

En lo principal, contesta demanda; en el primer otrosí, acompaña documentos; en el segundo otrosí, solicitud que indica; y, en el tercer otrosí, solicita designación de ministros de fe.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett, Josefina Campos Lozano y Catalina Iñiguez Morales, abogadas, y Sebastián Dufeu Abeliuk, Sergio Fuentealba Cortés y Camilo Rojas Castillo, abogados, en representación de Transbank S.A. (“Transbank” o la “Compañía”), en autos caratulados “*Demanda de SumUp Chile SpA en contra de Transbank S.A.*”, rol C N°467-2022, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Que, estando dentro de plazo, contestamos la demanda (“Demanda”) interpuesta por SumUp Chile SpA (“SumUp” o la “Demandante”) a folio 13 en contra de la Compañía, solicitando su íntegro rechazo, con costas, en virtud de las razones de hecho, de derecho y económicas que se exponen en esta presentación.

I. Resumen ejecutivo

El presente conflicto se circunscribe exclusivamente al margen adquirente (“MA”)¹ que cobra la Compañía por sus servicios². Ello pues, en un modelo de cuatro partes (“M4P”), Transbank no puede responder por el *merchant discount* (“MD”) en su conjunto.

Como el H. Tribunal bien sabe, el MD corresponde a la tarifa total que deben pagar los establecimientos comerciales (“Comercios”) –y, en su caso, los proveedores de servicios para procesamiento de pagos (“PSP”), como SumUp– para acceder a los servicios del sistema de pago mediante tarjetas de crédito, débito y prepago. Más específicamente, el MD se compone de tres elementos: el MA, las tasas de intercambio (“TI”) y los costos de marca de las tarjetas (“CM”).

¹ Por MA debe entenderse en este caso la tarifa de acceso a la red de procesamiento adquirente de Transbank. Lo correcto en realidad es hablar de un margen de procesamiento adquirente. Sin embargo, por simpleza, estos conceptos se utilizarán indistintamente.

² En su resolución de folio 41, considerando 4°, el H. Tribunal advirtió que “(...) la demanda da cuenta con claridad que la conducta imputada consiste en el alza de tarifas respecto de los PSP en general y de SumUp en particular, tarifa que corresponde al MA. En efecto, en el libelo acusatorio se señala expresamente que ‘[e]l objeto de la presente demanda se centra exclusivamente en el margen adquirente que Transbank cobra a sus PSP o sub-adquirentes afiliados.’ (folio 13, p. 7). Por otra parte, para ilustrar el alza de las tarifas, SumUp inserta una serie de tablas en que da cuenta de los montos cobrados por Transbank, y en todas ellas, se explicita que la tarifa a que se hace referencia corresponde al ‘margen adquirente por transacción’ (pp. 21, 34, 36, 39)”. Énfasis agregado. En adelante y salvo que se indique expresamente lo contrario, todos los énfasis han sido agregados.

Es efectivo que bajo el modelo de tres partes (“M3P”) que rigió en Chile hasta hace algunos años, el MD era fijado íntegramente por Transbank, en calidad de mandatario de los emisores de tarjetas (“Emisores”), quienes a su vez se relacionaban con las marcas de dichas tarjetas (i.e. Mastercard, Visa y American Express; en conjunto, las “Marcas”). Así, bajo el M3P, la Compañía, no sólo determinaba la parte de la tarifa que es propia a las actividades de adquirencia y procesamiento adquirente (el MA), sino que también, de forma implícita, sus demás componentes (las TI y CM).

