TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
18:16:47
11-01-2023
CHILE



**En lo principal:** Deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **Primer otrosí:** Acompaña documentos; **Segundo Otrosí:** Solicita suspensión del procedimiento; **Tercer otrosí:** Patrocinio y poder; **Cuarto otrosí:** Forma de notificación; **Quinto otrosí:** Solicita alegatos de admisibilidad.

**EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Claudio Lizana Anguita**, cédula nacional de identidad número 7.037.826-4, abogado, en representación, según se acreditará, de **Mastercard International Incorporated** (en adelante, la "**Requirente**" o "**Mastercard**", indistintamente), rol único tributario número 59.049.680-4; ambos domiciliados para estos efectos en Candelaria Goyenechea N°3900, oficina 303, a Su Señoría Excelentísima respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso 1° N°6, e inciso 11° de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) y en los artículos 79 y siguientes de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante, LOCTC), venimos en deducir requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 18 numeral 3° del Decreto Ley N° 211, que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "**DL 211**"), que dispone "*Artículo 18º.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*" (en adelante, el "**precepto impugnado**"), en el recurso de reclamación seguido ante la Excma. Corte Suprema bajo el rol 105.997-2022, caratulado "*Servicios Visa International Limitada / Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*" (en adelante, la "**gestión pendiente**"). Lo anterior, pues la aplicación de dicho precepto, en la resolución de la referida gestión, producirá ineludiblemente efectos contrarios a lo dispuesto en los artículos 19 (Nos. 2, 21, 24 y 26), 60, 76, 108 y 109, todos de la Constitución Política de la República (en adelante, **CPR**), en el modo que se anticipa a continuación y que se detallará en este escrito.

La aplicación del precepto afectará severamente el derecho de Mastercard a recibir el tipo de trato igualitario que resulta de verse sometida una persona en un Estado de Derecho al gobierno de las leyes interpretadas por jueces, y no al gobierno de jueces que crean leyes (infracción del artículo 19 N° 2 de la CPR).

La aplicación del precepto afectará gravemente el derecho de Mastercard a actuar con aquella libertad económica que, no siendo contraria al orden público, la seguridad nacional y la moral, se ajusta únicamente a las "normas legales" que la regulen, y no, en cambio, a cualquier orden de autoridad (artículo 19 N° 21 de la CPR).

La aplicación del precepto afectará de manera ilegítima el derecho de Mastercard a que, cualesquiera sean las regulaciones y limitaciones que graven su derecho de propiedad, tales cargas estén contenidas siempre en leyes (artículo 19 N° 24 de la CPR).

La aplicación del precepto afectará, más allá de lo constitucionalmente autorizado, el derecho de Mastercard a que cualquier restricción a sus derechos, incluso aquella habilitada por ley, respete siempre la esencia de ese derecho (artículo 19 N° 26 de la CPR).

La aplicación del precepto lesionará la distribución constitucional de competencias que, en ausencia de una delegación de facultades legislativas propiamente tal, le asigna al legislador, y solo al legislador, la prerrogativa de regular las materias de codificación civil, comercial y otras (artículo 63 de la CPR).

La aplicación del precepto destruirá el principio constitucional de acuerdo con el cual las decisiones jurisdiccionales de un tribunal no pueden ser objeto de ninguna intromisión, manipulación o, en general, avocación, ni siquiera cuando los criterios que se pretende imponer al ejercicio jurisdiccional de un tribunal provienen de una decisión reglamentaria de ese mismo tribunal (artículo 76 de la CPR).

La aplicación del precepto vulnerará, finalmente, la expresa atribución de competencia regulatoria general, complementaria de la ley, sobre dinero y medios de pago atribuida por la Carta Fundamental expresamente al Banco Central de Chile (artículos 108 y 109 de la CPR).

Estas son gravísimas vulneraciones a la Constitución Política. Confiamos en que, acogiendo este requerimiento, V.E. impedirá que ellas se consumen.

La gestión pendiente está entregada actualmente al conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema. La parte que representamos tiene, por supuesto, plena confianza en que

dicho alto Tribunal, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, adoptará la decisión que más se ajuste a Derecho. No venimos ante Vuestra Excelencia, entonces, a saltarnos a la Corte Suprema ni a intentar negar o corregir el ámbito jurisdiccional que a ella le ha sido asignado por la Carta Fundamental. Venimos ante Vuestra Excelencia porque solo usted tiene competencia para evitar que una ley vigente, decisiva para resolución de un asunto, afecte, con su aplicación, los derechos fundamentales.

Tenemos muy claro que, cuando Vuestra Excelencia ejerce su altísima responsabilidad de hacer efectiva la supremacía constitucional, lo hace siempre con pleno respeto a las competencias que la propia Carta Fundamental otorga a otros órganos estatales. Este requerimiento asume esa misma deferencia. Y así como el requerimiento no invade en modo alguno la esfera competencial de la Corte Suprema, tampoco se pretende sustituir el ámbito regulatorio confiado constitucionalmente al legislador.

En efecto, este requerimiento no discute las razones de política pública que pueden haber llevado al legislador a crear, hace más de una década, la herramienta de las "Instrucciones de carácter general". Tampoco solicita a Vuestra Excelencia que emita un pronunciamiento general sobre el valor constitucional abstracto del precepto impugnado. Lo que pedimos es que, respecto la gestión pendiente, y en atención a las particularidades de **esta** gestión pendiente, se ordene la inaplicabilidad del precepto impugnado. Nuestra pretensión, en este caso, busca activar la única vía jurídica eficaz y oportuna para amparar los derechos fundamentales que, a falta de esa declaración de Usía., resultarán gravemente afectados, precisamente, como resultado de la aplicación de tal norma legal.

Si Vuestra Excelencia no acoge este requerimiento, la Excelentísima Corte Suprema no tendrá otra alternativa que resolver la gestión pendiente con la aplicación del precepto que reprochamos. Siempre podrá la Corte Suprema, por supuesto, discutir, a nivel de legalidad y razonabilidad, los contenidos y efectos de la Instrucciones de Carácter General N°5 de 2022 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sobre el mercado de medios de pago con tarjetas de crédito, débito y prepago (en adelante, "**ICG N°5/2022**"). Pero lo que no podrá hacer la Excelentísima Corte Suprema es pronunciarse directamente sobre el defecto constitucional del precepto impugnado que, en el **caso concreto**, ponen de manifiesto o develan los contenidos de la ICG N°5/2022. Y eso, que es lo que debe hacerse en este caso, solo lo puede hacer Vuestra Excelencia. Y nadie más.

A continuación, ofrecemos un índice de este escrito, para facilitar su revisión:

**Índice**

1. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD ..... 5

1.1. Existe una gestión judicial pendiente. ..... 5

1.2. El requerimiento es promovido por persona legitimada. ..... 6

1.3. El precepto impugnado tiene rango legal. ..... 6

1.4. El precepto legal impugnado no ha sido previamente declarado conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal en relación con los mismos vicios invocados en esta sede. ..... 6

1.5. La aplicación del precepto legal impugnado resultará decisiva para la resolución del asunto. ..... 11

1.6. El requerimiento se encuentra razonablemente fundado. ..... 12

2. ANTECEDENTES DE HECHO INDISPENSABLES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA CUESTIÓN DE FONDO ..... 16

2.1. La industria de los medios de pago, y, en particular, los medios de pago con tarjeta. ..... 16

2.2. Las formas o modelos de organización del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas. ..... 19

2.3. El rol de Mastercard dentro del modelo de cuatro partes. ..... 26

2.4. Las ICG N°5/22 del H. TDLC y su impacto en el desarrollo del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas. ..... 28

3. LA GESTIÓN PENDIENTE ..... 33

4. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ..... 34

4.1. Comisión Especial ..... 35

4.2. Infracción al principio de reserva legal de la regulación económica ..... 40

A. Regulación y restricción económica ..... 40

B. Libre competencia ..... 41

C. ¿Quién regula? ¿Quién restringe? ..... 42

D. Sobre las instrucciones generales del TDLC ..... 45

E. La reserva legal ..... 48

5. OTROS DERECHOS VULNERADOS..... 51

5.1. Vulneración del derecho de derecho de propiedad (artículo 19 N°24 de la Constitución Política). ..... 51

5.1.1. Infracción a la reserva legal en relación con las limitaciones u obligaciones derivadas de la función social de la propiedad ..... 52

5.1.2. Infracción a la reserva legal con relación a los atributos de la propiedad... 55

5.2. Vulneración del derecho a la igualdad (artículo 19 N°2 de la Constitución Política). ..... 57

## 1. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Antes de revisar el fondo de nuestras alegaciones – y para facilitar el examen que, en sede de admisibilidad, debe realizar una de las Salas de este Excmo. Tribunal Constitucional –, nos interesa comenzar por afirmar que el conflicto constitucional que se presenta en este requerimiento es de aquellos para cuya adecuada resolución existe, precisamente, esta Excma. Magistratura.

Lo que planteamos en esta acción es, en efecto, una cuestión de constitucionalidad, y no de legalidad. Objetamos la aplicación concreta de la norma impugnada y no reprochamos su existencia a nivel abstracto. Nuestros argumentos, por lo demás, son, todos ellos, estrictamente jurídicos.

En los párrafos que siguen, y en el orden en que la propia Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional ("**LOC**") aborda este asunto, demostraremos que este requerimiento cumple con todos y cada uno de los requisitos de admisibilidad exigidos por el ordenamiento jurídico.

### 1.1. Existe una gestión judicial pendiente.

El presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se deduce respecto de un recurso de reclamación, procedimiento seguido ante la Excma. Corte Suprema bajo el Rol 105.997-2022. El recurso de reclamación fue deducido por Mastercard en agosto de 2022 y, aunque se encuentra en estado de relación, su vista no se ha producido, ni este ha

sido resuelto todavía. En este sentido, el juicio seguido ante la Excma. Corte Suprema se encuentra plenamente vigente, como lo consigna el certificado que se acompaña al primer otrosí.

**1.2. El requerimiento es promovido por persona legitimada.**

Según lo consigna el certificado emitido por la Excma. Corte Suprema, nuestra representada es parte recurrente en dichos autos de reclamación.

**1.3. El precepto impugnado tiene rango legal.**

El numeral 3° del artículo 18 es una disposición que forma parte del DL 211, regulación que tiene, indudablemente, rango legal.

**1.4. El precepto legal impugnado no ha sido previamente declarado conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal en relación con los mismos vicios invocados en esta sede.**

La Ley N°19.911, que introdujo el actual artículo 18 numeral 3° del DL 211, fue objeto del control preventivo obligatorio de constitucionalidad ante esta Excma. Magistratura. En efecto, mediante sentencia N°391-03, de 7 de octubre de 2003, este Excmo. Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad **en abstracto** del precepto impugnado que permite al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) dictar instrucciones de carácter general.

Esta declaración de constitucionalidad abstracta de hace 19 años no obsta, sin embargo, a que pueda este Excmo. Tribunal proceder a conocer de este requerimiento.

Esta parte sabe, por supuesto, que el artículo 84 N°2 de la LOC dispone textualmente: "*Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: (…) 2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*";

Lo que ocurre, sin embargo, es que este requerimiento solicita un pronunciamiento de inconstitucionalidad en concreto sobre vicios que NO fueron **materia de la sentencia** de

control preventivo Rol N°391 de 2003 y que tampoco lo han sido en ningún otro fallo posterior de este Excmo. Tribunal.

Como siempre ocurre en Derecho, aquí las palabras importan. Y mucho. La causal de inadmisibilidad NO se configura cuando un precepto ha sido objeto de sentencia estimatoria previa por parte del mismo Tribunal. La causal de inadmisibilidad concurre solamente cuando existe un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional sobre "**el mismo vicio**" que se vuelve a invocar.

Esta causal de inadmisibilidad, contemplada en la LOC, no en la Carta Fundamental, tiene un efecto jurídico muy drástico. Esta regla de rango legal otorga, en efecto, una fijeza indefinida a una determinada decisión del Tribunal Constitucional. Impide, de manera absoluta, que pueda volver a discutirse un punto de derecho constitucional por el solo hecho de haberse emitido a su respecto una decisión previa.

Nos parece que el alcance de esta causal de inadmisibilidad debe leerse a partir de una interpretación sistemática y finalista, esto es, una hermenéutica que considere el conjunto del sistema de justicia constitucional y los fines de este.

Dada la centralidad que tiene el principio de supremacía constitucional en la Carta Fundamental ("*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*"),[1] y considerando el papel que cabe al Tribunal Constitucional en el aseguramiento de este valor, nos parece que debe desestimarse cualquier interpretación del artículo 84 N°2 de la LOC del Tribunal Constitucional que, por excesivamente rígida o formalista, clausure las posibilidades de un control permanente y actualizado.

Por lo anterior, nos parece que la más correcta comprensión del artículo 84 N°2 de la LOC es aquella que entiende que solo se habrá configurado la causal de inadmisibilidad cuando el propio Excmo. Tribunal Constitucional, respecto de un vicio determinado, hubiere declarado de manera clara, expresa y fundada que el precepto cuestionado, o la aplicación de éste, es conforme a la Constitución Política.

Así entendida la causal, resulta evidente que nuestro requerimiento es admisible.

---

[1] Artículo 6° de la Constitución Política de la República.

Veamos.

Es efectivo que, con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto de ley modificatorio del DL 211, compareció ante Vuestra Excelencia la Sra. María Pía Guzmán Mena -en ese momento Diputada de la República-, haciendo presente sus observaciones en relación con la inconstitucionalidad en abstracto del actual artículo 18 N°3 del DL 211. En dicha oportunidad, la diputada alegó la inconstitucionalidad en abstracto de la norma.

Ahora bien, y para efectos de la configuración de la causal de inadmisibilidad, lo determinante no es todo lo que pudo haberse planteado por distintos actores durante la tramitación del proyecto. Lo decisivo, lo único que interesa para el examen de admisibilidad, es lo que se decidió finalmente en la sentencia del Tribunal Constitucional o, como lo señala la LOC, cuales fueron efectivamente los vicios "materia" de la sentencia.

Para identificar cuál fue, en relación con este precepto legal, el vicio materia de este pronunciamiento anterior de este Excmo. Tribunal, lo que corresponde es analizar la sentencia misma de que se trata. A continuación, reproducimos textual y completamente, los tres considerandos en que se trató en la sentencia de 2003 esta materia:

> *DÉCIMOSEGUNDO.- Que, en relación a este precepto, la diputada señora María Pía Guzmán hizo presente en el Informe de la Comisión Mixta, que se transcribe en la página 65 de la sesión 33, de 27 de agosto de 2003, de la Cámara de Diputados, que dicha norma presenta problemas de constitucionalidad, porque sólo a la ley le corresponde impartir instrucciones de carácter general, criterio que fue reiterado en presentación formulada a este Tribunal por la misma señora diputada, en este control de constitucionalidad;*
>
> *DECIMOTERCERO.- Que se desestimará la antedicha objeción de constitucionalidad por considerarse que la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados, cuyo ejercicio, además, se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión. Además, se declarará que el uso de la referida atribución queda en todo caso sometida al*

*control jurisdiccional de los órganos competentes;*

*DECIMOCUARTO.- Que, en mérito de lo expuesto, se declara que la atribución que se le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Nº3 del artículo 17 C, contemplado en el numeral 6 del Artículo Primero del proyecto, es constitucional en el entendido que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 7º y 18 del precepto antes indicado del proyecto, las referidas instrucciones quedarán sometidas, en cuanto se les exige que se dicten "en conformidad a la ley", al control jurisdiccional de los tribunales y a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema;*

Leyendo la propia sentencia, queda claro cuál fue el único vicio materia de examen por parte de la sentencia Rol 391. Como lo indica dicho fallo en el considerando decimosegundo, la impugnación examinada fue aquella que afirma que la dictación de instrucciones de carácter general sólo le corresponde a la ley. En el considerando decimosegundo, este Excmo. Tribunal dejó en claro que la "antedicha" era la objeción de constitucionalidad que se revisaría. Y esa fue (la antedicha), en efecto, la única objeción (el único vicio) que fue desechada (se la "desestimará", dice textualmente la resolución).

