un determinado PSP, durante 12 meses anteriores, por cuenta de cada uno de los operadores con quien mantiene un contrato, sea inferior al 1% del monto total de pagos realizados a los comercios afiliados, por parte de todos los operadores autorizados por la CMF, dentro del mismo período (en los términos expresados en la fórmula que se expone en la misma disposición del CNF). El referido 1% actúa como umbral, toda vez que, si un PSP supera dicho umbral por tres trimestres consecutivos respecto de uno o más operadores, debe constituirse como operador ante la CMF, no traspasar sus clientes al operador.

Por otro lado, como ya explicamos, las reglas de las Marcas disponen que los comercios secundarios afiliados por un PSP que exceden cierto umbral de volumen anual de transacciones deben firmar un contrato de afiliación directamente con el Operador, generando, en los hechos un traspaso de clientes de los PSP al operador, con los consecuentes perjuicios ya indicados.

En base a lo anterior, solicitamos a la Excma. Corte Suprema:

Reemplazar la Instrucción 4.4 (c) Reglas que imponen el traspaso de clientes del PSP al operador, y en su lugar Prohibir expresamente a las Marcas imponer Reglas que obliguen a los comercios secundarios afiliados por un PSP a firmar un acuerdo directamente con un operador después de traspasar los umbrales fijados por las marcas o cualquier otra regla

¹⁰ ICG N°5. Par. 281.

que implique el traspaso de clientes de un PSP a un operador, por cuanto dichas Reglas restringen la competencia y son contrarias a la regulación sectorial chilena.

3. Complementar la Instrucción 4.5. del H. Tribunal sobre Reglas de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza; y,

4. Complementar la letra (c) de la misma Instrucción

Flow reconoce como un gran avance el hecho que la letra (b) de la Instrucción 4.5. de las ICG N°5 haya ordenado a las Marcas eliminar, en un plazo de 30 días hábiles, cualquier prohibición en lo que respecta a la adquirencia transfronteriza o indirectamente la subadquirencia transfronteriza.

Sin embargo, las ICG permiten que las Marcas, actores con poder de mercado, realicen cobros por concepto de transacciones transfronterizas, con el solo requisito de que envíen a la FNE información sobre a sus costos¹¹.

Al respecto, los Programas de las Marcas, como el Programa PIFO, *Payment Intermediary Foreign Exchange (FX) Operator (PIFO)* - impuesto por Mastercard a través del contrato de licencia firmado entre esa marca y todos los Operadores chilenos, introduce una serie de cobros y requerimientos tecnológicos a los PSP que prestan servicios transfronterizos¹².

Tal como hicimos presente en este Procedimiento, esos cobros y requerimientos tecnológicos que pretende imponer unilateralmente Mastercard – y que al parecer también evalúa implementar Visa con su programa EMLP- constituyen, a todas luces, un método diseñado para entorpecer y restringir la adquirencia y subadquirencia transfronteriza que deben ser abordados de la misma forma y según el mismo marco de análisis utilizado por el H. Tribunal al evaluar

¹¹ ICG N°5, par. 331. “Asimismo, en consideración a que existen Marcas que poseen una posición dominante, según se señaló en el acápite D, sección 3, se les ordenará a éstas que envíen a la FNE en un plazo de 30 días hábiles y luego en forma semestral, los cobros asociados a los adquirentes por transacciones transfronterizas, en forma desglosada por servicios y con indicación de su fundamento, junto con los cobros asociados a las transacciones domésticas. Estas cifras deberán entregarse en un formato que permita comparar los distintos ítems que componen los cobros por transacción, por tipo o categoría de tarjeta.

