

RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CRISTIÁN R. REYES CID, abogado, en representación según se acreditará de FARMACIAS CRUZ VERDE SPA., 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**”, Rol NC-474-2020, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Por medio del presente, de conformidad a lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), vengo en deducir Recurso de Reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 (“ICG N°5”), dictadas por V.S. con fecha 16 de agosto de 2022, en relación a 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; y, en especial, a 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.

Lo anterior, con el propósito de que la Excma. Corte enmiende conforme a derecho dichas ICG N°5, puesto que éstas no contienen medidas suficientes para asegurar la libre competencia en el mercado relevante de autos, pese a haber sido ellas planteadas por diversos aportantes de antecedentes de manera expresa y teniendo en especial consideración al efecto la jurisprudencia reciente emanada por la Excma. Corte en relación a esta materia.

Lo señalado, se solicita conforme a los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que paso a expresar:

I. El asunto no contencioso de autos

1. Según consta en autos, con fecha 25 de septiembre de 2020, el H. Tribunal -de oficio- dio inicio al presente procedimiento para la dictación de instrucción general, considerando “*la relevancia del mercado de medios de pago con tarjeta; y dado que los antecedentes sugieren que podrían haber fallas generales y persistentes en dicho mercado, estando en un contexto de transición hacia un modelo de cuatro partes*”.

2. En dicho contexto es que V.S. ha estimado apropiado dar inicio al presente procedimiento no contencioso, con el propósito de *“analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general que deberán ser consideradas por los particulares respecto de 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 y, en caso de hacerlo, para determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, con miras a promover la libre competencia y prevenir conductas contrarias a ella”*.
3. Lo anterior, *“sin perjuicio de la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o reglamentarias, con ocasión del proceso que aquí se inicia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 N°4 del D.L. N°211”*.
4. Consultada V.S. por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) acerca de los alcances del presente expediente (escrito de folio 16), mediante resolución de 6 de octubre de 2020, este H. Tribunal dejó en claro que *“el objeto de este procedimiento no contencioso no comprende la regulación de las tasas de intercambio, atendido que, tal como se señaló en la resolución de 21 de julio de 2020, dictada en el procedimiento rol NC N° 466-20, el Ministerio de Hacienda dio cuenta mediante el Oficio Ordinario N° 1504, de 17 de julio de 2020, de que se encuentra en preparación un proyecto de ley con ese objeto, que recoge las recomendaciones realizadas en la Proposición Normativa N°19/2017 y en la Resolución N° 53/2018, ambas de este Tribunal”*.
5. Atendido lo señalado, es que es de nuestro entendimiento que el presente asunto no contencioso, considerando su amplitud y alta relevancia, ha abarcado todos los aspectos relativos a las condiciones de competencia -actuales y futuras- en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos, salvo aquellos relativos a la regulación de las tasas de intercambio¹ y aquellos que han sido objeto de la Consulta de la empresa Transbank S.A. en los autos Rol NC 463-2020², no obstante su evidente interrelación y complementariedad.

¹ Aspecto en la actualidad a cargo del H. Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio (<https://ctdi.hacienda.cl/>).

² Caratulados **“Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”**. Actualmente, en etapa de cumplimiento de la sentencia firme dictada por la Excm. Corte Suprema.

II. Las Instrucciones de Carácter General N° 5

6. Con fecha 16 de agosto de 2022, este H. Tribunal dictó las ICG N°5, reconociendo la necesidad de asegurar 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, con ocasión del paso del sistema de pagos chileno desde un Modelo de Tres Partes (“M3P”) a un Modelo de Cuatro Partes (“M4P”).
7. Bajo esa premisa, V.S. estimó necesario dictar instrucciones en relación a diversos aspectos relativos a dicha transición, de modo tal que estableció obligaciones directas tanto a emisores como marcas de tarjetas, por una parte, como a operadores, PSP y comercios, entre otros actores relevantes de este *mercado de dos lados*³.
8. A mayor abundamiento, el mismo pronunciamiento incorporó también propuestas de modificación normativa⁴, enfocadas en los PSP, la regulación de los costos de marca y la apertura a terceros en la prestación de servicios por parte de las sociedades de apoyo al giro bancario intervinientes en este mercado.
9. Sin embargo, el referido pronunciamiento no abarcó todos los aspectos solicitados y necesarios para una aplicación coherente de los distintos mecanismos que tanto el H. Tribunal como la Excm. Corte Suprema han establecido con ocasión del tránsito desde un M3P a un M4P, razón por la cual mi representada viene en solicitar se modifiquen las ICG N° 5 en los aspectos precisos que pasamos a describir.