Es evidente, entonces, que la sentencia Rol N°391 no se pronunció sobre otros vicios de constitucionalidad distintos de aquel que ella misma identificó con tanta precisión. Por lo mismo, y en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 84, estamos confiados en que nuestro requerimiento será declarado admisible pues, como se verá, invocamos otros vicios, diferentes de aquel que fue objeto de pronunciamiento el año 2003.

Sin perjuicio de que este requerimiento plantea, respecto del actual artículo 18 N°3 del DL 211, varios vicios de inconstitucionalidad que nunca han sido objeto de pronunciamiento por parte de este Excmo. Tribunal, y que, por tanto, vuelven completamente admisible este arbitrio; también es cierto que hemos querido plantear una objeción relacionada con el hecho de que el precepto que impugnamos invade el dominio reservado constitucionalmente a la ley y que, por tanto, guarda alguna relación de semejanza con el reproche alegado el 2003.

Nos hemos preocupado, sin embargo, de formular esta objeción en términos sustantivamente distintos al cuestionamiento levantado en su momento por la diputada

Guzmán. En la medida en que un vicio de inconstitucionalidad es el modo particular en que chocan o se contradicen un precepto legal y una norma constitucional, estamos, entonces, ante la presentación de un vicio distinto.

Si en el 2003 se planteó que, por razones generales de separación de funciones, era inconstitucional siempre, y *per se,* que el legislador otorgara a algún órgano administrativo o judicial la potestad de dictar instrucciones generales, nuestra actual impugnación circunscribe significativamente la objeción: lo que resulta contrario a la Constitución es que, bajo el rótulo de "Instrucciones Generales", el legislador otorgue a ciertos órganos, que no tienen autorización constitucional para ello, la potestad de imponer a privados un conjunto de obligaciones distintas y significativamente más gravosas a las contempladas en la ley (o de aquellas que se deducen de ellas o son que son complementarias de las mismas). Nótese, además, que estas instrucciones tampoco son órdenes que deriven de una sentencia judicial ni son providencias indispensables para el cumplimiento de una resolución con efecto de cosa juzgada.

Nuestro reproche toma muy especialmente en cuenta que, en este caso, la facultad conferida por la ley al TDLC invade el terreno de una habilitación constitucional expresa a otro órgano (el Banco Central). Además, el ejercicio en el caso concreto de dicha facultad resulta en un adelantamiento indebido de decisiones relevantes para causas judiciales en curso y en una limitación de derechos fundamentales. Lo anterior representa una clara, y doble, extralimitación respecto a los márgenes constitucionalmente aceptables para la delegación legislativa.

Como puede apreciarse, este requerimiento plantea un vicio diferente al abordado en los considerandos decimosegundo y decimotercero de la sentencia Rol N°391. No estamos solicitando, entonces, que este Excmo. Tribunal ignore el borde procesal del numeral 2° del artículo 84 de su LOC.

Nos parece importante, en todo caso, que, al momento de abordar esta cuestión, y con pleno respeto al numeral 2 del artículo 84 de la LOC, no se le otorgue un efecto preclusivo desmesurado a la muy general doctrina sobre separación de funciones de la sentencia Rol N°391. Por lo demás, debemos considerar que este mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que tiene derecho a actualizar, e incluso modificar, su doctrina jurisprudencial, como ha ocurrido en variadas ocasiones. Sobre este punto, la sentencia

Rol N°171-93, de 22 de julio de 1993, dispuso que los cambios jurisprudenciales pueden producirse en la medida que existan razones fundamentales que así lo justifiquen:

> "*15º. Que, por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto.* ***Los cambios de doctrina Jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen***" (el énfasis es nuestro).

Este criterio ha sido confirmado de forma uniforme por la jurisprudencia constitucional a través de las sentencias N°1.572, 1.598, 1.808, 2.301, 12.493, 12.612, 13.035, entre otras.

### 1.5. La aplicación del precepto legal impugnado resultará decisiva para la resolución del asunto.

Estimamos que no debe haber duda alguna acerca de la aplicación de carácter decisiva que tendrá el precepto impugnado en la resolución de la gestión pendiente.

Sobre esta materia, resulta conveniente considerar, en primer lugar, que la uniforme jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional ha considerado que el requisito de admisibilidad en análisis se entiende cumplido "*(…) cuando puede concluirse que* ***el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna***" (el énfasis es nuestro).[2] En la misma línea, el profesor constitucionalista Enrique Navarro - ex ministro de esta Magistratura- afirma que "*(…) lo relevante es que el juez de la instancia* ***pueda considerar el precepto para resolver*** *alguno de los asuntos materias que le han sido sometidos a su conocimiento*" (el énfasis es nuestro).[3]

De esta forma, el requisito de admisibilidad referido a la aplicación decisiva del precepto impugnado implica determinar – de forma preliminar- las normas que el juez de forma deberá considerar al momento de resolver la gestión pendiente.

---

[2] Sentencia del Excmo. Tribunal Rol N°11.680-2021, de 12 de enero de 2022. El mismo criterio se encuentra en las sentencias 668, 809, 1.225, 1.780 y 2.193.

[3] NAVARRO, Enrique (2011): "*El Control de Constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*", en cuadernos del Tribunal Constitucional, colección conmemoración de 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. p. 84.

Por otro lado, la gestión pendiente que origina estos autos consiste en un recurso de reclamación ante la Excma. Corte Suprema, en cuya sede se litiga acerca de la legalidad y regularidad de las Instrucciones de Carácter General N°5 de 2022 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que dicta Instrucciones de Carácter General y propone modificaciones normativas en el mercado de medios de pago con tarjetas de crédito, débito y prepago (en adelante, "**ICG N°5/2022**").

Sobre este punto, resulta importante considerar que el artículo 18 N°3 del DL 211 -el precepto impugnado- establece la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC) para "*dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*". En conformidad a lo anterior, el TDLC dictó las ICG N°5/2022.

Así las cosas, el precepto impugnado se estatuye como el fundamento único y directo de las ICG N°5/2022. Por lo tanto, en la sentencia que al juez de fondo le corresponde dictar **deberá necesariamente considerarse el artículo 18 N°3 del DL 211** para resolver el recurso de reclamación.

De esta forma, no cabe duda alguna que la Excma. Corte Suprema deberá aplicar el 18 numeral 3° del DL 211 al resolver la gestión pendiente, el que, además, tendrá un efecto decisivo en la decisión de esta. En consecuencia, y conforme a la CPR, la legislación orgánica constitucional y la jurisprudencia de esta Excma. Magistratura, consideramos que la aplicación del precepto impugnado en estos autos resultará decisiva en la resolución de la gestión pendiente, cumpliéndose el requisito de admisibilidad respectivo.

### 1.6. El requerimiento se encuentra razonablemente fundado.

Este requerimiento cumple con el requisito de hallarse razonablemente fundado (en lenguaje de la Constitución) o de tener fundamento plausible (en lenguaje de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal).

Sobre este punto, es importante tener en consideración el estándar de este Excmo.

Tribunal Constitucional respecto de la fundamentación razonable de los requerimientos de inaplicabilidad. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este requisito de admisibilidad "*supone una condición que implica -como exigencia básica-* ***la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución****, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada*" (énfasis agregado).[4]

Según se acreditará en el presente escrito, la aplicación del precepto impugnado plantea un evidente conflicto de constitucionalidad. En efecto, la aplicación del artículo 18 N°3 del DL 211 en la resolución de la gestión pendiente infringe flagrantemente la Constitución Política de la República, contraviniendo, entre otros, la distribución de competencias de la Carta Fundamental, la igualdad ante la ley, la libertad económica y el derecho de propiedad de Mastercard.

Esta acción no pide a Vuestra Excelencia que se pronuncie sobre la legalidad de la ICG N°5/22. Tal cuestión debe ser resuelta por la Excma. Corte Suprema. Nuestro requerimiento no solicita una verificación o contrastación de dicha ICG N°5/22 de cara, por ejemplo, a la legislación del Banco Central ni con las leyes vigentes sobre tarjetas de crédito, débito o prepago.

Nosotros podemos pensar, como lo pensamos, que la ICG N°5/22 contraviene importantes principios jurídicos. Y podemos creer, como lo creemos, que dicha ICG N°5/22 vulnera derechos y lesiona intereses legítimos. Pero no son esas objeciones de legalidad contra la ICG N°5/22 las que traemos ante Vuestra Excelencia. Dichas alegaciones han sido planteadas ya ante la Excma. Corte Suprema.

¿Y por qué no esperar mejor la resolución de la Corte Suprema? ¿Por qué no dejar que el problema sea resuelto por esa Magistratura?

Nuestra respuesta, Excmo. Tribunal Constitucional, es que el problema concreto no solo tiene una arista de interpretación legal y de razonabilidad, que la tiene, sino que, antes que eso, tiene una dimensión propia y derechamente constitucional. En la medida que la

---

[4] Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Rol N° 3.608-17, de 26 de julio de 2017. El mismo criterio es aplicado en las sentencias N° 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492, 494, 1.665, 1.708, 1.839, 1.866, 1.935, 1.936, 1.937, 1.938, 2.017, 2.050, 2.072, 2.088, 2.089, 2.090, 2.227, 2.349, 2.494, 2.549, 2.622, 2.630 y 2.807.

jurisdicción especializada sobre ese ángulo del problema ha sido confiada a Vuestra Excelencia, y no a la Corte Suprema, lo justo y necesario es que sea este Excmo. Tribunal el que haga efectiva la plena vigencia del principio de supremacía constitucional para que después, y sin la aplicación decisiva de preceptos legales que, en el caso concreto, son inconstitucionales, puedan los tribunales de fondo resolver de acuerdo a Derecho todo lo que deba ser resuelto, dentro de la esfera de sus competencias jurisdiccionales.

Nuestro punto, en esta sede, entonces, es que la causa principal de la afectación de derechos fundamentales de nuestra representada y de principios constitucionales que garantizan dichos derechos, más allá del criterio del TDLC, está **en** el precepto legal impugnado. Son los defectos del artículo 18 N°3 del DL 211 los que generan, en este caso concreto, la inconstitucionalidad. Es, en primer lugar, su defecto de excesiva amplitud del precepto legal impugnado. Es, también, su defecto de vaguedad. Es, adicionalmente, su defecto de consagrarse una radicación competencial indebida. Y es, finalmente, su defecto de falta de garantías.

No estamos, Vuestra Excelencia, ante un simple problema de mala técnica legislativa. Todos estos defectos identificados **en** el precepto impugnado, por afectar derechos fundamentales y principios constitucionales, lo vuelven una disposición que resulta contraria a la Carta Fundamental, y es **su** aplicación al caso concreto, la del precepto impugnado más que de la ICG N°5/22 misma, la que producirá, en la gestión pendiente, un resultado contrario a la Constitución Política.

Como hemos visto más arriba, no puede dudarse de que la resolución de la causa pendiente supondrá, necesariamente, la aplicación decisiva del artículo 18 N°3 del DL 211, ya sea que la Excma. Corte Suprema acoja todas, algunas o ninguna de las pretensiones hechas valer en dicha reclamación por Mastercard.

Tampoco solicitamos que este Excmo. Tribunal Constitucional determine el sentido y alcance del precepto impugnado. No pedimos, entonces, una aclaración interpretativa. Para efectos del problema constitucional que interesa a esta acción y en esta sede, el sentido del precepto legal impugnado es claro. El TDLC está facultado para dictar las instrucciones de carácter general que estime convenientes para la promoción de la libre competencia.

El problema, sin embargo, está en **la exagerada amplitud del tenor de la norma**, que, en el caso concreto, ha sido aprovechada por el TDLC como pretexto para regular una industria completa, imponiendo cargas significativas a sus actores, especialmente a las Marcas de tarjetas[5], como mi representada, e incluso tomándose la libertad de imputar a Visa y Mastercard una posición de dominio, estableciendo regulaciones ad hoc para éstas (es decir, instrucciones *específicas*).

El hecho de que la misma ley que autoriza tan genéricamente este ejercicio normativo disponga que debe efectuarse "de conformidad a la ley" no circunscribe en lo más mínimo su amplitud.

Nos interesa dejar muy en claro, en todo caso, que este requerimiento no objeta en términos abstractos o generales la constitucionalidad del precepto impugnado. No lo hace, en primer término, porque entendemos que la acción de Inaplicabilidad tiene por único objeto reprochar la aplicación en un **caso concreto**. No lo hace, en segundo lugar, porque para dar por configurados los vicios, nuestra objeción considera específicamente las circunstancias en que se aplicará en la gestión pendiente el precepto impugnado y los efectos concretos que tendrá sobre los derechos de nuestra representada.

Nos resulta perfectamente imaginable, por lo demás, que este mismo artículo 18 N°3 del DL 211 pudiera recibir, en otro caso, una aplicación que no produzca efectos inconstitucionales. De hecho, cuando revisamos algunos de los ejercicios anteriores de esta facultad legal, traducidos en las Instrucciones Generales números 1 al 4, no vemos que la aplicación de este mismo precepto a casos atingentes a las materias específicas de esas otras instrucciones generales pudiere presentar los problemas de inconstitucionalidad concreta que sí se plantean en este caso.

Por lo mismo, este requerimiento no está solicitando a Vuestra Excelencia que adopte una decisión invalidatoria general sobre un precepto legal que es parte importante del conjunto de atribuciones del TDLC. Menos todavía estamos pidiendo un pronunciamiento sobre la validez de las normas legales que, en distintos cuerpos normativos, remiten a la facultad de dictación de instrucciones generales.

Es en los términos explicados, los que trasuntan con nitidez la cosa pedida y la causa de

---

[5] Según se define este término en la ICG N°5/22.

pedir de esta acción, que manifestamos a Vuestra Excelencia nuestra convicción de estar cumpliendo este requerimiento de inaplicabilidad todos los requisitos de admisibilidad del artículo 84 de la LOC que rige su organización y atribuciones.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO INDISPENSABLES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA CUESTIÓN DE FONDO

S.S. Excma., la aproximación al presente requerimiento no es fácil. Nos encontramos ante una actividad y un mercado tremendamente complejos y técnicos. Ambos han evolucionado exponencialmente a través de los últimos años, y actualmente están viviendo uno de sus minutos más difíciles, debido al gran cuestionamiento que se ha generado a su alrededor.

En este sentido, y antes de referirnos a los vicios constitucionales concretos que sustentan el presente requerimiento, a modo de contexto, resulta relevante revisar una síntesis sobre las características de la industria que es objeto de las ICG N°5/22, así como de los principales hitos que han marcado su regulación y su situación actual. Ello permitirá la debida comprensión de la actividad económica en comento, cuestión necesaria para pronunciarse respecto de este requerimiento con conocimiento de causa.