¹² “Programa *Payment Intermediary Foreign Exchange Operators (“Programa PIFO”)* que Mastercard emplea con los proveedores de servicios de pagos que intermedian transacciones entre adquirentes locales y comercios ubicados en el extranjero (“PIFOs”) a través de Transbank S.A. (“Transbank”).” Presentación de MasterCard en procedimiento NC 474-20, de fecha 13 de octubre de 2021.

y proscribir las reglas de las marcas que prohíben la prestación de servicios transfronterizos de adquirencia y subadquirencia, por cuanto ambas estrategias resultan en efectos similares sobre la competencia.

En efecto, el Programa PIFO constituye en los hechos una segmentación artificial, arbitraria y anticompetitiva del mercado relevante geográfico de los servicios de adquirencia y subadquirencia, que impone cobros artificiales a la provisión de dichos servicios a zonas geográficas arbitrariamente definidas por Mastercard, sin que existan justificaciones económicas u operacionales atendibles.

Permitir a las Marcas con posición dominante implementar Programas como el PIFO o cualquier sistema similar, sin atender el hecho de que dichos programas incorporan condiciones y cobros injustificados, excesivos y arbitrarios --incluidas las tasas de intercambio transfronterizas, y cobros cuyo único fundamento es que el adquirente o subadquirente se encuentra en un país diferente al del comercio al cual se pretende prestar servicio--, significaría, en los hechos la exclusión de Flow, y de otros PSP, de un segmento del mercado de la adquirencia y subadquirencia – cual es la afiliación de comercios extranjeros –el cual puede ser perfectamente servido por nuestra representada.

Hacemos presente a la Excma. Corte Suprema lo señalado por el propio H. Tribunal respecto a las graves consecuencias que pueden tener para los PSPs y los consumidores programas como PIFO de Mastercard o el EMLP de Visa, que aumentan artificialmente los costos tanto a adquirentes como PSPs:

“Ambas reglas de Visa y Mastercard se traducen en que las transacciones no presenciales que las Marcas califican como transfronterizas, pero que no necesariamente lo son bajo la definición del BCCh, en que el adquirente se localiza en un país distinto al comercio al que se pretende prestar el servicio, se aplicarán las TI y CM transfronterizos, que son superiores a los domésticos y las primeras no se encontrarán sujetas a los límites que se establezcan en virtud de la Ley de TI. Ello hace más gravoso el procesamiento y la afiliación de transacciones no presenciales asociadas a adquirencia o subadquirencia transfronteriza, dando lugar a merchant discounts más altos para los comercios que, en definitiva, pueden traspasar aguas abajo al consumidor final. Al mismo tiempo, la prohibición de la adquirencia/subadquirencia transfronteriza afecta a los tarjetahabientes chilenos porque no pueden acceder a los servicios ofrecidos por PSPs

locales (pagar con tarjetas sin cupo internacional, pagar en pesos chilenos evitando el riesgo cambiario y pagar en cuotas)”¹³

Finalmente, hacemos presente que recientemente, Mastercard fue demandada en sede de libre competencia por dos PSPs - causas Rol C-449-2022 y C-451-2022 del TDCL - por el carácter presumiblemente anticompetitivo de los cobros y condiciones de su programa PIFO. En ambos expedientes, ese Tribunal consideró que existía una presunción grave del derecho alegado por las demandantes, por lo que estimó necesario establecer medidas precautorias en contra de Mastercard, de modo de proteger a los PSPs de las conductas abusivas establecidas el Programa PIFO.

En consecuencia, solicitamos a la Excma. Corte:

- i) Complementar la Instrucción 4.5. del H. Tribunal sobre Reglas de las Marcas relativas a la adquirencia y subadquirencia transfronteriza, ordenando que, de aplicar las Marcas con posición dominante cualquier Programa, sistema, cobro o condición referido o relacionado a la adquirencia o subadquirencia transfronteriza, este debe estar justificado económicamente, no pudiendo incluir cobros diferenciados -como las tasas de intercambio trasfronterizas- ni cobros cuyo único fundamento sea que el adquirente o subadquirente se encuentra en un país diferente al del comercio al cual se pretende prestar servicio; y,
- ii) Complementar la letra (c) de la misma Instrucción requiriendo a las Marcas que el envío a la FNE de los cobros asociados a los adquirentes por transacciones transfronterizas sea previo a su ejecución y que la implementación de éstos solo pueda llevarse a cabo una vez que la FNE los apruebe, habiendo verificado que dichos costos están justificados económicamente.

