

Recurso de Reclamación

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Francisco Bórquez Electorat y Josefina Poblete Ormeño, abogados, en representación de Servicios Visa Internacional Limitada (“**Visa**”), en estos 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 N° 474-2020, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente decimos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 y 31 inciso final del Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”) y encontrándonos dentro de plazo legal, interponemos fundado recurso de reclamación (“**Recurso de Reclamación**”) en contra de la Instrucción de Carácter General N° 5/2022 dictada por el H. Tribunal el 16 de agosto de 2022 (“**ICG N° 5**”), notificada a esta parte mediante correo electrónico el 17 de agosto del mismo año, que dictó instrucciones generales en relación al mercado de medios de pagos con tarjetas.

En su intento de establecer las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, débito y de pago con provisión de fondos, el H. Tribunal impuso una serie de medidas que van más allá de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del DL 211.

De paso, el H. TDLC estableció una inédita regulación que impone una serie de medidas a nuestra representada, a la que no se encuentra sujeta ninguna empresa en ningún mercado en Chile.

Si lo que buscaba el H. Tribunal era “saldar la deuda histórica” que tenía la autoridad de Libre Competencia en el mercado de medios de pago, por no haber establecido a tiempo límites al monopolio de Transbank S.A. (“**Transbank**”), las ICG N° 5 no hace mayor justicia al “cargarle la mano” a una de las partes dentro del ecosistema -esto es, a las marcas de tarjetas de pago (“**Marcas**”), como Visa- mediante la imposición de estrictas medidas y regulación sin precedentes ni justificación.

Todo lo anterior, particularmente considerando: (i) que el mercado de cuatro partes (“**M4P**”) se encuentra en un estado incipiente en Chile, sin que exista evidencia empírica para el mercado nacional, de los eventuales riesgos a la competencia que se pretenden mitigar por medio de las medidas y regulación establecida en las ICG N° 5; (ii) que la Libre Competencia es

solamente uno de los varios bienes jurídicos que se encuentran concernidos en el funcionamiento del mercado de medios de pago, y que deberá ser la autoridad sectorial –por tanto- quien determine las regulaciones necesarias para protegerlos como un todo; y, (iii) que, tratándose de un mercado de múltiples lados, deben establecerse las condiciones que puedan lograr un equilibrio entre los distintos incentivos de todos los actores, de modo de fomentar el crecimiento del ecosistema de pagos como un todo.

En virtud de lo anterior, respetuosamente solicitamos al H. TDLC tener por interpuesto el presente Recurso de Reclamación y admitirlo a tramitación ante la Excma. Corte Suprema, para que ésta deje sin efecto las ICG N° 5 y, en particular, se mantengan vigentes las Reglas Básicas de Visa y Reglas de Productos y Servicios de Visa (“**Reglas de Visa**”) y se eliminen las medidas respecto de los costos de marca.

I. Origen de las ICG N° 5 y la validez de los antecedentes acompañados en dicho contexto

1. En primer lugar, para contextualizar el Recurso de Reclamación, es necesario recordar que la causa inmediata del presente proceso es una consulta presentada a mediados del año 2020 por Banco Santander.

2. En dicha consulta Santander planteó que, a pesar de los cambios normativos propiciados por la Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 que busca la transición desde un mercado de medios de pago con un modelo de tres partes a uno de cuatro partes y los esfuerzos realizados por el H. TDLC, “*subsisten en el mercado dificultades para la real, plena y oportuna consecución de dichos objetivos*”¹.

3. Los problemas identificados por Santander decían relación específicamente con prácticas de Transbank², asociados a las dificultades en la interoperabilidad para poder en la práctica realizar la transición al M4P, modelo que tanto los reguladores, como el H. TDLC y la Excma. Corte Suprema han buscado fomentar durante los últimos años.

4. Cabe tener presente que el H. TDLC consideró que el procedimiento adecuado para analizar los obstáculos indicados por Banco Santander era el establecido en el artículo 18 N°3 del DL 211, iniciando de oficio el procedimiento 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*”

¹ Consulta de Santander, de fecha 9 de septiembre de 2020, página 3.