III. Necesidad de modificación de las ICG N° 5

A. *Análisis contextual*

10. Cabe reconocer, primeramente, un principio fundamental: **Con el ingreso al M4P, el mercado de pago con tarjetas se verá enfrentado a dos grupos de empresas con poder de mercado en sus respectivos segmentos**: Por una parte, Transbank S.A., compañía que tendrá una reconocida posición de supradominancia mientras no exista una competencia real, efectiva y comprobable en la Adquirencia; y, por otra, las Marcas de Tarjetas (Mastercard, Visa, etc.), que tienen el poder no sólo de fijar unilateralmente las tasas de intercambio, sino de establecer una serie de exigencias a los Emisores,

³ Págs. 177 y siguientes.

⁴ Pág. 184.

Adquirentes y, de manera indirecta, a los Comercios, que no necesariamente se condicen con las normas y principios que rigen la libre competencia en Chile. Ambos fenómenos han sido reconocidos muy recientemente, tanto por la Excma. Corte Suprema en relación a los autos Rol NC 463-2020⁵, como por el H. Tribunal al momento de dictar las ICG N° 5.

11. De hecho, con la dictación por parte de la Excma. Corte de su Sentencia de 8 de agosto de 2022 (Causa Rol N° 82.422-2021), queda muy en claro que la empresa Transbank S.A. todavía no ha sido autorizada para pasar a un M4P, lo que produce altos grados de incertidumbre acerca de cómo deberá hacerse operativo el cambio de modelo a su respecto. De hecho, la incertidumbre es tal que incluso existe el fundado temor de que la ejecución de esta Sentencia por parte de dicha empresa pueda dar lugar a interpretaciones antojadizas o diversas a las pretendidas por el Supremo Tribunal al momento de su dictación.
12. Aun así, las ICG N° 5 -dictadas por el H. Tribunal- han sido acertadas en regular diversos aspectos muy relevantes para reducir altos grados de incertidumbre en esta industria. Entre aquellos que son relevantes para mi representada y fueron solicitados de manera expresa, se encuentran:
 - (a) Las reglas establecidas para que exista una mayor transparencia en los cobros efectuados a los Comercios.
 - (b) Las reglas establecidas para que exista una mayor transparencia en la información de los Comercios recopilada por las empresas operadoras.
 - (c) Las reglas establecidas para que no exista una mayor aplicación “ciega” de los Reglamentos o Reglas de las Marcas, las que además hasta la fecha sólo constan en idioma inglés.
 - (d) La eliminación de la regla de no discriminación (*no surcharge rule*), de manera que los Comercios sean libres de determinar sus precios a público, independiente del medio de pago de que se trate.
13. En tal contexto, entendemos que los aspectos que deben ser modificados en las ICG N° 5, desde la perspectiva de mi representada, se concentran en los que se indican a continuación.

B. Necesidad de modificar las ICG N° 5 en relación a eventuales discriminaciones entre Comercios

⁵ Sentencia de 8 de agosto de 2022 (Causa Rol N° 82.422-2021).