5. Ordenar al Operador superdominante, Transbank, cumplir a cabalidad el fallo de la Excma. Corte Suprema en Causa Rol N°82.422- 2021, instruyendo que mientras no lo haga, Transbank aplique tarifas a los PSP que sean 50% inferiores

¹³ ICG N°5, par. 326.

a aquellas cobradas por Transbank a comercios, permitiendo a los PSP competir eficazmente en el mercado de la adquirencia y subadquirencia.

Es relevante tener a la vista que FLOW, como el resto de los PSP, son, por un lado, clientes de Transbank en el mercado aguas arriba (acceso a insumos esenciales infraestructura de procesamiento adquirente) que les permite ser competidores de Transbank en el mercado aguas abajo de la adquirencia (y subadquirencia).

En ese contexto, FLOW está en una posición competitiva muy débil, ya que su negocio está construido alrededor de la infraestructura de los sistemas de pagos y para poder prestar sus servicios depende del actor supradominante Transbank -no solamente en términos de infraestructura, sino también en términos de precios (esto es, las tarifas de acceso que cobra Transbank)

Al respecto, es importante entender que a diferencia de lo que ocurría en el sistema de M3P, en que la comisión de FLOW era un porcentaje del Merchant Discount de Transbank- en el escenario actual, toda competencia que ocurre entre Transbank y otros adquirentes y subadquirentes en la afiliación de comercios está virtualmente restringida y tiene lugar únicamente respecto del monto del margen adquirente. Esto, dado que la tasa de intercambio cobrada por los emisores y los Costos de Marca cobrados por Visa y Mastercard actúan como un precio fijo, un piso del Merchant Discount.

Al respecto, durante el procedimiento de Consulta de Transbank ante el H. Tribunal, que dio lugar al Resolución 67/2021 de ese Tribunal y a su vez a la sentencia en la causa Rol N°82.422-2022 de la Excma. Corte Suprema, Transbank señaló que *“Como una forma de maximizar la competencia en este mercado, las tarifas de acceso de Transbank en relación con PSP han sido determinadas a costo económico, entendido éste como los costos medios de largo plazo asociados al uso de la infraestructura de Transbank por parte de dichos PSP. De este modo, la política tarifaria de Transbank de cara a los PSP que desarrollen sub-adquirencia garantiza que puedan competir independientemente de sus escalas. Al respecto, debe tenerse presente que el costo económico en materia de acceso de PSP a la infraestructura de Transbank (el procesamiento adquirente) es inferior al costo económico utilizado para determinar el MA máximo de la Compañía en relación con los comercios. La razón es que, como se ha dicho,*

existen menos servicios que Transbank entrega a los PSP que aquellos que provee a los comercios.¹⁴

En esa línea, en su Resolución 67/2021, el H. Tribunal, al aprobar la tarifa a cobrar por Transbank a los PSP en virtud del Sistema Tarifario consultado (“Tabla Tarifa PSP”), indicó que “los sub-adquirentes o PSP demandan menos servicios de Transbank que los comercios y, por este motivo, la Tabla Tarifa PSP sometida a Consulta, refleja tarifas que son casi un 30% menores a aquellas cobradas a comercios (para variables de ticket promedio y número de transacciones equivalentes). Es decir, la Tabla Tarifa PSP que se solicita aprobar a este Tribunal, corresponde a una ponderación, cuyo factor es cercano a 0,7, de la Tabla MA Comercios”.