### 2.1. La industria de los medios de pago, y, en particular, los medios de pago con tarjeta.

Según consta en resolución de fojas 1 del expediente de la causa NC-474-2020 llevada ante el TDLC, las ICG N°5 habrían sido dictadas para incidir en el ***mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos, que se emiten por empresas bancarias y no bancarias*** ("**Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas**")[6].

[6] Nos referimos aquí al "mercado" de pagos con tarjetas únicamente para efectos prácticos, dado que este es el término que utilizan las ICG N°5/2022. Sin embargo, debe notarse que existen buenas razones para considerar que ***el mercado relevante no se reduce únicamente a las tarjetas de pago***. El TDLC, sin embargo, simplemente ***dio por supuesta*** la existencia de un "mercado de tarjetas de pago", ya desde la dictación de la resolución de inicio del procedimiento, sin realizar ningún ejercicio de caracterización del mercado relevante. En efecto, la parte resolutiva de la resolución del TDLC de 25 de septiembre de 2020, a folio 1, en el procedimiento rol NC 474-2022, señaló lo siguiente: "*DÉSE INICIO al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N°211, respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N°3 del mismo cuerpo legal,* ***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****; 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*" (el destacado es nuestro).

Como bien señaló el TDLC en su Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal[7] ("**Proposición N°19**"), ***el concepto "medios de pago» agrupa varios métodos en virtud de los cuales se puede pagar por un bien o servicio***. Entre estos medios de pago, podemos encontrar el dinero en efectivo, los cheques, las transferencias bancarias, las tarjetas de débito, crédito o de pago con provisión de fondos, e incluso algunos métodos de pago modernos, como, por ejemplo, billeteras digitales, monedas virtuales, *Buy Now Pay Later*, entre otros.

En el caso de medios de pago con tarjeta, estos se diferencian de otros medios de pago (como el efectivo, los cheques y las transferencias de dinero) en características como la portabilidad para grandes sumas, la seguridad de las transacciones y la rapidez del traspaso de fondos estos constituirían un mercado en sí mismo.[8] A pesar de lo anterior, el H. Tribunal ha señalado que "*con todo, la diferenciación entre diversos medios de pago no obsta a que en un caso específico sometido al conocimiento de este Tribunal, el mercado relevante pueda ser definido como comprensivo de uno o más de estos bienes sustitutos imperfectos.*"

Ahora bien, dejando de lado la discusión sobre la definición correcta del mercado relevante (cuestión ajena a esta sede), el TDLC ha señalado que una de las características fundamentales del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas es que sería un mercado de dos lados.[9] Como señala el profesor Rysman,[10] los mercados de dos lados son aquellos en los cuales hay dos agentes que interactúan a través de un intermediario, generándose una interdependencia entre ambos grupos, toda vez que las decisiones de un conjunto de usuarios afectan los resultados del otro.

En las mismas ICG N°5/22, el H. TDLC señala que se trata de un mercado en el cual

---

[7] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2017): Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. Párrafos 195 y siguientes.

[8]. Véase en este sentido: (i) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2005): Sentencia 29/2005, Considerando 18 al 22, y; (ii) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015): Sentencia 142/2015, Considerando 9 a 18.

[9] Véase: (i) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2017): Proposición de Modificación Normativa Nro. 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. Párrafos 235 y siguientes, y; (ii) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2022): Instrucciones de Carácter General Nro. 5/2022. Párrafo 12.

[10] RYSMAN, Marc (2009): *The Economics of Two-Sided Markets*, en Journal of Economic Perspectives, volumen 23, número 3, 2009, páginas 125–143. Disponible en: https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.23.3.125#page=1

"*existen dos demandas o grupos de consumidores que valoran el producto o servicios sólo si es consumido de manera conjunta por ambos tipos de consumidores* (…) *se genera una externalidad de un grupo sobre otro -externalidad de red indirecta- cuya internalización debe ser coordinada por un intermediario capaz de facilitar la transacción entre ambos lados del mercado.*"[11]

Es posible distinguir varios actores dentro del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas; entre ellos, los más importantes son los siguientes:

1) Tarjetahabientes: constituyen uno de los dos lados del mercado de dos lados. Son quienes demandan el acceso a los distintos tipos de tarjetas de pago que son ofrecidas por los emisores. El tarjetahabiente es así la persona natural o jurídica que posee una tarjeta de crédito, débito o de pago con provisión de fondos.
2) Comercios: constituyen el otro lado del mercado de dos lados. Los comercios son quienes demandan el servicio de aceptación de pago con los distintos tipos de tarjetas. Son todos aquellos que aceptan las tarjetas como medios de pago de los bienes y servicios que ofrecen.
3) Emisores: como bien lo señala su nombre, el emisor es quien emite y luego pone en circulación una tarjeta de pago (la pone en manos de los tarjetahabientes). Por regla general, se trata de bancos, aunque también existen emisores no bancarios de tarjetas de crédito y tarjetas de prepago.
4) Adquirentes (y subadquirentes[12]): quienes prestan el servicio de adquirencia, esto es, incorporar a los comercios a las redes de los medios de pago con tarjetas, ofreciéndoles las herramientas tecnológicas para poder aceptar los pagos con los distintos tipos de tarjetas. En Chile, hasta hace poco tiempo los bancos, a través de la sociedad Transbank S.A. ("**Transbank**"), tenían el monopolio de la adquirencia. Actualmente, sin embargo, han aparecido nuevos adquirentes, a partir de la implementación del modelo de cuatro partes, si bien Transbank sigue manteniendo una altísima participación de mercado.[13]

---

[11] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2022): Instrucciones de Carácter General Nro. 5/2022. Párrafo 12.

[12] Estas entidades prestan el servicio de adquirencia, pero, al no contar con una licencia de adquirencia ni de una red de procesamiento propia, deben celebrar un contrato con un adquirente.

[13] Según las ICG N°5/2020, entre enero y mayo de 2022, "*en el segmento de procesamiento adquirente, se cuenta con datos de participaciones de mercado hasta diciembre de 2020, que dan cuenta que Transbank continuaba concentrando casi el 100% de las actividades de adquirencia y procesamiento adquirente, a pesar de la entrada de nuevos actores sub-adquirentes y adquirentes integrados (folio 253). Según dan cuenta las cifras acompañadas por Transbank (a folio 253) y Multicaja (a folio 261), la participación de mercado de Transbank, en número de*

5) Marcas de tarjetas: entidades que administran los servicios de red y que fijan los estándares operacionales y comerciales para el funcionamiento de su propio esquema de pagos con tarjeta, otorgando licencias para la emisión y adquirencia de tarjetas con su marca. En Chile, las más importantes son Visa, Mastercard y American Express.
6) Procesadores: quienes llevan a cabo los servicios informáticos para enrutar, autenticar, registrar y liquidar las transacciones que son pagadas por medio de tarjetas. Este rol lo suelen tener los emisores (procesador emisor) y los adquirentes (a los cuales se les ha denominado adquirentes integrados por prestar tales servicios, además de los propios de la adquirencia).

La forma en que se relacionan los diferentes actores, la cadena de pagos, y el flujo de información dentro de este mercado dependerá del modelo de organización que se adopte.

## 2.2. Las formas o modelos de organización del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas.

Existen 2 modelos de organización del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas: el modelo de tres partes ("**M3P**") y el modelo de cuatro partes ("**M4P**"). Cada uno de ellos depende principalmente de la forma en la cual se relacionan el adquirente con el emisor.

El modelo de tres partes, también llamado sistema propietario o modelo cerrado, se caracteriza porque existe un mismo agente que actúa, a la vez, como adquirente y como emisor. Este adquirente-emisor es quien une los dos lados del mercado (tarjetahabiente con el comercio).

La integración entre adquirente y emisor puede dar lugar a dos situaciones: (i) una sola empresa que realiza ambas labores a la vez, o bien (ii) dos empresas que, estando separadas funcionalmente, mantienen incentivos económicos coordinados.

En cuanto a la cadena de pagos dentro del modelo de tres partes, sólo existirán

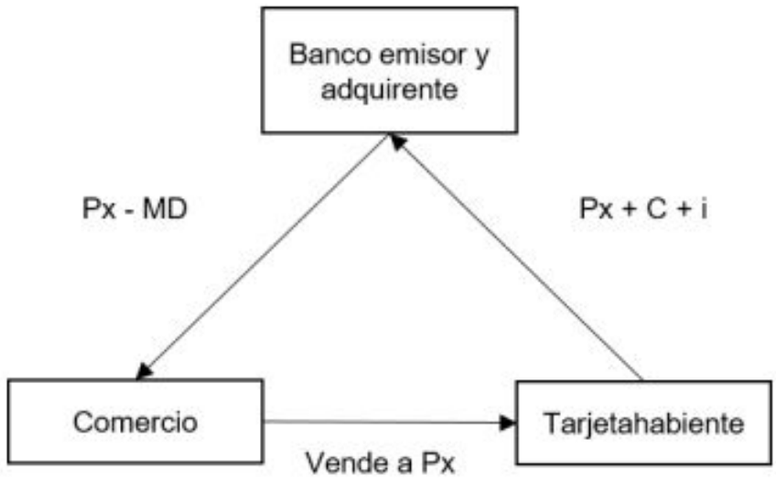
---

*transacciones, durante el periodo 2019-2020 fue de un 99,8%. Sin embargo, los antecedentes allegados al expediente dan cuenta de participaciones de mercado recientes en lo que respecta a transacciones no presenciales (comercio electrónico). De esta manera, según se desprende de la información acompañada por las Marcas a folio 443, 446 y 450, Transbank, ya sea en su calidad de adquirente o procesador adquirente, ha procesado en el periodo enero-mayo 2022 un 85,6% de las transacciones…*".

transacciones que comúnmente son denominadas *on-us*. En este sentido, el H. TDLC ha señalado que:

> *"En este esquema, cuando un tarjetahabiente hace una compra en el comercio paga el valor de su compra ("Px") y, adicionalmente, para efectos de tener acceso a la tarjeta con la que está pagando, paga también comisiones al banco emisor (las que pueden incluso, en algunos casos, ser negativas). A su vez, el banco emisor, adquirente del comercio donde se efectuó la compra, entrega a éste el valor de la compra menos su comisión (el merchant discount)."*[14]

El H. Tribunal incluyó la siguiente imagen para poder graficar el M3P en la Proposición N°19[15]:




Fuente: elaboración propia, basada en aporte de antecedentes de Transbank de fojas 355.
Px: Precio de la transacción realizada con tarjeta (precio pagado por el usuario).
C: Comisión por uso de tarjeta
i: Tasa de interés por crédito
MD: *Merchant discount*

En Chile, se operó por prácticamente dos décadas bajo un modelo de tres partes con características monopólicas por el lado de la adquirencia. En efecto, los bancos emisores de tarjetas delegaron por muchos años los roles de adquirencia y operación del rol adquirente exclusivamente a Transbank, una sociedad de apoyo al giro bancario, en la que la mayoría de los bancos mantienen participación accionaria, de modo que existía

---

[14] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2017): Proposición de Modificación Normativa Nro. 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. Párrafo 214.
[15] Ídem.

integración vertical entre los principales emisores y el único adquirente. En este modelo, el adquirente Transbank cobraba una comisión (merchant discount) al comercio por la utilización de tarjetas y, luego, transfería esa comisión a los emisores en virtud de los contratos bilaterales mantenidos con éstos, descontando los costos de procesamiento de la transacción. Así, mientras estuvo vigente este modelo, no existió en Chile una tasa de intercambio (TI) propiamente tal (explícita).

El M4P, por su parte, se puede definir como:

> "*…aquel en que la emisión y la adquirencia no necesariamente se vinculan de manera directa, sino que lo hacen mediante la adhesión de los actores de cada uno de los lados del mercado a una o más marcas de tarjetas, en la medida que el operador asume la responsabilidad de pago ante los comercios afiliados. Para esto último, es una condición necesaria que un operador tenga suscrito un contrato de licencia con una o más marcas de tarjetas, tal como lo reconoce el párrafo 3(ii) del título I del Capítulo III.J del CNF. Esto marca la diferencia fundamental con el M3P, en el que el operador actúa bajo un contrato directo con los emisores para desarrollar la función de adquirencia*."[16]

A diferencia de un sistema cerrado (M3P), en un modelo de cuatro partes, también llamado sistema abierto, los roles del lado emisor y adquirente están separados. Lo anterior tiene varias consecuencias que son de suma importancia para la libre competencia.

En primer lugar, los adquirentes (entidades que se relacionan directamente con los comercios) no requieren del consentimiento de los emisores (entidades que se relacionan directamente con los tarjetahabientes) para procesar pagos con sus tarjetas, ni éstos requieren de un vínculo contractual con los primeros para que sus tarjetas sean aceptadas por los comercios. En cambio, adquirentes y emisores deben celebrar contratos directamente con las Marcas de tarjetas para aceptar pagos y emitir tarjetas, respectivamente, de una marca de aceptación universal.

En este escenario, para poder conectar el lado del adquirente y el lado del emisor —haciendo fluir la información y pudiendo llevarse a cabo efectivamente una

[16] Fiscalía Nacional Económica, aporte de antecedentes en causa Rol NC-463-2020, "Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020", pár. 50.

transacción— se requiere de un mecanismo que es comúnmente denominado *Switch*, el cual es proveído normalmente por las Marcas de tarjetas como administradoras de la red (también denominadas Proveedores de Red). Este facilita la interconexión o interoperabilidad entre los emisores, adquirentes y/o sus respectivos procesadores.

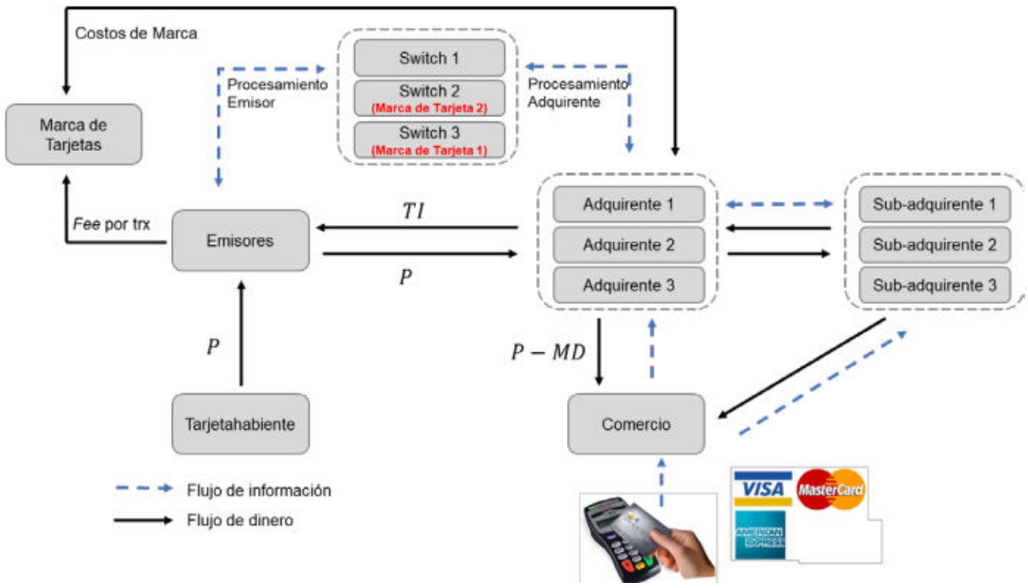
El Proveedor de Red tiene como modelo central de su negocio el lograr la más amplia participación de los diferentes jugadores tanto en el lado de la emisión como de la adquirencia y a la vez fomentar el crecimiento de ambos. Para lograr este propósito, el Proveedor de Red establece las reglas y demás términos para el funcionamiento de la red, promociona sus servicios de red mediante la prestación de servicios con valor agregado y monitorea los riesgos de la red. Todo lo anterior permite la interoperabilidad simultánea entre múltiples emisores (junto con múltiples procesadores emisores designados por cada emisor) y múltiples adquirentes (y múltiples procesadores adquirentes designados por cada adquirente).