² Ello no es de extrañar, puesto que desde 1991, la Comisión Preventiva Central ya advertía que Transbank podría ejercer prácticas monopólicas en el mercado, encomendando a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) su observación (Comisión Preventiva Central. Dictamen 757/262 de fecha 18 de abril de 1991, párrafo 6).

de fondos; en especial, la interoperabilidad entre los distintos actores que participan en este mercado, y la revisión de ciertas prácticas comerciales y de los incentivos que tienen dichos actores”.

5. Sin embargo, durante el contexto del proceso, Transbank buscó desviar la atención hacia otros actores del mercado, como las Marcas, lo cual fue seguido por un número de intervinientes- principalmente, grandes comercios- cada uno velando por su propio interés y posición en dicho mercado.

6. Todos estos actores tienen múltiples intereses jurídicos y comerciales disímiles, no todos coincidentes en asegurar la implementación eficaz del M4P o el resguardo de la Libre Competencia. En efecto, la existencia de intereses no necesariamente alineados con la protección de la Libre Competencia y que, por ende, resta objetividad a los antecedentes aportados por algunos actores ha sido reconocida por las autoridades de competencia, por ejemplo, en materia de análisis de fusiones³.

7. En este sentido, en diversos pasajes de las ICG N° 5 y, como se indicará más adelante en detalle, los únicos antecedentes que justifican lo resuelto provienen de actores que velan por sus propios intereses y no necesariamente por la Libre Competencia o el beneficio del consumidor.

8. En efecto, la naturaleza variada de los intervinientes, que incluyen a emisores, comercios, adquirentes y Marcas implica que existen intereses de distinta índole, en miras del beneficio propio y que pueda ir en desmedro del interés de otro actor del mercado, incluso para aquellas entidades que no fueron parte de este procedimiento. Más aún en un mercado de múltiples lados en donde pueden existir incentivos contrapuestos entre los distintos lados del mercado⁴.

9. Naturalmente, lo anterior llevará a la dificultad de conciliar todos estos intereses e incentivos, puesto que en mercados de este tipo cada parte velará por su propio beneficio y podrá tener efectos perjudiciales para actores de otro lado del mercado, al igual que otros actores del mismo lado del mercado.

10. Adicionalmente, muchas de las justificaciones para la medida de eliminación de algunas Reglas de las Marcas y los llamados para incorporar mayor regulación al mercado de medios de pagos tiene un fundamento en comparación con otras jurisdicciones, sin consideración a las

³ Así lo señala, por ejemplo, respecto de las opiniones respecto a una fusión de los competidores la “Horizontal Merger Guidelines” del Department of Justice y la Federal Trade Commission de Estados Unidos (página 5) y la “Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales” de la FNE (página 33).

⁴ En este sentido, véase Corte Suprema de EE. UU. Decisión caso Ohio et al v. American Express Co. et al. 2017. Página 4. Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf>.

particularidades del mercado chileno -que por lo demás recién ha podido comenzar a ajustarse al nuevo M4P- ni en la realidad actual de la industria.

11. Es decir, se les imponen a las Marcas fuertes medidas sin que la justificación de cada una de ellas en las ICG N° 5 haya dado cuenta de evidencia concreta para el mercado chileno –lo cual es lógico porque recién empezó a funcionar el M4P- sino que más bien se utilizaron supuestos riesgos teóricos y especulativos sobre lo que podría ocurrir para justificar la imposición de dichas instrucciones.

12. Entonces, si bien, muchos de los temas en discusión en estas ICG N° 5 han sido analizados por autoridades a nivel comparado, el análisis efectuado por el H. TDLC resulta precipitado en comparación con otras jurisdicciones, especialmente considerando que el M4P se encuentra en una fase inicial y que aún existen obstáculos para una interoperabilidad completa, como lo ha hecho ver la Excma. Corte Suprema⁵.

13. Por lo tanto, estamos frente al inicio de un nuevo modelo en que evidentemente se van a generar desacuerdos, muchos de ellos propiciados por Transbank, por lo que cualquier modificación de dicho sistema naturalmente puede perjudicar a ciertos actores que podrán estar ante situaciones menos ventajosas de lo que estaban en un modelo con Transbank como el centro del sistema de pagos.