Al respecto, tras la dictación de la Resolución 67 del H. Tribunal, Transbank implementó su nuevo sistema tarifario PSP -Tabla tarifa PSP- que efectivamente correspondía a una ponderación, cuyo factor era cercano a 0,7, de la Tabla MA Comercios, que aun cuando encarecía sustancialmente los MA cobrados por Transbank a Flow hasta ese momento, le dejaban al menos algún margen de maniobra para competir.

Sin embargo, con fecha 22 de agosto de 2022, Transbank envió a FLOW una comunicación informando que, *conforme con la decisión de la Excelentísima Corte* - que con fecha 8 de agosto de 2022, dictó su sentencia en la causa Rol N°82.422-2021 sobre el sistema tarifario consultado por Transbank al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rechazándolo en todas sus partes - *Transbank tiene la obligación de cobrar un margen adquirente fijo, objetivo e igualitario para todos los comercios afiliados a quienes les hacía aplicable el sistema tarifario consultado.*

*Así, dando cumplimiento al fallo referido, **a partir de hoy lunes 22 de agosto de 2022, Transbank implementará el cobro de un margen adquirente fijo por cada transacción (uno para crédito y otro para débito y prepago), que cumplirá con los parámetros indicados por la Excelentísima Corte. Este margen adquirente será equivalente al costo económico que***

¹⁴ II.3.2. Autorregulación de la tarifa de acceso para PSP a costo económico, Pagina 14, Consulta de Transbank.

Transbank tiene por desarrollar su actividad, el que ha sido determinado luego de un extenso análisis realizado por un panel de expertos independiente, designado en conjunto con la Fiscalía Nacional Económica.

Dejamos, primero que todo, constancia del evidente incumplimiento por parte de Transbank de la sentencia de la Excma. Corte en la causa Rol N°82.422-2021, por cuanto, dicha empresa, desatendiendo por completo lo ordenado en esa Sentencia:

- Impuso tarifas más gravosas para varias de las partes involucradas en el sistema; y
- La imposición de dichas tarifas no estuvo precedida de una evaluación técnica de las autoridades, que examinara su pertinencia y conveniencia, velara por que los cambios tiendan a hacer más eficiente el sistema y no provoquen disrupciones que, por el contrario, afecten su normal funcionamiento, interrumpan la cadena de pagos o hagan más costosas las ventas de bienes y servicios.

Como segundo punto, hacemos presente además que, el hecho de que, supuestamente, el margen adquirente cobrado por Transbank fue determinado luego de un extenso análisis realizado por un panel de expertos independiente, designado en conjunto con la Fiscalía Nacional Económica, es irrelevante, pues la existencia y conformación de dicho panel era parte de la Resolución 67 del H. Tribunal sobre la Consulta de Transbank, rechazada por la Excma. Corta Suprema en su Resolución en causa Rol N°82.422-2021, misma que Transbank dice estar cumpliendo al imponer sus nuevas tarifas a FLOW.

Quizá más grave para Flow aún es el hecho de que, por motivos y cálculos que desconocemos, las tarifas cobradas por Transbank a Flow ya no son casi un 30% menores a aquellas cobradas a los comercios. En efecto, las nuevas tarifas de Transbank llegan en casos a ser apenas 10% menores a aquellas cobradas por Transbank a los comercios.

Si la situación con un descuento de apenas un 30% ya era difícil para Flow, ahora es simplemente imposible que con el MA cobrado por Transbank, los PSP, como FLOW, puedan competir por precio con ese actor supradominante, intentando a la vez innovar y promover la capilaridad e inclusión financiera.

En términos simples, el MD que Transbank cobra actualmente a FLOW es equivalente a que Transbank ofreciera un MD de 100 a los comercios y a Flow, su competidor, le ofreciera un MD de 99, para que luego ambos competieran por la misma demanda.

Por otra parte, el descuento insignificante que ahora da Transbank a Flow ignora por completo que mi representada realiza una serie de tareas de cara a los comercios que Transbank no realiza, incluida la gestión comercial, servicios de post venta y soporte operativo y comercial y análisis de riesgo. Estas y otras actividades realizadas por Flow le significan a ese actor supra dominante un ahorro muchísimo mayor que un 10% respecto al costo que le significa prestar servicios directamente a los comercios.