14. Desde la dictación de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en los autos Rol Corte N° 24.828-2018, los *merchant discounts* para farmacias, perfumerías y supermercados han debido ser iguales, dado que se ha considerado que se entienden pertenecer a una misma categoría comercial en la práctica -por factores tales como volúmenes de venta, ticket promedio, *mix* de productos y otros-, tal como fue posible discutir y acreditar en los autos Rol **NC-435-2016**, seguidos ante el TDLC⁶. Según se detallará más adelante, el Máximo Tribunal ha sido enfático en sostener que tanto este fallo como el criterio subyacente al mismo se encuentran **plenamente vigentes y exigibles**, independientemente incluso del modelo bajo el cual se organice el mercado de pagos.
15. Dada la evidente importancia que tienen actualmente las tarjetas de pago en la economía chilena, la Excma. Corte optó incluso por establecer un **principio general** para todo el mercado, que no sólo es relevante para una adecuada determinación de los *merchant discounts* en su línea final, sino que -como es evidente- además para todos los **componentes de dichas comisiones** (básicamente, tasas de intercambio, costos de marcas y margen adquirente) en cuanto a que deban cumplir, a lo menos, con los parámetros *públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley*, según fue establecido en los autos Rol Corte N° 24.828-2018.

La misma Excma. Corte agrega que Transbank S.A. "**no podrá diferenciar por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos predeterminados, categorías ni por rubros a los comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito o de débito**"⁷.

16. A lo anterior, se suma el hecho que el Considerando Trigésimo tercero de la reciente Sentencia dictada por la Excma. Corte con fecha 8 de agosto de 2022 (Causa Rol N° 82.422-2021), es claro en señalar que estos principios son aplicables en cualquier sistema de fijación de precios, independiente del modelo bajo el cual se organice el mercado de pagos:

"(...) a esta Corte no le cabe más que reiterar los criterios ya consignados en la sentencia Rol N°24.828-2018, en orden a que el merchant discount, en todos sus componentes, debe ser público, motivado, objetivo, razonable, de

⁶ Caratulados "Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant discount de Transbank S.A.".

⁷ El énfasis es nuestro.

*general aplicación, no discriminatorio y respetuoso de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, principios generales que se mantienen aun cuando el modelo bajo el cual se organice el mercado cambie, por cuanto rigen para cualquier sistema de fijación de precios*⁸.

17. En dicho escenario, parece incompatible con los principios manifestados por la Excma. Corte, lo expresado en las ICG N°5 en relación a la publicidad de las tasas de intercambio que deben realizar las Marcas de Tarjetas⁹, en cuanto a que **da por hecha la posibilidad de que éstas puedan identificar a los comercios secundarios bajo categorías o código determinados por cada Marca, conocido como *merchant category code* o “MCC”**.
18. En lo que resulta relevante para mi representada, cabe señalar que es conocido en el mercado que -hasta la fecha- las Marcas de Tarjetas, al momento de fijar sus tasas de intercambio, **consideran respecto del rubro de los supermercados las categorías de medianos (*medium*) y grandes (*large*)**, aparentemente en función del volumen de ventas¹⁰, beneficiando con mejores tarifas a estos últimos versus los primeros.
19. Tal criterio no se aprecia que exista en relación a las farmacias, pese a que en el caso de **FARMACIAS CRUZ VERDE SPA**, dicha empresa llega a volúmenes similares a un supermercado mediano y, para el caso que logre aumentar nuestras ventas, no se aprecia cómo podrá acceder a las tasas de intercambio a que acceden los supermercados con comportamiento similar; todo lo cual constituiría un evidente desconocimiento de los principios generales establecidos por la Excma. Corte Suprema.
20. No está demás señalar, en este punto, que tanto supermercados como farmacias proveen a la población de **bienes esenciales, de primera necesidad**, por lo que claramente la existencia de políticas que no respeten la no discriminación entre los *merchant discounts* que son aplicados a una u otra categoría, no hace sino afectar directamente a los consumidores finales.

⁸ El énfasis es nuestro.

⁹ Págs. 183 y siguientes.

¹⁰ Así lo informaron las Marcas en los autos Rol NC 463-2020, caratulados “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”.