14. Esto mismo ha sido señalado por el Banco Central de Chile (“**Banco Central**”): *“que la implementación efectiva de dicho modelo no ha sido lo suficientemente expedita ni ha estado exenta de algunas fricciones y dificultades, que se han presentado principalmente en el proceso de transición de un modelo a otro. Lo anterior no es del todo sorprendente, dada la multiplicidad de actores involucrados y la aplicación por años del modelo M3P anterior, con un solo Operador”*⁶ (énfasis agregado).

15. En efecto, la reciente transición al M4P implica que se requiere tiempo⁷ para que todos los participantes del ecosistema de pagos digitales puedan no solo ajustarse sino beneficiarse de una nueva dinámica competitiva y comercial. Tal como el Banco Central señala *supra*, este nuevo

⁵ Excma. Corte Suprema. Rol N° 82422-2021. Considerando vigésimo quinto a vigésimo séptimo.

⁶ Banco Central. Ord Oficio. N° 856-2020. Página 6.

⁷ Véase lo señalado por el Banco Central en el Oficio Ord. N° 856-2020 *“resultaría importante también considerar que las referidas instrucciones generales que pudieren dictarse, incorporen criterios de proporcionalidad, razonabilidad y oportunidad acordes con permitir el desarrollo y adopción de un M4P en Chile, en forma progresiva y en condiciones de debida transparencia y competencia, considerando los roles que el ordenamiento legal confiere al BCCh y la CMF”* (énfasis agregado).

modelo puede causar conflictos en el mercado, por lo que cualquier regulación antes que se termine de ajustar puede generar consecuencias no deseadas⁸.

16. En opinión de Visa, quien está en una mejor posición para regular estos distintos conflictos es la autoridad sectorial, tal como se verá a continuación.

17. Por otro lado, se imponen medidas específicas para Visa, por cuanto tendría una supuesta “posición dominante”.

18. Respecto de lo anterior, cabe señalar que una instrucción de carácter general no puede recaer sobre un actor en específico siendo ello contrario a su naturaleza jurídica, sino que tienen que ser, justamente, de carácter general.

19. En segundo lugar, el H. TDLC indica que Visa tendría “posición dominante”, basado en evidencia no concluyente como reconoce el mismo H. Tribunal.

20. Tampoco se realizó un análisis detallado respecto de la supuesta “posición dominante” que tendría Visa.

21. Como lo señala la jurisprudencia y doctrina no hay un umbral de participación de mercado que implique una posición dominante⁹, sino que debe estudiarse las características del mercado como las condiciones de entrada, innovación, otros competidores actuales o potenciales, entre otros factores, incluyendo el hecho que el M4P recién comienza a operar en Chile.

22. Las ICG N° 5 no detallan el análisis de estos factores, indicando incluso el H. TDLC que no tiene la información sobre algunos puntos relevantes¹⁰, concentrando la mayor parte de su análisis en las participaciones de mercado de las tarjetas.

⁸ En el mismo sentido la autoridad de competencia del Reino Unido ha señalado que: “*Basándonos en nuestra propia experiencia, en los estudios de casos que hemos examinado en este informe, y las conversaciones con el BRE y el RPC, hemos identificado que la regulación puede suponer un reto especial cuando se trata de mercados de rápida evolución o en aquellos disruptivos. En concreto, puede ser difícil para los reguladores garantizar que, en este tipo de mercados, la regulación sea proporcional, contenga las salvaguardias necesarias y, al mismo tiempo, no obstaculice la innovación*”. Traducción libre de: “*Based on our own experience, the case studies we have looked at in this report, and discussions with the BRE and RPC, we have identified that regulation can pose a particular challenge when it comes to fast-moving markets or markets in which there is disruption. Specifically, it can be difficult for policymakers to ensure that in these kinds of markets, regulation is proportionate, contains the necessary safeguards but at the same time does not hinder innovation*”. Competition and Markets Authority del Reino Unido. 2020. Regulation and Competition. A Review of the Evidence. Página 62. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/857024/Regulation_and_Competition_report_-_web_version.pdf.

⁹ Ybar, M. “*Comprendiendo el abuso de posición dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencial nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*”. Página 17.

¹⁰ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 49.

23. Lo anterior muestra una visión sesgada del H. TDLC que categóricamente indica que Visa tendría una posición dominante en el mercado, basándose en información parcial y sin considerar todas las características del mercado.