En segundo lugar, existe competencia tanto en la adquirencia como en la emisión: los adquirentes compiten en la afiliación de comercios para que acepten tarjetas como medio de pago, y los emisores compiten en la captación de nuevos tarjetahabientes. En otras palabras, hay un aumento de los segmentos que se encuentran en competencia.

En tercer lugar, dentro del modelo de cuatro partes, se generarán transacciones comúnmente llamadas *off-us*, en las cuales el emisor no coincide con el adquirente, y sólo excepcionalmente transacciones *on-us*, en las cuales una misma entidad actúa como emisor y adquirente.

El H. TDLC incluyó la siguiente imagen para poder graficar el M4P en las ICG N°5/2022[17]:

[17] TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2022): Instrucciones de Carácter General N°5/2022, párrafo 23.




El modelo de cuatro partes es claramente el más beneficioso desde una perspectiva de la libre competencia, al generar efectos positivos que no se observan en un modelo de tres partes, lo cual ha sido reconocido tanto por el H. TDLC[18] como por el Banco Central de Chile[19].

Debido a que en este modelo de organización genera mayores niveles de competencia, la teoría económica señala que deberían tender a mejorarse las ofertas en el segmento de la adquirencia, propenderse a mayores niveles de innovación y crear mejores opciones para los comercios y los consumidores.

Como consecuencia de la participación de numerosos emisores y adquirentes (y sus respectivos procesadores), los sistemas de tarjetas en M4P son aceptados en un mayor número de establecimientos, los que, a su vez, son capaces de expandir considerablemente su clientela. De esta manera, los sistemas pueden aprovechar al máximo las externalidades de la red inherentes a los sistemas de pago con tarjeta, o, dicho en otras palabras: el valor intrínseco del sistema para los establecimientos aumenta a medida que aumenta el número de usuarios de tarjeta, mientras que el valor intrínseco para el usuario aumenta a medida que aumenta el número de establecimientos que

---

[18] Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2017): Proposición de Modificación Normativa Nro. 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. Página 149. En aquella oportunidad el H. TDLC recomendó como una medida para fomentar la competencia en la función de adquirencia prohibir la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia.

[19] Véase BANCO CENTRAL DE CHILE (2018): Informe de estabilidad financiera, segundo semestre 2018. Página 80. Disponible en: https://www.bcentral.cl/contenido/-/detalle/informe-de-estabilidad-financiera-segundo-semestre-2018-4

aceptan la tarjeta.

Por último, y tomando en consideración la perspectiva nacional, este modelo puede contribuir de forma significativa a la efectividad y estabilidad del sistema financiero, particularmente al promover la confianza en el uso de las tarjetas, y de los pagos electrónicos en genera, lo que conlleva una mejora en el funcionamiento del comercio nacional.

En conclusión, el M4P fomenta la amplia participación de múltiples jugadores/entidades (emisores, adquirentes, procesadores, y otros proveedores de servicio) a lo largo de la cadena de valor, quienes –individualmente y en conjunto– tienen como objetivo el desarrollo de la amplia emisión y aceptación de tarjetas de la respectiva marca.

Así las cosas, el modelo de cuatro partes se ha convertido en el punto de origen de uno de los medios de pago más prácticos y exitosos del mundo. Estas características también permitieron la creación de un gran número de innovaciones, como la autenticación en tiempo real (mediante el uso de NIP), servicios en cajeros automáticos, tarjetas de débito y tarjetas de crédito. En pocas palabras, el modelo de cuatro partes ha cambiado por completo las condiciones competitivas del mercado de los servicios de pago para beneficio tanto de los establecimientos como de los usuarios de tarjetas.

El mercado chileno se caracteriza por haber transitado recientemente desde un modelo de tres partes a uno de cuatro partes. En efecto, este escenario cambió a partir de una modificación a la normativa sobre medios de pago dictada por el Banco Central de Chile, materializada en junio de 2017, que posibilitó la introducción del modelo de cuatro partes en nuestro país. Entre otras cosas, esta modificación se tradujo en una redefinición del concepto de "operador" de tarjetas de pago[20], delimitando sus actividades y permitiendo que la actividad de operación pudiese ser desarrollada por empresas sin necesidad de mantener un vínculo contractual directo con los emisores de los medios de pago respectivo.

En los hechos, sin embargo, la verdadera la transición desde el M3P al M4P inició en abril de 2020, cuando Transbank, operador de tarjetas de pago y adquirente con mayor participación de mercado en Chile, materializó cambios contractuales, operativos y

[20] Véase el Capítulo III.J.2 del CNF.

tecnológicos para operar bajo dicho modelo. En efecto, dicho adquirente puso término a los contratos de operación y los mandatos de afiliación que mantenía con los emisores, obtuvo las licencias adquirentes de las marcas de tarjetas ("**Marcas**"), e inició un proceso de migración tecnológica para poder enrutar sus transacciones a través del switch de las Marcas.

A partir del ingreso al modelo de cuatro partes, se puso término a la actuación conjunta de los bancos emisores a través de Transbank, debido a la separación del rol emisor y el rol adquirente, existiendo por tanto una tasa de intercambio explícita.

La relevancia de lo anterior es que la tasa de intercambio representa la mayor parte del *merchant discount* cobrado a los comercios. En efecto, el *merchant discount* incluye el margen adquirente, la tasa de intercambio (TI) y los costos de marca. Entre estos componentes, la TI, que corresponde a la tarifa que percibe el emisor por cada transacción realizada con una tarjeta de su emisión, "*representa en promedio un 80% del cobro realizado al comercio -merchant discount*".[21]

Hoy en día, el Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio, organismo creado mediante la Ley N° 21.365, publicada en el Diario Oficial con fecha 06 de agosto de 2021, está encargado de determinar los límites a las tasas de intercambio aplicables a transacciones con tarjetas, entre emisores y operadores, correspondientes a la venta de bienes o a la prestación de servicios por entidades afiliadas en el país. Dicha determinación se efectuará con el objetivo de establecer condiciones tarifarias orientadas a la existencia de un mercado de tarjetas competitivo, inclusivo, transparente y con fuerte penetración, y que asimismo considere el resguardo del eficiente y seguro funcionamiento del sistema de pagos minoristas.

A pesar de todo lo anterior, aún queda un largo camino por recorrer para hacer una transición completa al nuevo modelo de cuatro partes y a un mercado más competitivo. No solo existen una serie de desarrollos a nivel tecnológico que deben ser implementados para lograr la absoluta interoperabilidad entre emisores, adquirentes y Marcas de tarjetas, si no que, hasta el día de hoy, Transbank sigue manteniendo una concentración extremadamente alta en el segmento de la adquirencia, la cual no favorece a la libre competencia. Esto último no es baladí, sobre todo, cuando se observa que dicha empresa

[21] ICG N°5/22, pár. 25, pág. 49.

sigue estando ligada al segmento emisor, toda vez que es propiedad de algunos de los más importantes bancos de Chile.

### 2.3. El rol de Mastercard dentro del modelo de cuatro partes.

Mastercard es una empresa tecnológica de la industria de pagos globales que conecta a consumidores, instituciones financieras, comercios, gobiernos, socios digitales, empresas y otras organizaciones de todo el mundo, permitiéndoles utilizar medios de pago electrónicos. Se enfoca en hacer que los pagos sean más fáciles y eficientes proporcionando una amplia gama de soluciones y servicios de pago, utilizando su conocida y confiable familia de marcas que incluye Mastercard®, Maestro® y Cirrus®[22].

Mastercard opera un sistema o red de pagos de alcance global que ofrece un servicio de primer nivel y vincula a emisores y adquirentes de todo el mundo para facilitar transacciones, permitiendo el uso de los productos Mastercard en decenas de millones de puntos de aceptación en múltiples países. Esta red facilita un medio eficiente, seguro y protegido para recibir pagos, así como un método de pago cómodo, rápido y seguro para que los consumidores accedan a sus fondos. A través de su red principal, Mastercard permite a sus clientes realizar transacciones en más de 150 divisas y en más de 210 países y territorios[23].

En Chile, tras la implementación del denominado "modelo de cuatro partes", Mastercard es una entidad que reviste la calidad de "Titular de la Marca" en los términos del Capítulo III.J.1del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

Bajo el M4P, Mastercard otorga licencias para la emisión y adquirencia de tarjetas de sus propias marcas, provee una red que facilita y gobierna la interconexión o interoperabilidad entre los emisores y adquirentes, balancea los incentivos y cargas, y lleva a cabo los procesos de enrutamiento para autorización de transacciones, así como la facilitación de la compensación y liquidación de sumas adeudadas entre emisores y adquirentes.

---

[22] Véase: *Form 10-K* de Mastercard Incorporated, del año 2021, presentado a la *Securities and Exchange Comission* de los Estados Unidos de América, pág. 6. Disponible en: https://s25.q4cdn.com/479285134/files/doc_financials/2021/ar/2021-Annual-Report-NO-EMAIL-ALERTS.pdf

[23] Óp. cit., pág. 9.

Para construir y operar su red de pagos de aceptación universal, Mastercard implementa un modelo de franquicia. Este modelo que se sustenta en una serie de normas y principios conocidos como las **Reglas de Mastercard**[24], cuyo propósito es permitir el correcto funcionamiento de la red, tanto a nivel doméstico como internacional, bajo estrictos estándares de integridad financiera y con pleno respeto a la normativa sectorial aplicable en los diferentes países en los que tiene presencia.

De esta manera, las Reglas de Mastercard fijan los estándares operacionales y comerciales de su propio esquema de pagos, permitiendo el funcionamiento adecuado del ecosistema de pagos y la vinculación de sus participantes, velando siempre por su seguridad, robustez, eficacia e interoperabilidad.

Conforme con lo anterior, Mastercard provee el licenciamiento de su marca y los servicios asociados a su uso con sujeción al cumplimiento de sus Reglas, las cuales establecen condiciones generales, objetivas y no discriminatorias para la adhesión a su red. Lo anterior resulta plenamente legítimo y necesario, ya que es fundamental para Mastercard garantizar la innovación, fiabilidad, seguridad e integridad de su red a nivel global para mantener su valor frente a comercios y tarjetahabientes, cuestión que sólo puede lograrse si todos los participantes de la red se sujetan a los mismos estándares.

Para lograr estos objetivos, las Reglas de Mastercard regulan los requisitos de licenciamiento de las marcas de Mastercard y la participación en su red; las actividades de emisión y adquirencia bajo sus marcas; el uso de dichas marcas; los estándares de conducta de los clientes; los controles de riesgo y seguridad que aplican a las transacciones; los procedimientos de liquidación entre participantes; los incumplimientos y procesos de resolución de disputas, entre otros.

Mastercard no emite ningún tipo de tarjeta de pago por sí misma, no otorga créditos y no fija tasas de interés. Tampoco tiene una relación contractual con los comercios para aceptar las tarjetas de su marca, ni autoriza o registra las operaciones. Todas esas actividades son propias de otros participantes dentro del ecosistema de pagos, como son los emisores, los adquirentes, o sus respectivos procesadores.

---

[24] *Mastercard Rules*, disponibles en: https://www.mastercard.us/content/dam/public/mastercardcom/na/global-site/documents/mastercard-rules.pdf

En desarrollo del MP4, Mastercard otorga la posibilidad a los emisores de conectarse a una red que les permite ofrecer a sus clientes un medio de pago que interopera con los medios de aceptación, bien sea físicos o virtuales, que, por su parte, ofrezca un comercio afiliado a su red. Esto fomenta la competencia, porque hace posible que cualquier competidor por el lado de la emisión se conecte fácilmente y en condiciones que le permitan desarrollar un modelo de negocios viable con la red de pago de Mastercard, ofreciendo un servicio que podrá competir con los servicios que provee cualquier jugador incumbente.

Lo anterior es igualmente cierto desde el lado de la adquirencia. El modelo de Mastercard permite a los nuevos participantes en el servicio de aceptación de pagos (adquirentes) ofrecer a los comercios la aceptación de los pagos realizados por los consumidores con cualquier tarjeta de su marca (sin importar quién sea el emisor), apoyándose en una red ya construida y operativa, facilitándoles la obtención de beneficios en términos de mayores ventas, eficiencias operativas, otorgamiento de mejor servicio a sus consumidores, entre muchos otros.

En efecto, los servicios prestados por Mastercard a sus clientes directos y usuarios indirectos (consumidores y establecimientos comerciales) van más allá del simple enrutamiento de transacciones. Los consumidores eligen los instrumentos de pago de Mastercard porque entienden los beneficios del producto desde diferentes ángulos: experiencia positiva y fácil de usar; seguridad y protección para las transacciones; y reembolsos por transacciones no reconocidas o con productos y/o servicios entregados de manera diferente de lo que se contrató.

Por otro lado, los comercios también eligen recibir pagos electrónicos con Mastercard porque reciben beneficios concretos y de gran valor: pago garantizado en transacciones aprobadas (el comerciante recibe el pago independientemente de la relación del titular de la tarjeta y su emisor); mayor potencial de ventas por cliente (por ejemplo: el cliente no se limita a comprar solo con el dinero que lleva en el momento de la compra); eficiencia para reducir el manejo de efectivo; y una experiencia positiva y rápida para su cliente al momento del pago.

### 2.4. Las ICG N°5/22 del H. TDLC y su impacto en el desarrollo del Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas.

Las ICG N°5/222 son, en opinión de esta parte, un tremendo retroceso al gran avance y desarrollo que ha vivido últimamente el Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas. Lo anterior se debe a varias razones, las cuales ya fueron tratadas al detalle en el recurso de reclamación que Mastercard interpuso en contra de ellas ante el TDLC y que actualmente está siendo revisado por la Excma. Corte Suprema.

En este requerimiento, nos limitaremos a describir los principales cambios que introducen las ICG N°5/22 en la industria de medios de pago, y a señalar brevemente los perjuicios más relevantes que resultan de algunas de estas reglas:

- Para avanzar en la implementación del modelo de cuatro partes en el mercado de pagos con tarjetas, las ICG N°5/22 dictan instrucciones dirigidas a los emisores de tarjetas de pago y los procesadores emisores, con el objeto de asegurar la interoperabilidad plena entre los diversos actores de la industria.

- Asimismo, se contemplan instrucciones que ordenan a las Marcas de tarjetas la modificación de sus reglas, destacando aquellas relativas a las transacciones transfronterizas y las denominadas (i) "no adquirencia sin emisión" (o NAWI); (ii) "no discriminación o recargo" o "no surcharge rule"; y (iii) "honor all cards" en su dimensión "honor all products".

  — En particular, se establece la eliminación de la regla de no discriminación o recargo, que prohíbe a los comercios cobrar un precio que dependa del medio de pago utilizado. En virtud de esta instrucción, los comercios pueden ahora realizar recargos a los consumidores que realicen pagos con tarjeta, respecto de los que utilicen otros medios de pago. Estos recargos deberán ser informados a los consumidores, y tendrán los límites máximos indicados en las ICG.

  — Respecto de las transacciones transfronterizas, se instruye a las Marcas de tarjetas adaptar su definición de transacción o adquirencia transfronteriza de manera que cumplan con la normativa del Banco Central; eliminar cualquier prohibición a la adquirencia transfronteriza en un plazo de 30 días hábiles, y enviar 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.