Por otra parte, es dable pensar que un PSP representa menos de un 0,5% del volumen transado por Transbank. Por lo tanto, más del 99,5% de la operación de Transbank ocurre con prescindencia de su relación con el PSP. Así las cosas, el costo marginal de operar una transacción de un PSP, en la red ya implementada de Transbank debiese ser proporcional a la participación de ese PSP en el volumen total de operaciones de Transbank.

En este contexto, el sistema tarifario de MA para PSP que está siendo implementado por Transbank, está produciendo un estrangulamiento de márgenes que reduce al mínimo la posibilidad de FLOW y de otros actores de competir contra Transbank en el mercado de la adquirencia y subadquirencia. De esta forma es falso lo indicado por Transbank, en cuanto a que *la política tarifaria de Transbank de cara a los PSP que desarrollen sub-adquirencia garantiza que puedan competir independientemente de sus escalas*¹⁵.

Hacemos presente que, según lo indicado por la Excm. Corte Suprema en la Resolución referida, respecto a que *"tampoco debe olvidarse que el servicio consistente en el procesamiento, liquidación y pago de las transacciones, es uno de intermediación, que busca facilitarlas por la vía de omitir el traslado físico de dinero, de modo que resulta relevante también la fiscalización a cada uno de los actores, especialmente a las sociedades de apoyo al*

¹⁵ II.3.2. Autorregulación de la tarifa de acceso para PSP a costo económico, página 14, Consulta de Transbank

giro bancario que actúan en esta materia, cuya actividad debe estar destinada a promover el mayor acceso a los medios de pago que permita la tecnología actual y no puede convertirse en fuente de ganancia sin límites para un grupo o segmento

En virtud de lo anterior y considerando la posición de Transbank en el mercado, el hecho de que los PSP demandan mucho menos servicios de Transbank que los comercios, por lo que la Tarifa PSP de Transbank debiese ser muchísimo menor que aquella cobradas a comercios por Transbank; que las tarifas impuestas por Transbank a los PSP generan un riesgo de estrangulamiento de márgenes que limita la capacidad de los subadquirentes para afiliar comercios; que dichas tarifas son tan altas que restringen completamente la posibilidad de éstos de competir eficazmente, al disminuir virtualmente a 0 su margen de ganancia, solicitamos a la Excm. Corte:

Complementar las ICG N°5, ordenando al Operador superdominante, Transbank, a cumplir a cabalidad el fallo de la Excm. Corte Suprema en Causa Rol N°82.422- 2021, instruyendo que mientras las determinaciones de tarifas a PSP a ser cobradas por Transbank no hayan sido precedidas de una evaluación técnica de las autoridades, que examine su pertinencia y conveniencia, velando por que los cambios tiendan a hacer más eficiente el sistema y no provoquen interrupciones que, por el contrario, afecten su normal funcionamiento, interrumpen la cadena de pagos o hagan más costosas las ventas de bienes y servicios, Transbank aplique tarifas a los PSP que sean 50% inferiores a aquellas cobradas por Transbank a comercios, permitiendo a los PSP competir eficazmente en el mercado de la adquirencia y subadquirencia.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO, Tener por interpuesto el recurso de reclamación contra la Resolución - INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL N°5/2022 de fecha 16 de agosto de 2022 de este H. Tribunal, notificada a esta parte con fecha 17 de agosto de 2022, declararlo admisible, darle tramitación y, en definitiva, elevarlo a la Excm. Corte Suprema, con el objeto

que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, enmendando, rectificando, y/o complementando parcialmente la resolución recurrida de la forma señalada por este Parte.



CVE: CCFF6760

Puede validar este documento en <https://validador.firmaya.cl>

www.bpo-advisors.net