II. Cualquier regulación en este mercado debe considerar todos los bienes jurídicos concernidos

24. Por otra parte, al dictar las ICG N° 5, el H. Tribunal no consideró el efecto de las medidas establecidas en su interacción con otros bienes jurídicos protegidos, cuestión que es materia de los organismos sectoriales respectivos¹¹.

25. En múltiples ocasiones el Banco Central ha recalado acerca de la importancia que estas ICG N° 5 fueran concordantes con los objetivos perseguidos por el Banco Central, a saber, *“cautelar la continuidad de la cadena de pagos respecto de las entidades afiliadas a los sistemas de Tarjetas; y el funcionamiento del referido mercado bajo condiciones de eficiencia y eficacia, dotado de resguardos operacionales y de seguridad adecuados, y de certeza jurídica”*¹².

26. Lo anterior, considerando que las materias tratadas en estas ICG N° 5 pueden tener impactos sobre la normativa sectorial de los sistemas de pagos y las políticas públicas relativas a la innovación y la promoción de nuevos entrantes en este mercado.

27. En ese sentido, si bien se entiende el rol que tiene el H. TDLC en la revisión del mercado de medios de pagos y las distintas prácticas que se dan el mismo desde el punto de vista de la Libre Competencia a través de la facultad del artículo 18 N° 3 del DL 211, ésta debe ser concordante con otros principios y bienes jurídicos que son protegidos por las instituciones sectoriales financieras respectivas.

i. Reglas de las Marcas, especialmente la Regla de Adquirencia Transfronteriza

28. Lo anterior se hace patente a propósito de las medidas relativas a las Reglas de las Marcas, donde se establece su eliminación, sin hacer un riguroso análisis sobre los efectos que pueden tener

¹¹ En este sentido, el H. TDLC ha señalado que: *“En el ejercicio de esta atribución [proposición normativa] y tal como se señaló en la resolución de término N° 127/2014, si bien el D.L. N° 211 indica que este Tribunal debe hacer uso de esta facultad por razones de libre competencia, **no lo puede hacer sin tomar en consideración los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa que efectúe, pues aun cuando el objeto de esta norma sea “fomentar la competencia”, ello no puede ir en detrimento de otros bienes jurídicos.** Así lo ha dicho la Excm. Corte Suprema al declarar que “el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad” (Sentencia Rol N° 9265-2010, consideración décimo quinta)”* (énfasis agregado). H. TDLC. 2014. Proposición Normativa N° 15/2014. Considerando 43. Adicionalmente, véase H. TDLC. 2014. Proposición Normativa N° 18/2016, considerandos 217-218.

¹² Banco Central. Oficio Ord. N° 856 de 9 de noviembre de 2020. Página 6.

sobre otras normativas, instituciones y bienes jurídicos, por lo que siempre debe existir un análisis integrado y holístico considerando otros principios de materias distintas a la Libre Competencia.

29. Por ejemplo, la prohibición de la *No Surcharge Rule* en Australia aumentó la prevalencia de sobrecargos por parte de los comercios generando distorsiones de precios para los consumidores.

30. En particular, quisiéramos detenernos en el caso de la eliminación de la Regla que prohíbe la adquirencia transfronteriza y el rol que ejerce tanto el Banco Central, como la Comisión para el Mercado Financiero (“**CMF**”) en relación a la gestión de riesgos en el sistema de pagos, como se verá a continuación.

31. La adquirencia transfronteriza está intrínsecamente relacionada con la regulación sectorial del Banco Central y la CMF, en específico en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central y la Circular N° 1 y 2 de la CMF respecto de empresas operadoras de tarjetas de pago, en atención que éstas establecen los requisitos, condiciones y obligaciones que deben cumplir los adquirentes para operar en Chile.

32. Si bien, varios intervinientes del proceso de autos intentaron presentar la adquirencia transfronteriza como una materia exclusivamente de Libre Competencia, minimizando el rol del Banco Central sobre la misma, ha quedado claro de los antecedentes que se aportaron en el contexto de estas ICG N° 5, que este tema no puede ser analizado sin las consideraciones regulatorias sectoriales.

33. Es el Banco Central quien está llamado a velar por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos y que en virtud de la Ley Orgánica Constitucional tiene la potestad normativa respecto de la emisión y operación de tarjetas de pago. A su vez, la CMF está facultada para la supervisión de los emisores y operadores.