- Las ICG N°5/22, asimismo, establecen regulaciones aplicables a los procesos sancionatorios establecidos en las reglas de las Marcas de tarjetas, refiriéndose a los sistemas de multas, y obligando a las Marcas a adoptar un mecanismo de resolución de reclamos o de impugnación de sus decisiones ante un tercero imparcial, definido por cada Marca, pero prohibiendo la exigencia del pago previo de una tarifa por este concepto.

- Además, las ICG N°5/22 ordenan a las Marcas de tarjetas enviar a la Fiscalía Nacional Económica sus costos de marca –remuneración que reciben las marcas, que corresponde a uno de los elementos del cobro a los comercios (merchant discount)– a nivel desagregado, y que le informen de cualquier aumento. Asimismo, se exige que, en el evento de que los aumenten, justifiquen dichos aumentos sobre la base de consideraciones objetivas y no discriminatorias, indicando de qué manera los aumentos o la instauración de nuevos cobros dentro de la categoría de costo de marca propenden a aumentar la calidad de los servicios de las Marcas o a mejorar el funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas. Asimismo, el TDLC decidió ejercer la potestad que le confiere el artículo 18 N°4 del DL 211 en esta materia, proponiendo a la autoridad competente iniciar un proceso para regular los costos de marca.

- Adicionalmente, se ordena a las Marcas publicar las TI desglosadas según rubro de comercio, tipo de tarjeta, categoría de tarjeta, canal de venta o cualquier otra variable que utilicen como mecanismo de diferenciación para las tasas de intercambio. Asimismo, las Marcas no podrán impedir a sus licenciatarios adquirentes que estos entreguen información sobre costos de marca y tasas de intercambio a los comercios y subadquirentes correspondientes. En esa misma línea, se ordena a adquirentes y subadquirentes otorgar a sus comercios afiliados la posibilidad de optar por una estructura de precios desglosada que identifique cada componente del *merchant discount*.

Algunas de estas instrucciones se dirigen exclusivamente a las Marcas que, según el

TDLC, poseen "una posición dominante en el mercado", esto es, Visa y Mastercard.

Las reglas anteriores pretenden promover la libre competencia en el mercado en comento, pero lo cierto es que, en muchos casos, tienen el potencial de generar efectos contrarios a los buscados por el H. TDLC, resultando en decisiones que, desde un punto de vista de política pública, son absolutamente inadecuadas, y generarán graves efectos nocivos para el desarrollo de los medios de pago y la inclusión financiera.

De particular relevancia son las consecuencias que generará la eliminación de la regla honor all products o HaP. En efecto, el incumplimiento de la regla HaP por parte de los comercios tendrá un efecto negativo en los niveles de aceptación de los distintos tipos de tarjetas de pago, especialmente las tarjetas de pago con provisión de fondos o "tarjetas de prepago". Al impedirse la completa aceptación de las tarjetas de prepago, se debilita su atractivo, el grado de competencia que pueden imprimir y la labor de inclusión financiera que podrían llevar adelante, perpetuando la gran proporción de pagos en efectivo que reciben los comercios hoy en día.

De hecho, si bien el H. TDLC reconoció correctamente que las tarjetas prepago pueden tener un impacto positivo sustancial en la inclusión financiera, la innovación y la competencia, y que la eliminación de la regla HaP puede crear confusión para los tarjetahabientes en el punto de venta, concluyó que estos argumentos no eran lo suficientemente fuertes para justificar el mantenimiento de la regla. Esta conclusión se debió principalmente a la suposición incorrecta del H. TDLC de que los pagos con tarjeta siempre son más costosos de aceptar que los pagos en efectivo.

Del mismo modo, la prohibición de la denominada regla NSR o "regla de no recargo" también tendrá, a juicio de esta parte, un impacto negativo en el desarrollo de la industria. Conforme a esta regla, el precio ofertado no debe ser recargado/aumentado en función del medio de pago elegido. Así, se garantiza la igualdad de trato para los distintos medios de pago que puede elegir un consumidor y evita generar distorsiones y señales erróneas de precios a los consumidores o tarjetahabientes.

Las reglas de no recargo que existen en los esquemas de franquicia de tarjetas de pago abiertos, como el de Mastercard, buscan promover el uso de medios de pagos electrónicos, evitar discriminaciones entre los mismos, desincentivar el cobro excesivo a

los tarjetahabientes y proporcionar transparencia, confianza y seguridad a los tarjetahabientes.

La prohibición de esta regla constituye un directo incentivo al aumento de los pagos en efectivo, pues propicia una discriminación en contra de las transacciones con tarjetas. En efecto, los consumidores y comercios tienden a tener en consideración sólo el ahorro explícito que representaría el uso del efectivo, sin tener en cuenta el costo implícito que su decisión acarrea. En efecto, el uso de efectivo trae aparejado altos costos implícitos tanto para los comercios como para los consumidores.

Para los comercios, el efectivo implica la carga de administrarlo: debe almacenarse, protegerse y contabilizarse. El efectivo es difícil de transportar y es intrínsecamente inseguro. Este costo es soportado de manera desproporcionada por los pequeños comercios que no pueden pagar servicios sofisticados de seguridad y transporte de efectivo.

Sin embargo, el mayor costo es para la sociedad y sus gobiernos en términos de evasión tributaria, fomento de la ilegalidad y la informalidad, facilitación de la corrupción, exclusión financiera, dificultad para el crecimiento económico, entre otros, costos que nuevamente recaen desproporcionadamente en la población de menores ingresos. Nada de esto es tomado en cuenta por las ICG N°5/22.

Los anteriores son solo ejemplos de cómo las ICG N°5/22 modifican el panorama de las tarjetas de pago. Más allá de lo anterior, dichas instrucciones no dejan de sorprender al dedicarse principalmente a establecer regulaciones para las Marcas de tarjetas (y, más específicamente, aquellas que ostentarían, a juicio del TDLC, "una posición dominante"), cuyas tarifas (costos de marca), sin embargo, representan un porcentaje menor del *merchant discount* cobrado a los comercios, cercano al 7-8%, según las propias ICG N°5/22[25].

En cambio, las instrucciones del TDLC omiten por completo, en forma muy llamativa, cualquier tipo de referencia al principal problema estructural de libre competencia que apremia hasta el día de hoy al Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas: nos referimos a la ya señalada altísima concentración que existe en el segmento de la adquirencia, al

[25] Véase: ICG N°5/22, pár. 401, pág. 155.

ostentar Transbank una participación superior al 85%, unida al hecho de que este operador continúa siendo de propiedad de importantes bancos emisores que realizan su adquirencia exclusivamente a través de esta empresa (lo que implica, lógicamente, que no compiten entre sí en la adquirencia). ¿Por qué no ordenó el TDLC, mediante estas instrucciones, por ejemplo, la desinversión de Transbank? ¿Por qué se enfocó casi exclusivamente en las Marcas de tarjetas, si su pretensión era revisar, supuestamente, las condiciones de competencia en la totalidad de la industria?

En definitiva, las ICG N°5/22 tienen un amplio alcance, mucho más amplio que cualquier instrucción de carácter general dictada anteriormente por el TDLC, pero se enfocan fundamentalmente en las Marcas de tarjetas, sus reglas y sus tarifas, y específicamente en aquellas Marcas que, a juicio del TDLC (juicio que, nótese, emitió en un procedimiento *no contencioso*), tendrían una posición de dominio: Mastercard y Visa.

## 3. LA GESTIÓN PENDIENTE

Lo que se plantea en sede de reclamación ante la Excma. Corte Suprema es una objeción en contra de la ICG N°5/22. Más allá de los comentarios que dicha reclamación formula sobre los alcances del artículo 18 N°3 del DL 211, basamento legal de la referida ICG N°5/22, la acción en el juicio de fondo no cuestiona la validez del precepto legal que esta Inaplicabilidad sí reprocha.

Lo que se alega en la gestión pendiente es que, en la dictación de la referida ICG N°5/22, el TDLC ha incurrido en serios errores jurídicos y, de hecho, arbitrariedad y extralimitación. Se trata, entonces, del tipo de objeciones que cabe discutir y resolver en sede de legalidad.

i. **La extensión de la Resolución**, al pronunciarse sobre materias que son competencia de la autoridad sectorial, teniendo en consideración los riesgos que la actividad regulada por las ICG N°5 genera para la cadena de pagos y el adecuado funcionamiento del sistema financiero, y por referirse a hechos litigiosos cuyo conocimiento compete al propio TDLC;

ii. **El procedimiento que le da origen**, por cuanto se ha vulnerado el derecho a defensa de Mastercard, ya que la Resolución Recurrida contiene un enjuiciamiento sobre la posición

competitiva de esta, sin que haya existido verdaderamente una oportunidad para controvertir aquel punto aportando o refutando prueba en esta materia, vulnerando los principios del debido proceso y las buenas prácticas regulatorias.

iii. **La falta de fundamentación económica de la Resolución recurrida**, por cuanto ésta no está basada en un robusto análisis empírico y contiene graves errores metodológicos.

iv. **El contenido de la Resolución**, por cuanto, como consecuencia lógica de su falta de fundamento económico, las instrucciones dictadas por la Resolución también resultan arbitrarias, en el sentido de que éstas no protegen o fortalecen verdaderamente la libre competencia en los mercados analizados —o que se debieron analizar—. Incluso, muchas de ellas tienen el potencial de generar efectos contrarios a los buscados por el TDLC, resultando en decisiones que, desde un punto de vista de política pública, son absolutamente inadecuadas y generarán graves efectos nocivos en el mercado.

v. Adicionalmente, **la Resolución omite referirse al principal problema estructural de competencia que aún afecta al mercado de medios de pago**, esto es, la extremadamente alta concentración en la adquirencia a través de Transbank, unida al hecho de que Transbank continúa siendo de propiedad de importantes bancos emisores que realizan su adquirencia exclusivamente a través de Transbank (salvo Banco Santander, BancoEstado y BCI) y, por ende, no compiten entre sí en la adquirencia —lo que implica, además, una cierta inobservancia a las exigencias de la Excma. Corte Suprema en esta materia—.

Nos parece importante señalar que esta acción de inaplicabilidad plantea ante Vuestra Excelencia un conjunto de reproches de constitucionalidad, distintos y distinguibles de los que se discuten en la gestión pendiente. La sección siguiente los desarrolla.

## 4. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Por medio de esta acción venimos a solicitar a Vuestra Excelencia que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 18 N°3 del DL 211 por causa de los vicios que procederemos a exponer.

### 4.1. Comisión Especial

El hecho de que, sin existir habilitación constitucional, una ley autorice a un tribunal a que dicte instrucciones de carácter general plantea serios problemas constitucionales, sobre todo si dicho tribunal ejerce en el caso concreto esa autoridad sin limitaciones. Es evidente que es complejo, por decir lo menos, que un tribunal emita en enero unas instrucciones generales y que luego, en septiembre, ese mismo tribunal resuelva una controversia sometida a su competencia sobre la base de los criterios contenidos, precisamente, en la instrucción general que él mismo fijó con anterioridad.

Nuestra opinión es que esta figura legal, cuando no está expresamente autorizada por la Carta Fundamental, encierra el peligro de generar inconstitucionalidades. Nuestra convicción es que, en un caso como este, dicho peligro se ha materializado. Y que Vuestra Excelencia está llamada a conjurar dicho perjuicio.

A continuación, explicaremos cómo se configura este primer vicio grave de inconstitucionalidad. Adviértase que, aun cuando puedan existir puntos de contacto lógico con reparos fundados en la separación de poder, la verdad es que se trata de una objeción nueva, distinta a cualquiera que se haya planteado antes ante V.E.

Para la Constitución, los tribunales se singularizan por el monopolio de que gozan para el ejercicio de la jurisdicción. Un tribunal puede hacer otras cosas, pero lo que lo caracteriza es que ejerce jurisdicción. Otros órganos estatales que no sean tribunales pueden hacer muchas cosas, pero no pueden ejercer jurisdicción.

La jurisdicción se manifiesta en concreto, y finalmente, en una resolución que, conforme a derecho, adjudica la cuestión controvertida (*iuris dictio*, decir el Derecho).

¿Significa lo señalado que los tribunales solo producen efectos jurídicos sobre la situación de terceros a través de sentencias (y, más en general, de resoluciones judiciales)? Por supuesto que no. Existe también la potestad de algunos tribunales colegiados de dictar normas de carácter general.

Ahora bien, cuando la Constitución Política de la Republica ha querido conceder a una corte o un tribunal potestades amplias para dictar normas generales con impacto en los

justiciables y que no están contenidas en una resolución judicial, ni son disposiciones dictadas para ejecutar o cumplir una resolución judicial, lo ha dicho expresamente.

El instrumento jurídico por el cual los tribunales de justicia dictan las reglas generales se denominan Autos Acordados. El profesor Alejandro Silva Bascuñán los define como cuerpos de normas generales y abstractas dictadas generalmente por los tribunales colegiados, con el objeto de imponer medidas o impartir instrucciones dirigidas a velar por el más expedito y eficaz funcionamiento del servicio judicial.[26]

Tomando en cuenta la especial situación de los Autos Acordados sobre Recursos de Amparo y Protección, se ha definido a estos instrumentos como cuerpos reglamentarios de orden procesal u orgánico que han debido dictarse ante la inacción del legislador que no ha cumplido el deber constitucional de proveer de un procedimiento justo y racional conforme al cual tramitar los recursos o acciones constitucionales, como así también el ejercicio de otras atribuciones privativas de los tribunales.[27]

Hasta el 2005, el fundamento constitucional de los Autos Acordados que dicta la Excelentísima Corte Suprema se apoyaba fundamentalmente en las facultades directivas, correccionales y económicas del artículo 82 de la Constitución. Así, se ha señalado por la doctrina que "resulta inequívoco que debe entenderse que la superintendencia económica de la Corte Suprema consagrada constitucionalmente comprende la de dictar autos acordados y tomar medidas o adoptar disposiciones de carácter judicial".[28] A partir del año 2005, la propia Carta Fundamental reconoce expresamente a la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y al Tribunal Calificador de Elecciones como órganos habilitados para dictar este tipo de actos jurídicos.

Consciente la Constitución de la importancia y los impactos que puede tener el ejercicio de esta potestad, dispuso que el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras, 10 parlamentarios o cualquier persona "afectada en el ejercicio de sus derechos

---

[26] Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Ed. Jurídica de Chile, p. 156.

[27] Pfeffer Urquiaga, Emilio: "Autos acordados, Control de Constitucionalidad y Procedimiento", en ponencia presentada en el Seminario Académico: "Reflexiones sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y su Control de Constitucionalidad", Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, 21 y 22 de octubre de 2009.

[28] Vásquez, José Ignacio: "El control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Nº 72, año 2010, página 198"

fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado" pueda promover ante el Tribunal Constitucional un requerimiento para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de dicho auto acordado reprochado.

Este análisis de contexto demuestra hasta qué punto es constitucionalmente anómalo que un tribunal que no aparece en la CPR (el TDLC) disponga de una facultad de dictar normas generales.

El problema deja de ser simplemente anómalo, cuando el ejercicio de esta facultad de dictar instrucciones generales trasciende la expedición de reglas de procedimiento o de cumplimiento de reglas legales y **deviene en la creación de nuevas reglas sustantivas**.