21. A partir de lo señalado, de seguirse coherentemente con los criterios de no discriminación previstos en los autos Rol Corte N° 24.828-2018 y 82.422-2021, entendemos que existen en autos dos alternativas claras, que solicitamos expresamente a la Excma. Corte evaluar al momento de resolver el presente recurso de reclamación:
- a) Que las ICG N°5 prohíban a las Marcas de Tarjetas y emisores, al momento de establecer las tasas de intercambio, fijar sus costos de marcas o realizar otros cobros en la cadena de pagos, que hagan una diferenciación por rubros entre los Comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito, débito o prepago; o. a lo menos,
 - b) Que las ICG N°5 obliguen a las Marcas de Tarjetas y emisores aplicar también a las farmacias y a todos los Comercios que cumplan con los requisitos objetivos que se establezcan al efecto, las categorías de *medianos (medium)* y *grandes (large)*, y todas aquellas categorías que pudieren establecer para efectos de establecer las tasas de intercambio, fijar sus costos de marcas o realizar otros cobros en la cadena de pagos.
22. Entendemos que cualquiera de estas soluciones será coherente con la jurisprudencia dictada recientemente por la Excma. Corte en relación al mercado de pagos y, a su vez, podrá corregir el efecto económico que conllevaría mantener esta diferenciación, que ya que no sólo golpea los resultados de las empresas que no pueden acceder a las tarifas preferenciales, sino también afecta la competencia en la serie de productos en los que farmacias y supermercados coinciden, en circunstancias que tal intersección de oferta es cada vez mayor.
23. Adicionalmente, mi representada solicita de manera expresa a la Excma. Corte que se establezca la obligación complementaria de que, en caso de mantenerse en todo o parte las señaladas categorías, las condiciones motivadas, objetivas, razonables, de general aplicación y no discriminatorias que se fijen para acceder a ellas, tengan el carácter de públicas, a fin de que los Comercios respectivos puedan efectivamente hacer uso de esta opción y, a la vez, verificar que se cumplan las exigencias que el texto final de las ICG N° 5 señale sobre esta materia.

C. Necesidad de modificar las ICG N° 5 en relación al tratamiento de la información sensible de los Comercios

24. Si bien las ICG aciertan en establecer reglas sobre el acceso a información estratégica de los PSPs por parte de operadores¹¹, yerran en no hacer aplicables estos mismos principios en relación a los Comercios, en cuanto a sólo exigir a éstos *“aquella información que revista el carácter de “estrictamente indispensable” para cumplir con las exigencias regulatorias”*, lo que -a nuestro juicio- carece de toda razonabilidad.
25. En efecto, en su aporte de antecedentes de folio 119, **FARMACIAS CRUZ VERDE SPA.** fue clara en manifestar la necesidad de que el H. Tribunal dicte instrucciones de carácter general también en relación al tratamiento de la información sensible y estratégica de los Comercios, por parte de los emisores, Adquirentes, subadquirentes, Marcas de tarjetas y demás actores que participen en el mercado de medios de pago, dado que ninguno de ellos debiera disponer tal información sin la debida autorización del Comercio de que se trate, ni para fines diversos a los expresamente consentidos o exigidos por la regulación.
26. Si bien se entiende que tal acceso es requerido para cumplir finalidades tales como la prevención de delitos y de lavado de activos, a nuestro juicio, el manejo de dicha información sensible -cuyo conocimiento por terceros podría afectar el desarrollo competitivo del Comercio respectivo, así como también podría derivar en trasvasijos de información a través de algunos actores en el mercado de pagos- debiera cumplir con ciertas reglas mínimas, tales como:
 - a) Que la información que se requiera que sea proporcionada por el Comercio, ya sea directa o indirectamente, a los respectivos Adquirentes, subadquirentes, emisores y marcas de tarjetas, sea explicitada de manera previa a su otorgamiento, tanto en relación a la finalidad que tal información satisfará, como respecto del listado de antecedentes estrictamente necesarios para dicho fin.
 - b) Que el mismo criterio deba cumplirse cada vez que se requiera información adicional por parte de alguno de los actores señalados.
 - c) Que la información proporcionada por el Comercio sea utilizada por los respectivos Adquirentes, subadquirentes, emisores y marcas de tarjetas únicamente para las finalidades que se hubiere solicitado.