34. En línea con los argumentos esgrimidos por nuestra representada a folio 270, 329, 416 y 431 de éstas ICG N° 5, ha sido el H. TDLC el que ha advertido sobre los riesgos que puede producir la realización de la adquirencia transfronteriza¹³ y que permitir que los proveedores de servicios de pago (“**PSP**”) continúen con estas actividades puede generar consecuencias sobre el sistema de pagos.

35. Estos riesgos fueron señalados por el Banco Central que en el Oficio Ord. N° 235 de 24 de mayo de 2022 (“**Oficio N° 235**”) indicó que la “*adquirencia transfronteriza puede importar*”

¹³ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Considerando 314.

riesgos para el normal funcionamiento del sistema de pagos, y en particular demandaría establecer si los resguardos prudenciales vigentes son apropiados a esta clase de transacciones (...) cabría determinar cuáles serían las medidas requeridas para cautelar que los pagos a los comercios afiliados en Chile no queden expuestos a mayor riesgo, por ejemplo, como consecuencia que los recursos actualmente previstos para ello se destinen a efectuar pagos a otras entidades en el exterior”¹⁴ (énfasis agregado).

36. Es a partir de los riesgos ya advertidos por el Banco Central que dicha entidad señaló en el contexto de autos que la actividad de adquirencia transfronteriza no se encontrara amparada en nuestra regulación, como se explicará más adelante.

37. Lo anterior es de toda importancia, puesto que no resulta consistente con ello que a Visa se le haya ordenado la eliminación de la Regla de Restricción en Adquirencia Transfronteriza de Visa (“**Regla de Adquirencia Transfronteriza**”) si es el Banco Central quien no permite este tipo de actividades.

38. En efecto, mediante el Oficio N° 235 el Banco Central señala que la adquirencia transfronteriza “...no se encuentra amparada por el marco normativo vigente.”, puesto que “...ni la regulación del BCCh, o las normas de implementación dictadas por la CMF, autorizan la actividad de adquirencia transfronteriza respecto del uso de Tarjetas de Pago emitidas en Chile, ya sea para Operadores o para PSP que sean contratados por estos”¹⁵ (énfasis agregado).

39. Adicionalmente, el Banco Central señala que **los adquirentes son entidades que están sujetas a un objeto social exclusivo**, lo que implica que sólo pueden desarrollar actividades propias de su giro autorizado por el Banco Central (la operación de tarjetas de pago) y aquellas actividades complementarias que la CMF autorice¹⁶.

40. Dicho giro exclusivo dice relación con “*las actividades necesarias para desarrollar el objeto exclusivo, como puede ser el caso de la autorización y registro de las transacciones efectuadas con las tarjetas que opere, la provisión de plataformas o canales electrónicos para el funcionamiento de dichas tarjetas o la afiliación a establecimientos comerciales, ya sea a nombre propio o en calidad de mandatarios*”¹⁷.

¹⁴ Banco Central. Oficio Ord. N° 235. Página 4.

¹⁵ Banco Central. Oficio Ord. N° 235. Página 4

¹⁶ Para ejecutar actividades complementarias al giro exclusivo, se requiere que el operador solicite una autorización a la CMF, justificando el carácter complementario. Todas aquellas actividades que sean autorizadas por la CMF deberán ser incorporadas como anexo a la Circular N° 1 de la CMF, extendiéndose dicha actividad a todos los operadores. CMF. Circular N° 1, *Empresas Operadoras de Tarjetas de Pago*. Página 4.

¹⁷ Circular N° 1, *Empresas Operadoras de Tarjetas de Pago*. Página 4.

41. De ahí que se puede concluir que la **adquirencia o sub-adquirencia transfronteriza no está autorizada bajo el marco normativo vigente del Banco Central en la operación de adquirentes**, y como consecuencia de ello, **tampoco para aquellos sub-adquirentes** que sean contratados por adquirentes locales.

42. A mayor abundamiento, las ICG N° 5 no justifican los motivos por los cuáles sería necesario la eliminación de la Regla de Adquirencia Transfronteriza, considerando que no se ha indicado cuál es el riesgo de Libre Competencia que se busca mitigar. De hecho, es el mismo H. TDLC quien: (i) reconoce los riesgos que genera en el sistema de pagos; (ii) tiene conocimiento de los PSP que actualmente realizan estas actividades; y, (iii) se le ha hecho presente de las restricciones de la regulación sobre esta materia.