Nos interesa insistir en que, para efectos del examen en esta sede, el defecto de las ICG N°5/2022 no resulta ni principal ni exclusivamente de fallas en la manera en que el TDLC procedió a su dictación (aunque hay bastante de eso). **Las ICG N°5/2022 se han dictado en ejercicio de la amplísima delegación que hizo al legislador al TDLC**. **Y es la norma delegatoria, el artículo 18 N°3 del DL 211, la que contiene, entonces, el vicio.** O, si se quiere, la raíz del mal.

La Constitución Política asegura a todas las personas que el ejercicio de la jurisdicción será siempre responsabilidad de un tribunal. No se trata aquí de una cuestión de nombre, como si bastara que el órgano en cuestión se llame "tribunal". Es necesario que, más allá del nombre que tenga, dicho órgano satisfaga los todos y cada uno requisitos mínimos que impone para ello la Carta Fundamental. Cuando la Constitución ha querido referirse a un órgano que pretende oficiar de tribunal y, por ende, pretende ejercer jurisdicción, sin reunir las condiciones constitucionales requeridas, le ha lanzado en la cara el rótulo descalificador "Comisión Especial" y los ha prohibido categóricamente.

Un verdadero tribunal es creado por ley.

Un verdadero tribunal es creado por la ley antes de los hechos de los que va a conocer.

Un verdadero tribunal es independiente.

Un verdadero tribunal es imparcial.

Un verdadero tribunal resuelve sobre la base de normas y principios que no crea él mismo en el acto de fallar, sino que han sido establecidas previamente por un tercero. La regla general, por supuesto, es que el tribunal falla de acuerdo con el derecho, esto es, la legislación vigente y válida y los principios generales de derecho. Ahora bien, incluso en el caso del árbitro arbitrador, en que el tribunal resuelve de acuerdo con la prudencia y la equidad, las reglas de procedimiento le han sido impuestas por las partes (o, en subsidio, se aplicarán las fijadas en el Código de Procedimiento Civil).

Recordados los requisitos de un verdadero tribunal, ¿qué puede decirse de la constitucionalidad de un precepto legal que permite que exista un órgano que lleva el nombre de tribunal (TDLC), pero que, al fallar una causa puesta en su conocimiento, se entienda obligado a resolver de acuerdo con unas reglas generales que él mismo fijó de antemano, no en una sentencia (fruto de un debido proceso), sino que unas instrucciones de carácter general?

Nos parece que la aplicación del precepto legal que permite al TDLC dictar unas normas generales ─que, sin base legal alguna, y entre otras cosas, imponen nuevas obligaciones a los participantes de un mercado, que definen imperativamente las características de ese mercado, que caracterizan ciertas conductas como ilícitas─, para que, luego, ese mismo TDLC proceda a conocer de un caso concreto y resuelva aplicando precisamente esos contenidos generales que fabricó de *motu proprio* y *ex ante* produce una grave violación al derecho fundamental a la igual protección en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental), y más concretamente, al derecho a la tutela judicial, no de cualquier órgano que se llame tribunal, sino que un verdadero tribunal en los términos recordados más arriba.

¿De qué le sirve al justiciable como garantía frente al abuso el hecho de que el tribunal que lo va a juzgar haya sido creado con anterioridad a los hechos que van a ser juzgados, si resulta que ese tribunal ha podido definir por sí y ante sí, incluso antes de que empiece el juicio o durante su tramitación, cuáles serán las reglas sustantivas que se van a aplicar para resolver?

Alguien podría creer que estamos ante un simple problema de falta de imparcialidad, que se resuelve excluyendo del conocimiento de la causa de que se trate, vía implicancia

o recusación, a todos los magistrados de carne y hueso que participaron de la elaboración de las instrucciones de carácter general. Dado que ellos/ellas ya habrían anticipado opinión sobre aspectos de hecho y derecho que están controvertidos en un juicio (en realidad hicieron bastante más que eso en esas Instrucciones generales), la exigencia de imparcialidad se satisfaría reemplazándolos por otros magistrados.

Usted coincidirá con nosotros, Usía Excelentísima, que el problema no resuelve con un simple reemplazo de magistrados. Las instrucciones generales no son un compilado de opiniones de los distintos ministros del TDLC. Las instrucciones generales son normas dictadas por el órgano llamado TDLC. Expresan oficialmente la posición de dicho Tribunal. Es el TDLC el que ya resuelto. El problema gravísimo es que lo ha hecho por una vía que no cumple con las garantías de un debido proceso.

Concretamente, nos referimos a aquel elemento característico de la tutela judicial eficaz consistente en la existencia de un tribunal que falle de acuerdo con un derecho prexistente.

Entendemos que, aun en un país cuya tradición jurídica no considera al precedente judicial como vinculante (y en el cual, en principio, las sentencias judiciales solo producen efecto respecto del caso en que actualmente se pronunciaren), la jurisprudencia tiene un valor, y que existen consideraciones de igualdad y seguridad jurídica para que, en general, y salvo razones muy poderosas, un tribunal siga lo que han sido sus propios criterios anteriores.

Ahora bien, ese debido respeto al precedente jurisprudencial (una forma moderada de *stare decisis*) sería, en todo caso, respeto a resoluciones judiciales anteriores propias, es decir, a decisiones adoptadas en el marco de todas las garantías que exige el debido proceso. Y es respeto a, y búsqueda de coherencia con, la manera en que el tribunal interpretó en el pasado una norma dictada por el legislador (o sea, por un ente distinto al propio tribunal).

En cambio, pretender que un fallo futuro queda amarrado, sin haber escuchado todavía a las partes, no a la ley, sino que a unas instrucciones generales dictadas fuera de las garantías el debido proceso, no es respeto al precedente; es negar una cualidad esencial de un verdadero tribunal, esto es, que sus decisiones no son puro arbitrio suyo.

**Por afectar, en el caso concreto, la imparcialidad del TDLC, la aplicación del artículo 18 N°3 del DL 211 vulnera gravemente el derecho a un verdadero tribunal.**

### 4.2. Infracción al principio de reserva legal de la regulación económica

La aplicación del artículo 18 N°3 del DL 211 también infringe, en el caso concreto, el principio constitucional de reserva legal de la regulación económica (artículo 19 N°21), tal como se explica a continuación.

#### A. Regulación y restricción económica

La regulación es aquel conjunto de condiciones básicas cuya razón de ser no es otra que permitir que los distintos derechos de las diferentes personas puedan ser ejercidos en el contexto de un cierto orden. El Tribunal Constitucional chileno ha expresado que: "*por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: "Ajustado y conforme a reglas". De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que, bajo el pretexto de regular, se llegue a impedir el ejercicio de una actividad*" (el subrayado es nuestro).[29]

La idea de las regulaciones, entonces, no es impedir o perturbar una actividad, sino que asegurar que el ejercicio de esta no se constituya en oportunidad para que el contratante fuerte abuse del contratante débil.

La limitación o restricción es una acción estatal, también reservada al legislador, por la cual se recorta la esfera de la libertad, sin que se afecte, en todo caso, la esencia del derecho. Ya no sólo se fijan modalidades para el ejercicio (entendibles bajo el supuesto que las personas, al menos la mayoría, querrán y podrán sujetarse a tales reglas), sino que, derechamente, se circunscriben o reducen, apriorísticamente, los márgenes dentro de los cuales puede desplegarse una actividad. Las limitaciones o restricciones suponen una habilitación concreta de la Carta Fundamental, deben estar justificadas por causales contenidas en dicho documento y, en algunos casos, suponen el cumplimiento de un quórum excepcional (quórum calificado).

---

[29] STC sobre constitucionalidad del decreto supremo N°357 de 1991.

De lo que hemos venido explicando se desprende que, si bien es cierto que el Estado cuenta con una habilitación para regular las actividades económicas en general, en el caso de las limitaciones o restricciones, la autoridad requiere de una causa válida y fundada que legitime el angostamiento o acortamiento del ejercicio del derecho. Tratándose de la libertad económica, dos serían, según la doctrina más autorizada, las "causales intrínsecas" que permitirían al legislador la imposición de restricciones al ejercicio del derecho: los fraudes y la defensa de la libre competencia.

**B. Libre competencia**

Promover la libre competencia es, indudablemente, una finalidad constitucionalmente legítima. En efecto, y aun cuando la Carta Fundamental no se refiere expresamente a la "competencia" como un bien digno de protección o promoción, su valor se deduce naturalmente de lo dispuesto, entre otros, en los artículos 1°, incisos tercero y quinto, y 19° números 21 y 24, ambos de la Constitución Política.[30]

En la línea indicada, el profesor Arturo Fermandois ha planteado que tanto la represión de los fraudes como la defensa de la libre competencia serían "causales intrínsecas" de la libertad económica.[31]

En el mismo sentido, ya hace más de una década, se pudo señalar lo siguiente:

> "*Conviene insistir, en todo caso, en la legitimidad constitucional del objetivo de promover la competencia vía corrección de las fallas o defectos del mercado. La Carta Fundamental está lejos de consagrar un Estado abstencionista o un Laissez Faire a ultranza. Por lo mismo, están conformes a la Constitución mecanismos tan enérgicos como las sanciones del Tribunal de la Libre Competencia, en el caso de la represión de las prácticas atentatorias a la misma, o intervenciones tan profundas como la tarificación lisa y llana de los precios de los Servicios Públicos cuando existen monopolios naturales. El punto es que* ***cualquier medida restrictiva debe no sólo cumplir requisitos de forma, sino que, además, responder satisfactoriamente a un examen de razonabilidad y proporcionalidad***".[32]

[30] Valdés, Domingo: "Libre competencia y Monopolio", Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 104-116.
[31] Fermandois, Arturo: "Derecho Constitucional Económico", Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo I, 2° Edición, 2006, p. 128-131.
[32] Zapata, Patricio: "Justicia Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 579 (énfasis agregado).

No basta, entonces, con una buena intención o con fines loables. La Constitución exige que las medidas legales, jurisdiccionales y administrativas que se arbitren para promover la libre competencia se ajusten a los estándares del Estado de Derecho y respeten los derechos fundamentales.

**C. ¿Quién regula? ¿Quién restringe?**

Ahora bien, ¿quién está llamado a fijar el marco regulatorio de la actividad económica? ¿Quién puede imponer límites o restricciones a la libertad económica?

En virtud del artículo 19 número 21 de la Constitución, sólo el legislador está llamado a regular una actividad económica. A esto se le llama "principio de reserva legal de la regulación económica". El Tribunal Constitucional ha especificado en diversos fallos que sólo a la ley corresponde complementar o regular, en caso de mandato expreso y específico del constituyente, el desarrollo de actividades económicas.

En este mismo sentido, tratándose de la industria de pagos, el legislador ha delegado esta potestad parcialmente en el Banco Central de Chile, la autoridad sectorial encargada de "*velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos*". Sus atribuciones, para estos efectos, incluyen "*la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales*".

Ninguna otra autoridad tiene aquella potestad. Así, la Ley N°18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central señala que:

> *"Artículo 35.- En materia de regulación del sistema financiero y del mercado de capitales, son atribuciones del Banco; (…) 7.-* ***Dictar las normas a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar*** *y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (hoy Comisión para el Mercado Financiero); 8.* ***Autorizar la creación y reglamentar el funcionamiento de los sistemas de pagos establecidos en Chile****, en que participen las empresas bancarias u otras instituciones financieras fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones*

*Financieras, para la aceptación, compensación y liquidación de órdenes de pago correspondientes a obligaciones de dinero, ya sea en moneda nacional o extranjera…"* (énfasis agregado).

Sin perjuicio de lo anterior, siempre será posible que la propia Constitución habilite o autorice otro tipo de fuente normativa regulatoria o restrictiva. Es el caso de lo que ocurre con la potestad que se le reconoce, aunque de manera indirecta, al Banco Central en el inciso final del artículo 109 de la Carta Fundamental, en términos de poder "*establecer normas (…) en relación a personas, instituciones o entidades*".

Tampoco puede descartarse que el propio legislador confiera, de manera prudente, a ciertos órganos la facultad de dictar normas complementarias o de implementación.

Cabe mencionar que la delegación de facultades normativas es algo común dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en aquellas situaciones en que el Legislador ha otorgado esta potestad, se ha definido expresamente su propósito y límites.

A continuación, analizamos brevemente distintos ejemplos en que la ley ha entregado facultades normativas a ciertos organismos públicos:

***i)*** **Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero**

La Ley N°21.000 le otorga expresamente a la Comisión para el Mercado Financiero la potestad para dictar normas con el objeto de aplicar las leyes y reglamentos existentes en la materia. Adicionalmente, detenta la competencia general para establecer normas que regulen el mercado financiero, pero **solo en los casos en que la ley así lo indique**:

"*Artículo 5.- La Comisión está investida de las siguientes atribuciones generales, las que deberán ser ejercidas conforme a las reglas y al quórum de aprobación que determine esta ley:*

1. *Dictar las normas* ***para la aplicación y cumplimiento de las leyes y reglamentos*** *y, en general,* ***dictar cualquier otra normativa que de conformidad con la ley le corresponda para la regulación del mercado financiero*** *(…)*" (el énfasis es nuestro).[33]

[33] Artículo 5° de la Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero.

***ii)*** **Decreto con Fuerza de Ley N°101 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, su Organización y Atribuciones**

Por su parte, la Superintendencia de Pensiones se encuentra facultada para dictar normas generales que tengan por objeto exclusivo la aplicación de las leyes y reglamentos que se encuentren vigentes y que se refieran a las Administradoras de Fondos de Pensiones:

"*Artículo 3°- Corresponde a la Superintendencia las siguientes funciones:*

*i)* *Interpretar la legislación y reglamentación en vigencia e* ***impartir normas generales obligatorias para su correcta aplicación por las Administradoras***" (el énfasis es nuestro).[34]

***iii)*** **Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública**

Conforme a la Ley N°20.285, el Consejo Para la Transparencia detenta la potestad para dictar instrucciones generales con el propósito expreso de dar cumplimiento a las leyes referidas a materias de transparencia y acceso a la información pública:

"*Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

*d)* ***Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información*** *por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación*" (el énfasis es nuestro).[35]

***iv)*** **Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud**

En el caso de la Superintendencia de Salud, la ley le permite dictar instrucciones que, al igual que en los casos anteriores, tengan por objeto aplicar la normativa existente en dicho rubo:

"*Artículo 110.- Corresponderán a la Superintendencia* [de Salud]*, en general, las siguientes*

---

[34] Artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N°101 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, su Organización y Atribuciones.

[35] Artículo 33 de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

*funciones y atribuciones:*

*2.- Interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas;* ***impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento****"* (el énfasis es nuestro).[36]

De esta forma, **en los casos en que la ley ha otorgado la facultad de dictar normas o instrucciones de aplicación general, ha existido un especial cuidado por parte del Legislador de resguardar su ámbito de acción, con el propósito de que su aplicación no produzca efectos inconstitucionales**. En efecto, el ejercicio de esta facultad se ha condicionado en los siguientes términos:

(i) la potestad se encuentra radicada en organismos administrativos;

(ii) la potestad se encuentra expresamente circunscrita al ámbito de la aplicabilidad de las leyes y reglamentos que rigen las respectivas materias, y;

(iii) Excepcionalmente, en el caso de la Comisión Para el Mercado Financiero, se entrega la posibilidad de regular el mercado financiero de forma general, pero *solo en los casos que la ley lo mandate*.