¹¹ Págs. 179 y ss.

- d) Que la referida información de manera alguna siga siendo utilizada por los respectivos Adquirentes, subadquirentes, emisores y marcas de tarjetas, una vez finalizada la relación contractual que existiere directa o indirectamente con el Comercio respectivo.
 - e) Que la referida información de manera alguna pueda ser traspasada por los respectivos Adquirentes, subadquirentes, emisores y marcas de tarjetas a terceros, relacionados o no, sin la autorización del Comercio.
27. Mi representada entiende que estas reglas son del todo razonables tanto para garantizar la competencia en los mercados afectados, como para efectos de ser coherentes con aquellas sí contenidas en las ICG N° 5 originales, de momento, sólo en relación a los PSP frente a los Adquirentes. Es por ello que solicitamos que las referidas Instrucciones sean expresamente modificadas por la Excma. Corte Suprema en tal sentido.

IV. Plena procedencia del recurso de reclamación en estos autos

28. Para el improbable evento que existiere cierta discusión procesal en este expediente acerca de la plena procedencia del recurso de reclamación previsto en el artículo 27 del DL 211, cabe tener presentes las consideraciones generales que se indican a continuación.
29. Por una parte, el texto actual del artículo 31 del DL 211 es muy claro y perentorio en establecer el procedimiento que deben seguir los asuntos sobre dictación de Instrucciones de Carácter General, al señalar que:

*“El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), **3)** y 4) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, **se someterán** al siguiente procedimiento (...)”¹².*

30. A este respecto, además, la Excma. Corte Suprema -desde mucho antes- ha señalado de manera perentoria lo siguiente:

“(...) no resulta comprensible que el recurso de reclamación proceda para los casos en que se trate de hechos, actos o contratos específicos y se negara

¹² El énfasis es nuestro.

respecto de esta clase de **instrucciones que eventualmente pueden afectar a toda una actividad económica, como acontece en la especie,** en que se fijan condiciones generales -cuestión no controvertida- para todas las empresas que proveen servicios de telefonía móvil¹³.

31. No cabe duda, entonces, que el mismo criterio resulta plenamente aplicable en la especie, de modo que -en palabras de la Excma. Corte Suprema- *“el recurso de reclamación surge, por tanto, como la vía adecuada -atendida la naturaleza compleja y técnica de esta clase de asuntos- que tienen los agentes económicos para desafiar las decisiones que emanen de ese Tribunal al amparo de la facultad que se ha examinado”*¹⁴.
32. Lo anterior, es del todo coherente con lo previsto en el inciso final del artículo 31 del DL 211, en cuanto señala que:

*“Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, **sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.** Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”*¹⁵.

33. De este modo, no cabe duda de la procedencia del recurso de reclamación en el presente procedimiento no contencioso, así como de la necesidad de modificar las ICG N°5, a lo menos, en los aspectos planteados en este escrito, con el fin que sean coherente con los criterios ya manifestados por la jurisprudencia de libre competencia en relación al mercado de pagos con tarjetas.

POR TANTO, conforme el mérito de autos, las consideraciones de hecho y derecho planteadas en esta presentación y de acuerdo a lo previsto en los artículos 2°, 5°, 18, 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

¹³ Corte Suprema, Rol 269 – 2013, Sentencia de 11 de abril de 2013 sobre Recurso de Hecho presentado por “Tu Ves S.A.”. Considerando Séptimo. El énfasis es nuestro.

¹⁴ Corte Suprema, Rol 269 – 2013, Sentencia de 11 de abril de 2013 sobre Recurso de Hecho presentado por “Tu Ves S.A.”. Considerando Noveno.

¹⁵ El énfasis es nuestro.

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por interpuesto por **FARMACIAS CRUZ VERDE SPA.** el presente recurso de reclamación en contra de las Instrucciones de Carácter General N°5/2022, dictadas por V.S. con fecha 16 de agosto de 2022, y concederlo para ante 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 y modifique dichas Instrucciones en los términos señalados en el cuerpo de este escrito.