43. Esta falta de coherencia se hace más evidente cuando es el Banco Central el que establece que las exigencias de carácter general por parte de las Marcas respecto de la afiliación de entidades en el extranjero no puede ser considerada como una discriminación arbitraria y serían concordantes con la normativa dictada por el Banco Central¹⁸.

44. La eliminación de la Regla de Adquirencia Transfronteriza puede generar riesgos para el sistema de pagos, puesto que dificulta la posibilidad que Visa pueda revisar que no se esté utilizando su propia red para realizar este tipo de transacciones, causando efectos reputacionales sobre la marca de Visa -la que es reconocida por la mantención de estándares de seguridad, prevención de lavado de dinero y cumplimiento normativo-, por lo que una potencial infracción a la normativa sectorial implica un daño a su imagen, dado que dicho pago se realiza con una tarjeta Visa y se enruta dicha transacción por medio de su red.

45. La mantención de esta regla permitiría que Visa, en su rol de vincular los distintos actores del ecosistema de pagos, pueda continuar dando cumplimiento a las diversas regulaciones sectoriales dictadas en el país, y evitar que se den situaciones que pongan en riesgo el sistema de pagos.

46. Por último, tal como lo señaló el H. TDLC las instrucciones de carácter general tienen por finalidad la promoción de la competencia y el establecimiento de criterios y condiciones que prevengan infracciones a la Libre Competencia. Sin embargo, la imposición de medidas por parte del H. Tribunal debiera estar fundada en antecedentes que demuestren -a lo menos- la potencialidad de atentar contra la Libre Competencia.

¹⁸ Banco Central. Oficio Ord. N° 235. Página 5.

47. Es este punto el que no ha quedado claro en las ICG N° 5, en definitiva, no hay razón alguna por la que la Regla de Adquirencia Transfronteriza pueda implicar una infracción a la Libre Competencia, puesto que están completamente alineadas. Incluso en el caso que el Banco Central decidiera modificar o alterar la normativa de dicha materia, Visa se ajustaría plenamente a ella, como lo hace ante cualquier modificación del regulador competente en todas las jurisdicciones en que opera.

48. Con todo, el H. TDLC no ha señalado claramente de qué manera puede la Regla de Adquirencia Transfronteriza implicar un riesgo anticompetitivo al mercado y, por ende, queda en evidencia la necesidad de eliminar dicha medida.

ii. *Costos de marca*

49. En relación con los costos de marca, en primer lugar, se debe hacer presente que varios comercios han señalado -injustificadamente- durante este proceso que las Marcas, incluidas Visa, han aumentado los costos de marca con el fin de compensar las “pérdidas” producto de la regulación de las tasas de intercambio.

50. Sin embargo, gran parte de estos argumentos se reducen a utilizar investigaciones de jurisdicciones comparadas como “prueba” para especular de lo que podría suceder en Chile, en circunstancias que, tal como se señalará, no se ha podido verificar de la correlación entre alzas de costos de marca y la regulación de tasas de intercambio.

51. Estas “pruebas” justificarían la necesidad de regular los precios que las Marcas establecen por concepto de costos de marca y llevó que finalmente este H. TDLC estableciera una recomendación normativa al Ministerio de Hacienda dicte preceptos que sean necesarios para regular los costos de marca en el país.

52. En primer lugar, se debe destacar lo señalado por el H. TDLC, en cuanto “*es preciso aclarar que no existen antecedentes sobre la existencia de una regulación de los costos de marca en otras jurisdicciones*”¹⁹ y “*aunque un conjunto de países está desarrollando estudios que apoyan la preocupación por tener CM desregulados, **no existe en el mundo regulación explícita a los CM aún***”²⁰ (énfasis agregado).

¹⁹ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 415.

²⁰ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 435.

53. En efecto, a pesar de que se han realizado informes e investigaciones en algunas jurisdicciones, no hay evidencia concluyente que corrobore la correlación entre las alzas de costos de marca tras una regulación de las tasas de intercambio.

54. Incluso, una de las investigaciones citadas por el H. TDLC realizada por la Unión Europea incluso indica que se descarta “*la hipótesis de que menores tasas de intercambio aumentan los costos de marca*”²¹.