## D. Sobre las instrucciones generales del TDLC

El artículo 18 N°3 del DL 211 atribuye al TDLC la facultad de dictar instrucciones de carácter general. Esta atribución se ha ejercido en varias ocasiones antes de la dictación de la ICG N°5/22. Y, si bien es cierto que el precepto legal ha tenido siempre los defectos de que hablábamos más arriba (amplitud desmesurada, vaguedad, radicación inapropiada, falta de suficientes garantías), la dictación de las primeras cuatro instrucciones generales no llegó a afectar en concreto, a nuestro juicio, los derechos fundamentales.

### *i)* Instrucciones de Carácter General N°1 para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional.

Con fecha 8 de junio de 2006, el TDLC dictó las Instrucciones de Carácter General N°1,

[36] Artículo 110 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

mediante las cuales impartió las "*instrucciones generales a que deben someterse los agentes económicos que participen en el mercado de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, aplicables a todo el territorio nacional*".

En este sentido, las instrucciones establecieron obligaciones para las Municipalidades respecto de las Bases de Licitación para Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos; así como para los prestadores de servicios, en las etapas intermedias o finales de residuos sólidos domiciliarios.

***ii)*** **Instrucciones de Carácter General N°2 sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "tarifas on-net/off-net" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones**

El 18 de diciembre de 2012, el TDLC estableció las "*instrucciones generales a las que deberán someterse las empresas de telecomunicaciones en la provisión de servicios de telefonía móvil y en la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones*".

En este caso, el TDLC estableció, entre otras cosas, el límite de precio que podían cobrar las empresas de servicios de telefonía móvil por minuto de llamadas a teléfonos móviles de la misma compañía ("llamadas *on-net*") y el precio por minuto de llamadas a teléfonos móviles de otras compañías ("llamadas *off-net*").

Adicionalmente, estas instrucciones permitieron la provisión conjunta de servicios de telecomunicaciones de redes móviles con servicios de telecomunicaciones provistos mediante redes fijas, pero bajo las condiciones que se determinan en el documento.

***iii)*** **Instrucciones de Carácter General N°3 que modifica las Instrucciones de Carácter General N°1/2006**

El 21 de marzo de 2013, el TDLC impartió las Instrucciones de Carácter General N°3, mediante las cuales modificó las instrucciones establecidas previamente para el mercado de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

De esta forma, se impuso a las empresas que prestan servicios en las etapas intermedias

o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios el deber de otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria.

Sumado a lo anterior, estableció obligaciones de publicidad respecto de las tarifas de los servicios que prestan las empresas de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos.

***iv)*** **Instrucciones de Carácter General N°4 que modifica las Instrucciones de Carácter General N°2/2012**

Con fecha 4 de junio de 2015, el TDLC dictó impartió las Instrucciones de Carácter General N°4, modificando las instrucciones establecidas previamente sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía "tarifas *on-net/off-net*" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones.

En este caso, el TDLC determinó qué se entiende por el hecho de que las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los denominados Planes Grupales Monocontratados no estén fundadas en la red de destino de la llamada.

**La ICG N°5/22 representa un cambio o ruptura en relación con el alcance de las instrucciones generales anteriores.** En esta oportunidad, el TDLC va mucho más allá de fijar ciertas reglas de cálculo o de precisar el modo en que se cumple una obligación legal preexistente. **Con la ICG N°5/22, el TDLC redefine las reglas básicas de una industria.**

Ahora bien, y como lo hemos reiterado, nuestro requerimiento no se dirige contra la facultad general concedida al TDLC para dictar instrucciones generales. La nuestra es una acción que objeta la inconstitucionalidad para el caso concreto de la aplicación del precepto impugnado en cuanto estableció las especificas determinaciones de la ICG N°5/22. Lo que ha ocurrido es que es ahora, con la dictación de esta última instrucción general, que todos los defectos intrínsecos del precepto impugnado se manifiestan. Y no solo se manifiestan claramente: ellos lesionan derechos fundamentales.

**E. La reserva legal**

Siguiendo al profesor Gonzalo García -ex Ministro del Tribunal Constitucional-, se puede definir a los derechos fundamentales como "*atributos individuales o sociales inherentes a la dignidad humana que el constituyente ha estatuido como tales, directa o indirectamente, y que los preserva de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales con un complejo de garantías jurídicas resistentes, haciéndolos indisponibles al legislador en su núcleo esencial y que permiten a todas las personas su plena realización, goce y ejercicio*".

Sin la existencia de garantías jurídicas resistentes, los derechos fundamentales arriesgan quedarse en la condición de declaraciones. No debiera negarse, por supuesto, el valor de una declaración sobre lo que una persona merece; menos todavía si esa declaración la hace el pueblo, actuando como constituyente. Una declaración así será siempre valiosa, y puede tener importantes efectos políticos y culturales. El punto, sin embargo, es que, para hablar con propiedad de derechos fundamentales, esa declaración debe ir acompañada de garantías jurídicas resistentes.

En lo que concierne a este requerimiento de inaplicabilidad, lo que interesa es analizar la garantía jurídica resistente prevista por el constituyente para proteger los derechos fundamentales: nos referimos al principio de reserva legal.

El principio de reserva legal es una idea jurídico-política que tiene por objeto darle eficacia al valor del respeto de los derechos fundamentales. Y, por eso, se puede decir que la reserva legal es una las garantías esenciales que la Constitución Política ha establecido en orden a proteger eficazmente los derechos fundamentales.

El principio de reserva legal es aquella parte del blindaje constitucional que apunta a proteger los derechos fundamentales contra posibles actos jurídicos infra-legales del Presidente de la República, de sus Ministros, de los Municipios, de las Superintendencias o de cualquier otro ente distinto al legislador que pretendieran, ellos mismos y por sí mismos, imponer una limitación o restricción a tales derechos.

El principal peligro contra el cual se ha erigido históricamente el principio de reserva viene dado por lo que se conoce como la potestad reglamentaria del Presidente de la República. La Constitución la define como su facultad para "*ejercer la potestad*

*reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*" (artículo 32 N°6 de la Constitución Política). Pero, es importante entender que este principio también puede ser amagado o amenazado por actuaciones de otros órganos constitucionales distinto de la Presidencia de la República, como podrían ser, por ejemplo, ordenanzas municipales, circulares, instrucciones generales, etc.

Como sabemos, el sistema de reserva y dominio legal imperante en nuestra Constitución se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa. El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32, N°8 (6), y 60 (63), siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que la Constitución ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia. En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras. De esta forma, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica.[37]

De este modo, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras, por lo que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como "con arreglo a la ley", "de acuerdo con las leyes", "con sujeción a la ley", "de acuerdo con lo que determine la ley" o "en conformidad a la ley", v.g. en los artículos 10, N°4; 24, inciso segundo; 32, N°22; 87 y 94 de la Constitución.[38]

Sin embargo, y a la luz de lo señalado por nuestra propia Constitución, las potestades normativas de los órganos del Estado no están totalmente estructuradas y delimitadas

[37] STC 370, considerandos 15 a 17.
[38] STC 254, considerando 26.

según lo indicado en el artículo 63, que establece las materias de ley, y el artículo 32 N°6, que otorga la atribución administrativa al Presidente de la República de dictar normas de carácter infra legal, denominada potestad reglamentaria. A estas dos atribuciones de competencia, conferidas a dos de los poderes del Estado, hay que incorporarles en la actualidad otras atribuciones normativas, la mayoría de ellas de carácter legal, otorgadas a una serie de organismos constitucionales autónomos, tales como el Banco Central, tribunales electorales, el Consejo para la Transparencia y, por cierto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, entre otros.

Lo anterior se debe a que, a juicio del Tribunal Constitucional, el que una actividad se regule por ley no excluye la colaboración normativa administrativa. La norma administrativa es concebida para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria.[39]

A este respecto, ha dicho el Tribunal Constitucional que un decreto (en ejecución de las mencionadas atribuciones normativas) contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso, sino, también, cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución. En efecto, la ley hace una remisión al decreto de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero, al propio tiempo, lleva implícita la obligación de que la regulación por la vía del decreto no vulnere los preceptos de la Constitución, ya que no resulta "razonable" aceptar que el legislador ha encomendado a los órganos gubernamentales dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina "razonabilidad técnica", y que se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el decreto para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar.[40]

En definitiva, la **aplicación del artículo 18 N°3 del DL 211, en el caso concreto, conlleva**

---

[39] STC 282, considerando 18. En el mismo sentido, STC 1669, considerando. 54; STC 2069, considerandos 35 y 36; y STC 2367, considerando 60.
[40] STC 254, considerando 15.

**una infracción a la reserva legal y, específicamente, al denominado principio de reserva legal de la regulación económica**, por cuanto la ICG N°5/22 regula ampliamente una industria completa, restringiendo en forma severa la libertad económica de sus participantes (y, en especial, de las Marcas de tarjetas como mi representada), sin mediar una habilitación legal *específica* para ello, e infringiendo el ámbito de competencia reservado por el legislador al Banco Central de Chile.

## 5. OTROS DERECHOS VULNERADOS

### 5.1. Vulneración del derecho de derecho de propiedad (artículo 19 N°24 de la Constitución Política).

El artículo 19 N°24 de la Constitución Política reconoce el derecho de propiedad en siguientes términos:

> *"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*
> *24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*
> *Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".*

Resulta importante mencionar, en primer lugar, que el derecho de propiedad es una de las garantías a las que el Constituyente de 1980 le dedicó mayor atención, debido a su importancia para el desarrollo de los individuos y el ejercicio de los demás derechos fundamentales.

En este sentido, la Constitución consagra un robusto estatuto de propiedad que tiene por objeto impedir que cualquier autoridad dicte normas para regular el ejercicio de dicha garantía. De esta forma, se asegura la seguridad jurídica y el orden democrático constitucional.

En consideración a lo anterior, el artículo 19 N°24 de la CPR concierte ciertas cláusulas de reserva legal, las que se encuentran estructuradas en dos sentidos. Por un lado, la

Constitución prescribe que solo la ley puede limitar o establecer obligaciones al derecho de propiedad, las que, por lo demás, solo pueden derivar de su función social. Por otro lado, establece que solo la ley puede regular los modos de adquirir el dominio, así como los atributos que se desprenden de ella: el uso, el goce y la disposición.

En el caso de autos, existe una vulneración en ambos sentidos, tal como se expondrá a continuación.

### 5.1.1. Infracción a la reserva legal en relación con las limitaciones u obligaciones derivadas de la función social de la propiedad

Tal como se ha mencionado, la Constitución radica exclusivamente en el Congreso Nacional la potestad de limitar o imponer obligaciones al ejercicio del derecho de propiedad, impidiendo que el Presidente de la República o los Tribunales de Justicia – como el TDLC – intervengan en esta materia.

Se trata de una reserva legal absoluta, la que se configura como una verdadera garantía de las personas frente a los ataques que puede sufrir su propiedad, especialmente por parte de autoridades estatales. No podría ser de esta forma, considerando que la ley es una norma jurídica que es fruto del proceso deliberativo democrático, por lo que entrega las suficientes garantías de objetividad, consenso y transparencia.

Por lo demás, esta radicación exclusiva de competencia guarda concordancia con el resto del texto constitucional vigente. En efecto, el artículo 19 N°26 de la Constitución declara que sólo la ley puede limitar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso puede afectarlos en su esencia.[41]

Esta lectura ha sido confirmada por la jurisprudencia de esta Excma. Magistratura Constitucional, que reconoce que la ley es la única vía idónea para limitar o establecer obligaciones relacionadas al derecho de propiedad:

> *"Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19 Nº24°, inciso segundo, establece tres*

[41] Artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República: "*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*
*26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*".

*reglas en materia de función social de la propiedad. **En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas**. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"*[42](lo subrayado es nuestro).

"***Que la Constitución faculta a la ley para establecer limitaciones y obligaciones que graven el ejercicio del derecho de propiedad**. Ellas son restricciones o acotamientos al ejercicio, común u ordinario, de este derecho (STC 1298/2010, c. 49°). Citando a José Luis Cea, esta Magistratura ha señalado que mientras las limitaciones son, en general, prohibiciones de hacer algo, las obligaciones son mandatos de hacer y ambas deben fundarse en la función social de la propiedad"*[43] (lo subrayado es nuestro).

En la misma línea, la profesora constitucionalista Sra. Ángela Vivanco –actualmente ministra de la Excma. Corte Suprema– estima que el Congreso Nacional es el único órgano competente para dictar normas que restrinjan el ejercicio del derecho de propiedad:

"*Lo más relevante es que el Constituyente de 1980 estableció que la función social, en cuanto a sus restricciones y limitaciones, sólo puede ser determinada por el legislador. En su calidad de ponderador de las necesidades públicas, esta radicación de potestad en él es un rasgo muy importante del tratamiento que la Constitución de 1980 realiza de la protección al derecho de propiedad, pues impide que cualquier otra autoridad imponga limitaciones al dominio, justificando su resolución en la función social (…)*".[44]

Sin embargo, **en la gestión pendiente, se pretende validar que, a través de instrucciones de carácter general, se limite la propiedad de Mastercard y se le impongan obligaciones pecuniarias, generando un perjuicio que no encuentra cabida dentro de nuestro ordenamiento constitucional.**

En efecto, la aplicación concreta del precepto impugnado se traduce en legitimar las ICG

---

[42] STC 1993, de 24 de julio de 2012. Considerando 41°
[43] STC 2643-14, de 27 de enero de 2015. Considerando 58°
[44] Vivanco, Ángela (2006): "*Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*", Tomo II, Santiago, Ediciones UC. p. 499.

N°5/2022, las que imponen una serie de obligaciones a Mastercard, en cuanto Marca de Tarjetas que –a juicio del TDLC– detentaría una supuesta "posición de dominio" en el mercado.

El mejor ejemplo para ilustrar cómo dichas instrucciones limitan el derecho de propiedad de Mastercard se encuentra en la instrucción número 6 titulada "Costos de marca", según la cual:

> *"Se ordena a las Marcas de tarjetas: […]*
> *(b)* ***Si aumenta cualquiera de los componentes de los costos de marca****, las Marcas deberán justificar tales aumentos en base a consideraciones objetivas y no discriminatorias; ello implica que* ***deberán indicar de qué manera los aumentos o la instauración de nuevos cobros dentro de la categoría de costo de marca propenden a aumentar la calidad de los servicios de las Marcas o a mejorar el funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas****. Para estos efectos, deberán comunicar a la FNE y a sus licenciatarios adquirentes dichas justificaciones, con una antelación de 60 días a la fecha que pretenden implementar los cambios en los costos de marca".* [45] (el destacado es nuestro).

De esta manera, el TDLC, aplicando el artículo 18 N°3 del DL 211, dicta una regla que limita severamente la posibilidad de las Marcas de fijar tarifas por los servicios que prestan, con lo cual conculcan su derecho de propiedad sobre las marcas de tarjetas de las que son titulares y los ingresos que les genera el licenciamiento de dichas marcas bajo el modelo de franquicia.

Como S.S. E. puede observar, la aplicación concreta del precepto impugnado permite validar instrucciones generales que establecen obligaciones relacionadas a las actividades comerciales que desarrolla Mastercard y que son parte de su patrimonio. **Sin embargo, no resulta posible concebir que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se impongan obligaciones de este tipo, a través de normas administrativas, y que dichas cargas ni siquiera se funden en la función social de la propiedad, ya que contraría directamente la reserva legal existente en esta materia.**

Se trata de un ejercicio abusivo de la potestad legal del TDLC que vulnera las garantías

---

[45] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, instrucción número 6, pág. 183.

fundamentales de nuestra representada y, en concreto, la reserva legal establecida en el artículo 19 N°24 de la Constitución. En razón de lo anterior, resulta necesario que esta Excma. Magistratura declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado, impidiendo que se produzcan efectos contrarios a la Constitución en la resolución de la gestión pendiente.