55. Ninguno de los estudios e investigaciones aportados por los intervinientes y revisados por el H. TDLC llegan a resultados concluyentes respecto a las supuestas alzas de costos de marca, y el único reporte que recomienda la regulación de costos de marca, realiza un análisis global de la regulación de tasas de intercambio (que por la fecha de publicación no podría incluir a Chile) sin que se analicen los casos particulares de cada mercado para dar aseveraciones categóricas sobre la materia.

56. Más aún, el H. TDLC reconoce dichas circunstancias, señalado que “*dicha evidencia respecto de experiencias internacionales no es suficientemente concluyente. Tampoco la evidencia para Chile lo es, particularmente aquella posterior a la fijación transitoria de las TI en abril de 2022*”²² (énfasis agregado).

57. Partiendo de esa base, resulta arbitrario y sin fundamento que el H. Tribunal determinara la necesidad de regular los costos de marca.

58. Además, cabe preguntarse ¿por qué es Transbank el único adquirente que ha realizado este tipo de imputaciones? Ningún otro adquirente, salvo Transbank ha acusado a Visa de subir los costos de marca, y han sido sus comercios afiliados (a los cuales Transbank le enviaba cartas sin justificación ni fundamento sobre supuestas alzas) los que han intentado sostener esta teoría, sin aportar ningún dato o antecedente determinante sobre esta materia.

59. Es más, tras lo sostenido por parte de Transbank, a folio 427, sobre supuestos aumentos en los costos de marca relativos a un “*sobrecargo que se agregará al switch, pese a no ser un costo de switch propiamente tal, y que deberán pagar tanto adquirentes como emisores*”²³, con el objeto de reafirmar que ello era demostrativo de la correlación entre la regulación de las tasas de intercambio con las supuestas alzas de costos de marca, nuestra representada señaló que dicho

²¹ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 418.

²² H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 434.

²³ Transbank. Folio 427. Página 2.

cobro no estaba de manera alguna relacionada a los costos de marca²⁴. Al señalar antecedentes que establecía la falta de causalidad entre la regulación y los costos de marca, Transbank -ni comercios como Walmart Chile S.A.- hicieron oposición alguna de la justificación provista por Visa.

60. Lo anterior, es nuevamente demostrativo cómo algunos intervinientes de este procedimiento han intentado tergiversar la información aportada al proceso, para sustentar una causalidad que no existe y que no ha logrado ser probado durante el proceso.

61. No es claro cómo el H. TDLC llegó a la conclusión sobre la necesidad de regular si solamente ha tenido a la vista una limitada información acerca de los costos de marca fijados por Visa, sin solicitar mayores explicaciones que podrán justificar las modificaciones establecidas y sustentándose en investigaciones que no han corroborado la tesis que Transbank y algunos comercios han intentado plantear.

62. El H. TDLC concluye que se podría inferir que ha habido supuestas alzas a los costos de marca en Chile, sin perjuicio que no tiene a la vista si dichas modificaciones están justificadas.

63. Por lo que, solamente a partir de información no concluyente de experiencias comparadas, información limitada de las Marcas y los planteamientos infundados de algunos comercios y Transbank es que el H. TDLC estimó que fuese necesario regular los costos de marca, a pesar de que no se ha llevado a cabo ningún estudio o investigación rigurosa que permita dar cuenta siquiera de la existencia de los supuestos riesgos anticompetitivos de las Marcas en esta materia.

64. Por otra parte, la ICG N°5 establece las siguientes medidas: (i) enviar a la FNE anualmente sus costos de marca para transacciones domésticas (presenciales y no presenciales); y, (ii) la obligación de las Marcas de enviar a la FNE y a los adquirentes, una justificación si aumenta cualquiera de los componentes de los costos de marca y además que éstos solo deben estar vinculados a consideraciones objetivas y no discriminatorios.

65. Sin embargo, la obligación de reportar y de justificar una eventual alza de los costos a la FNE no se encuentra fundada, ya que, nuevamente el H. TDLC no indica específicamente cuál sería el riesgo anticompetitivo que pretende evitar ni cómo esta medida lo mitiga.

66. Además de injustificada, esta medida es desproporcionada por cuanto establece un estándar más alto a las Marcas que a entidades dentro de la misma industria y que a otros actores en otros

²⁴ Al contrario, dicho cobro dice relación con la adopción de un nuevo sistema de seguridad para transacciones no presenciales que fue comunicado meses antes de la Ley 21.365, que Regula las Tasas de Intercambio de Tarjetas de Pago y que se cobra únicamente a aquellos adquirentes que no implemente este nuevo marco de seguridad.

mercados al ordenar el envío de sus costos de marca y las justificaciones de supuestas alzas, sino que también limita a cuáles de éstas serían legítimas.

67. Asimismo, la medida establecida en el punto 6 letra (b) es especialmente desproporcionada, por cuanto pareciera establecer como únicas consideraciones objetivas y no discriminatorias de un eventual aumento del costo de marca los criterios del aumento de la calidad de servicio o el mejoramiento del funcionamiento de sistema de pagos con tarjetas.

68. Por último, no siendo suficiente la imposición de este alto estándar, las medidas establecidas parecen no tener límites temporales, lo que es especialmente gravoso considerando que no se han otorgados razones objetivas que motivan estas medidas.

69. Respecto de este punto es recomendable tener a la vista la Guía de Remedios de la FNE, la que señala “[e]n cuanto a su duración, las medidas de mitigación distintas a las medidas de desinversión **deberán extenderse por el mismo tiempo que se prevea dure el riesgo que pretendan morigerar**”²⁵ (énfasis agregado), puesto que al no existir claridad acerca de los supuestos riesgos anticompetitivos que genera Visa, cómo podrían establecerse medidas sin límites temporales o hasta la ocurrencia de cierto evento.

70. Por otra parte, en relación a la transparencia sobre el *merchant discount* y, en particular, de los costos de marca, Visa hace presente que, en el supuesto que la Excma. Corte Suprema mantuviera dicha medida, no existe claridad acerca de cómo se dará cumplimiento a esta información y de qué manera se podrá guardar cierta confidencialidad sobre los costos de marca, considerando que incluye información comercialmente sensible y estratégica²⁶.

71. Debe tenerse en cuenta que no se ha aportado ninguna evidencia empírica en estos autos que den cuenta: primero, que la regulación o transparencia de los costos de marca sean efectivamente una necesidad general de competencia en el mercado; y, segundo, que tenga un efecto positivo en la competencia del mismo.

72. A mayor abundamiento, el hecho que no se encuentren publicados los costos de marca no implica ni aumenta el riesgo de conductas anticompetitivas, puesto que los servicios y productos que ofrece Visa se encuentran en línea con la regulación en la materia.

²⁵ FNE. Guía de Remedios. Página 20. Disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-pdf>>.

²⁶ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 5/2022. Párrafo 428.

73. Dicho lo anterior, se concluye entonces que no es consistente ni adecuado que el H. TDLC proponga una recomendación normativa para la regulación de los costos de marca, toda vez que no se han aportado antecedentes suficientes que funden la existencia de riesgos a la competencia, ni tampoco que se justifique la necesidad de informar los costos de marca, los motivos que fundan sus eventuales alzas.

III. Conclusiones

En suma, estaríamos frente a unas instrucciones de carácter general que en su conjunto van más allá de lo establecido por la generalidad de las autoridades de Libre Competencia del mundo, máxime considerando que se trata de jurisdicciones con un mercado de medios de pago más desarrollado que el chileno, el cual se encuentra recién pasando a un M4P.

Pero además, las presentes ICG N° 5 van más allá de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del DL 211 y no consideran los distintos bienes jurídicos que se encuentran concernidos en el funcionamiento del mercado de medios de pago, y que deberá ser la autoridad sectorial –por tanto– quien determine las regulaciones necesarias para protegerlos como un todo.

En síntesis, esta verdadera innovación del H. TDLC resulta precipitada, injustificada y desproporcionada, razón por la cual deberá dejarse sin efecto en definitiva.

POR TANTO,

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: tener por interpuesto el recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N° 5/2022, dictada con fecha 16 de agosto de 2022 y notificada a esta parte el 17 de agosto del mismo año, admitirlo a tramitación y elevar los autos ante la Excma. Corte Suprema, con el objeto de que, conociendo el presente recurso, se dejen sin efecto las ICG N° 5 y, en particular, se mantengan vigentes las Reglas de Visa y se eliminen las medidas respecto de los costos de marca.