### 5.1.2. Infracción a la reserva legal con relación a los atributos de la propiedad

Conforme al estatuto constitucional del derecho de propiedad, a la ley le corresponde la facultad exclusiva de regular los modos de adquirir el dominio y sus atributos. Sin embargo, en el caso de autos se determinan ciertos atributos de la propiedad a través de simples normas administrativas.

Tal como hemos mencionado en esta presentación, la intención de nuestra Representada no es debatir acerca de la legalidad de las ICG N°5/2022. Sin embargo, es necesario referirnos a ella, por cuanto es la manifestación específica de la aplicación del precepto impugnado.

En este caso, las ICG N°5/2022 regulan directamente asuntos relativos al modo en que Mastercard debe ejercer su derecho de propiedad, decidiendo cómo debe usar, gozar o disponer ciertos bienes.

Así, por ejemplo, la norma referenciada establece que las Marcas "que poseen una posición dominante" en el mercado deben eliminar "*la regla honor all products, en un plazo de 30 días hábiles*".[46] Sin embargo, la regla "honor all products" –que impide que los comercios discriminen por el tipo de tarjeta de cada Marca– forma parte del conjunto de reglas que ha determinado legítimamente Mastercard para sustentar su modelo de franquicia y fijar los estándares operacionales y comerciales de su propio esquema de pagos, esto es, las Reglas de Mastercard. Estas reglas, aplicables a todos los adquirentes licenciatarios, son aceptadas libremente por estos al decidir celebrar sus respectos contratos de licencia con Mastercard. De tales contratos de licencia, emanan derechos –bienes incorporales– que forman parte del patrimonio de nuestra representada, incluyendo el derecho a exigir el cumplimiento de la regla *honor all products*.

---

[46] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC-474-2020, Instrucción de Carácter de General Núm. 5 de fecha 16 de agosto de 2022, párrafo 241, pág. 114.

Lo mismo sucede con la regla número 4.2, sobre "*No discriminación o recargo (no surcharge rule)*" o NSR, según la cual se prohíbe a las Marcas aplicar la regla NSR mientras rijan las tasas de intercambio transitorias, manteniéndose esta prohibición una vez que entren en vigor las tasas de intercambio definitivas, en la medida en que dichas tasas no satisfagan la prueba de indiferencia del comercio o "test del turista". El derecho a exigir el cumplimiento de la regla NSR, que tiene origen contractual, es, sin embargo, un bien incorporal que forma parte del patrimonio de Mastercard.

De esta manera, la privación de estos derechos, por la vía de prohibir las reglas indicadas anteriormente, afecta el derecho de propiedad de Mastercard, resultando inconstitucional la aplicación del artículo 18 N°3 en el caso concreto. En efecto, si se estima que dichas reglas afectan la libre competencia ─cuestión que refutamos, pero que no es materia de revisión en esta sede─, lo que corresponde es determinar su prohibición por ley, pues, de lo contrario, se infringe el principio de reserva legal.

Sobre este punto, es necesario observar que no existe justificación constitucional que permita al TDLC –a través de normas administrativas– regular aquello que es exclusiva competencia de la ley. En el caso de que el TDLC hubiese querido abordar esta materia, debió proponer una modificación legislativa, para lo cual también tiene potestad conforme al Decreto Ley 211.[47] De esta forma, se habría respetado el ámbito de acción de cada norma.

De hecho, **es altamente llamativo el hecho de que el TDLC esté prohibiendo ahora la regla de no discriminación (*no surcharge rule*) mediante instrucciones de carácter general, en circunstancias en que, hace 5 años atrás, el mismo TDLC sugirió su eliminación vía proposición de recomendación normativa (número 3.4 de la Proposición N°19/2017), reconociendo así que esta era una cuestión que debía ser regulada por el legislador.** ¿Qué es lo que justifica este repentino cambio de opinión? ¿Por qué antes la eliminación de esta regla requería una ley, y ahora, de repente, ello se

[47] Artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211: "*Artículo 18.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*
*4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate*".

puede hacer por instrucciones de carácter general? El TDLC nada dice al respecto.

También llama la atención el hecho de que, en las ICG N°5/22, el TDLC haya decidido aplicar el artículo 18 N°3 dictando amplias instrucciones de carácter general respecto de algunas materias relativas a los medios de pago, y, en cambio, haya ejercido la facultad del artículo 18 N°4 respecto de otras materias relacionadas *en la misma resolución*. Particularmente, es altamente cuestionable el que dicho tribunal haya prohibido a las Marcas aumentar los costos de marca por motivos distintos a los específicamente señalados en la instrucción, y que, acto seguido, haya efectuado una recomendación normativa para que "*se regulen los costos de marca*". **¿Acaso la limitación establecida en la instrucción número 6 (b) sobre alzas a los costos de marca no es, en sí misma, una regulación de los costos de marca? ¿Por qué en un caso se requiere una ley y en el otro no?** Nuevamente, el TDLC no explica su criterio.

En definitiva, no es posible que, mediante la aplicación del precepto impugnado, se prohíba a Mastercard ejercer los derechos que ha adquirido legítimamente en sus relaciones económicas con otros particulares. **Esto implica una grave infracción a la reserva legal respecto de la regulación de los atributos de la propiedad**, por lo que resulta necesario que este Excmo. Tribunal Constitucional corrija dicha situación mediante su declaración de inaplicabilidad.

### 5.2. Vulneración del derecho a la igualdad (artículo 19 N°2 de la Constitución Política).

El artículo 19 de nuestra Constitución, en su numeral segundo, establece que:

> *"La Constitución asegura a todas las personas:*
> *N°2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*
> *Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".*

El concepto de igualdad general, como sabemos, se funda en el entendimiento tradicional vinculado a la fórmula aristotélica que manda a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. La definición consta de dos partes, ya que, mientras la primera exige un

tratamiento idéntico para asegurar la igualdad, la segunda requiere un tratamiento diverso para alcanzar el mismo objetivo. Cualquier desviación, para no ser arbitraria, debe justificarse.

Este ha sido el criterio que ha seguido esta Excma. Magistratura Constitucional en repetidas ocasiones, donde el derecho consiste justamente en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares (STC 8995, c. 16°).

En este sentido, es posible observar que, a través de esta disposición, la Constitución consagra el derecho de todas las personas de recibir –y la obligación de dar a todas las personas– un trato igualitario y no arbitrario. Este trato tiene dos dimensiones: por una parte, debe tratarse igual a los iguales; por otra, debe tratarse distinto a los distintos. Es decir, la igualdad constitucional se infringe cada vez que, al tomar una decisión o aplicar una medida, la autoridad solo decida aplicarla respecto de algunas personas, dejando fuera a otras que se encuentran en la misma posición.

Adicionalmente, es importante tener en consideración que la proscripción de la arbitrariedad en los actos del Estado consagra, como contrapartida, el principio de razonabilidad o proporcionalidad. El mismo se ha definido por la doctrina como: "*uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho*".[48]

En el caso de autos, se producirán vulneraciones a ambas dimensiones del derecho. Veamos.

Tratándose de la ley, existe un conjunto de mecanismos que velan por la conformidad de la ley, de cara al principio de igualdad. De este modo, nuestro ordenamiento contempla, en el proceso de formación de una ley, las Comisiones de Constitución, tanto en la Cámara de Diputados y Diputadas como en el Senado; el Control Preventivo de Constitucionalidad; una dialéctica entre un Congreso que aprueba un proyecto y un

[48] García et al. (2016) *Diccionario Constitucional Chileno*. Ed. Hueders. Santiago de Chile. P. 822

Presidente que puede vetarlo; a propósito del decreto promulgatorio, el trámite de Toma de Razón de éste; etc.

En el caso de las órdenes contenidas en estas IGG en particular, por otro lado, parecieran éstas no solo referirse al desarrollo, explicación o interpretación de obligaciones contenidas en la ley, sino que, en los hechos, establecen *reglas nuevas* para una industria específica. Y, sin embargo, no están sujetas en su formación, a ninguna de las salvaguardas mencionadas en el párrafo anterior.

Lo cierto es que, en un Estado de Derecho, no parece razonable que una facultad tan potente como el establecimiento de reglas no cuente con suficientes garantías. Y no es suficiente que artículo 18 numeral 3° del DL 211 diga "en conformidad a la ley", o que a posteriori exista la posibilidad de reclamar ante la Corte Suprema, después de que ya se ha producido el daño, tal como el caso en comento. La verdad es que el DL 211 no contempla un recurso *ad hoc* que permita al menos suspender los efectos inconstitucionales de su aplicación, lo que complejiza aún más el velar por la conformidad de este, de cara al principio de igualdad.

Justamente, este requerimiento no cuestiona –pues no es la naturaleza del arbitrio impetrado– la constitucionalidad en general del precepto impugnado, sino que impugna los efectos inconstitucionales que tendrá (y tiene) su aplicación en el caso concreto.

Frente a esta realidad, la aplicación del precepto impugnado producirá una grave vulneración de los derechos y principios constitucionales arriba anotados. Una vulneración así de frontal es absolutamente incompatible con el ordenamiento constitucional, de modo que amerita la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.

**Por tanto**, en virtud de lo expuesto y de lo dispuesto en el artículo 93 inc. 1° N°6 e inc. 11°, en relación con el artículo 19 N°2, 21, 24 y 26, y los artículos 60, 76, 108 y 109, todos ellos de la Constitución Política de la República,

**A Su Señoría Excelentísima respetuosamente pedimos** acoger a tramitación el presente requerimiento, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo, declarando inaplicable el artículo 18 numeral 3° del Decreto Ley N° 211, respecto de la gestión pendiente

consistente en el recurso de reclamación seguido ante la Excma. Corte Suprema bajo el rol Reclamación-105.997-2022.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicitamos a S. S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Mandato judicial otorgado ante notario por Mastercard International Incorporated en favor del abogado Claudio Ignacio Lizana Anguita.

2. Certificado de estado de la causa, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**SEGUNDO OTROSÍ:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 85 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitamos a S.S. Excelentísima que decrete cuanto antes la suspensión del procedimiento del recurso de reclamación 105.997-2022 seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Como se evidencia de la lectura del cuerpo del requerimiento y del certificado acompañado al primer otrosí, el sentido de la sentencia que decrete este Excmo. Tribunal Constitucional podría verse frustrado anticipadamente si no se decreta, de inmediato, la suspensión de la gestión pendiente, pues el recurso de reclamación se halla en relación y podría ser agregada para su vista en cualquier momento. De continuar el procedimiento, podría consumarse –en breve plazo y por la vía de la aplicación inconstitucional del precepto impugnado– una grave vulneración del principio de supremacía constitucional, además de las vulneraciones de los derechos a la igualdad, la libertad económica y de propiedad de nuestra representada.

La falta de pronta suspensión pondría a S.S. Excma. en la eventual situación de, al momento de resolver la admisibilidad del presente requerimiento, encontrarse ante una sentencia que rechazara el recurso de reclamación, en aplicación del precepto impugnado. Dicha circunstancia podría obligar a este Excmo. Tribunal a rechazar el presente requerimiento, sin poder examinar su mérito y sin poder cumplir la alta función a que ha sido llamado por la Carta Fundamental.

Sumado a lo anterior, resulta de especial importancia mencionar que este tipo de causas

gozan de una rápida tramitación ante la Excelentísima Corte Suprema. De este modo, se hace indispensable que, para que S.S. Excma. pueda ejercer la alta función que la Constitución le ha encomendado, y para que nuestra representada pueda acceder efectivamente a la justicia constitucional, no sólo se decrete a la brevedad la suspensión del procedimiento, sino que esta sea comunicada de forma inmediata y prioritaria a la judicatura de fondo.

Por lo anterior, nos permitimos solicitar muy respetuosamente a S.S. Excma. que, en los términos del artículo 38 de la referida Ley N°17.997, disponga la suspensión de la gestión pendiente, es decir, el recurso de reclamación seguido ante la Excelentísima Corte Suprema (Reclamación-105.997-2022), desde que este requerimiento sea acogido a trámite, comunicándolo así a la Excma. Corte Suprema sin demora.

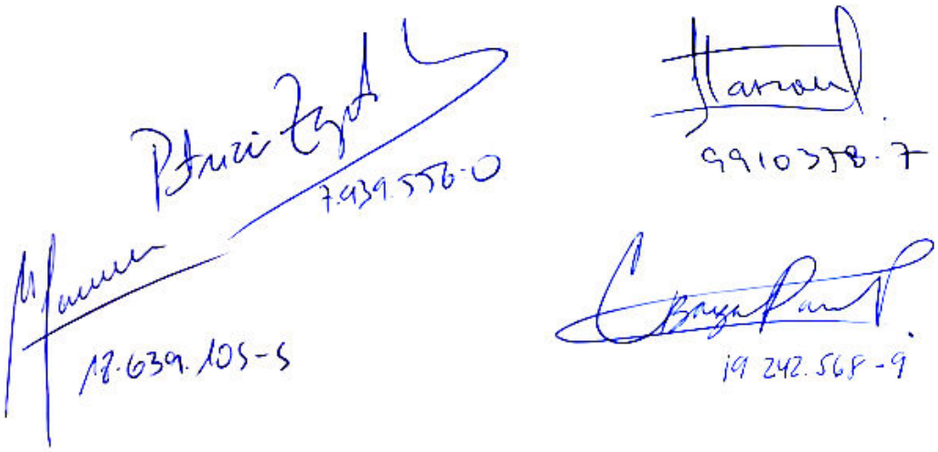
**TERCER OTROSÍ:** Solicito a S. S. Excma. tener presente que yo, Claudio Lizana Anguita, en mi calidad de abogado habilitado, asumiré personalmente el patrocinio y poder en este requerimiento, de conformidad con el mandato judicial que acompañamos al primer otrosí de esta presentación.

Asimismo, solicito a S. S. Excma. tener presente que, sin perjuicio del patrocinio y poder que asumo personalmente, por este acto, designo también como abogados patrocinantes a, y delego poder en, los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, señores **Patricio Zapata Larraín**, cédula nacional de identidad número 7.939.556-0, **Juan Ignacio Alarcón Santander**, cédula nacional de identidad número 9.910.378-7, **Martín Bernardo Canessa Zamora**, cédula nacional de identidad número 18.639.105-5, **Carolina Baeza Parker**, cédula nacional de identidad número 19.242.568-9, todos domiciliados en Isidora Goyenechea 2800, piso 43, Las Condes, Santiago, Chile, con quienes podré actuar conjunta o separada e indistintamente, y quienes firman el presente recurso en señal de aceptación.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicitamos a Su Señoría Excelentísima que las resoluciones dictadas en lo sucesivo en el procedimiento de autos sean notificadas a los siguientes correos electrónicos: clizana@estudiolizana.cl; pzapata@carey.cl; jialarcon@carey.cl; mcanessa@carey.cl y cbaezap@carey.cl.

**QUINTO OTROSÍ:** Por último, solicitamos a Su Señoría Excelentísima que, en caso de

estimarlo pertinente y con el fin de esclarecer algunos elementos para su resolución, decrete que se oigan alegatos en sede de admisibilidad, permitiendo a esta parte exponer brevemente en favor del requerimiento de autos.

CLAUDIO LIZANA ANGUITA

Digitally signed by CLAUDIO LIZANA ANGUITA
Date: 2023.01.10 11:18:59 -03'00'