Sin embargo, esta situación cambió radicalmente desde que la Compañía puso término a los mandatos que mantenía con los Emisores bancarios y no bancarios en marzo de 2020. En efecto, actualmente Transbank sólo se dedica a prestar los servicios inherentes a sus actividades de adquirencia y procesamiento adquirente (estos últimos los relevantes para efectos de los PSP), determinando y percibiendo por dichos servicios una tarifa acotada: el MA. Bajo este modelo, tanto las TI como los CM escapan por completo de su esfera de control, sin que la Compañía tenga hoy incidencia alguna en la determinación de estas dos últimas tarifas. Es más, no sólo los ingresos de la Compañía se remiten hoy exclusivamente al cobro de un MA, sino que las TI son previamente descontadas por los Emisores al momento de compensar las transacciones con tarjetas, por lo que Transbank ni siquiera tiene esos fondos materialmente en su poder³. Así lo ha entendido la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o la “Fiscalía”)⁴, el propio H. Tribunal⁵ y

³ Respecto de los CM, si bien éstos son facturados mensual o trimestralmente dependiendo del ítem en cuestión, también son descontados automáticamente por las marcas de las cuentas corrientes que Transbank mantiene con ellas, por lo que tampoco existe un control de la Compañía sobre esos montos.

⁴ FNE. Resolución Exenta N°544, de fecha 29 de septiembre de 2022, ¶¶9 y 10: “Sin embargo, como se señaló en el Oficio recurrido, la reducción de TI es una condición necesaria del cumplimiento de la Sentencia y, en consecuencia, si ello no es realizado de manera voluntaria por los emisores, sólo cabe su exigencia forzosa. Que, en dicho sentido, esta Fiscalía entiende que la Sentencia exige necesariamente de un cumplimiento conjunto y coetáneo, tanto por Transbank, como por parte de sus emisores accionistas, de las obligaciones y criterios señalados en el Ord. 1431”.

⁵ H. Tribunal. Resolución N°67/2021, considerando 103°: “(...) un cambio significativo en las circunstancias, desde una perspectiva fáctica y económica, que amerita reemplazar el PAR que se concibió para el M3P, cuya estructura es incompatible con la operación de la Consultante bajo el M4P, toda vez que dicha estructura tarifaria suponía la fijación de un merchant discount que estaba completamente bajo el control de Transbank. Ello no se verifica actualmente, por cuanto el MD se compone del margen adquirente, de los costos de las marcas y, en gran medida, de las tasas de intercambio que remuneran a los emisores bancarios y no bancarios, que no son fijados por la Consultante y no son de su resorte. Por lo tanto, ya no es posible para Transbank autorregular todo el MD como si lo podía realizar bajo el M3P. En la actual situación, Transbank solo puede autorregular su margen adquirente. En consecuencia, la implementación del PAR como fue originalmente concebido, o bien la reinstauración del M3P, podría conllevar riesgos sistémicos que incluso restringirían la competencia, al entorpecer o impedir la operación de los nuevos actores o los actores existentes a que se refieren los párrafos precedentes”.

la Excma. Corte Suprema⁶. También lo han reconocido y de forma muy reciente, tanto la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”)⁷ como el Banco Central de Chile (“BCCh”)⁸.

Así, y como se explicará en detalle *infra*, el MA corresponde a una tarifa que únicamente busca cubrir el autofinanciamiento de la Compañía en la prestación de sus servicios de procesamiento adquirente y de adquirencia a Comercios y PSP, esto es, sus costos medios de largo plazo, en forma consistente con lo expresado por la Excma. Corte Suprema⁹.

En ese contexto, según se expondrá, el MA cobrado por Transbank en caso alguno puede ser calificado como una infracción al Decreto Ley N°211, de 1973 (“DL 211”), como tan livianamente afirma la Demandante.

Y es que un simple análisis de las diversas presentaciones, procesos y resoluciones que llevaron a la situación actual –muchos de estos, profusamente citados en la Demanda–, permiten evidenciar que las premisas de SumUp son erróneas: la Demandante pretende convencer de que la Compañía habría decidido unilateral y voluntariamente realizar ciertos cambios tarifarios en agosto de 2022 con el ánimo anticompetitivo de excluirla del mercado; y que, en tal sentido, Transbank habría cambiado drásticamente de incentivos, pasando de favorecer el florecimiento del negocio de los PSP a repentinamente querer excluirlas.

Sin embargo, ese está lejos de ser el caso.

Primero, es efectivo que, de manera previa a la dictación de la Resolución N°67/2021 del H. Tribunal (“Resolución N°67”), Transbank había implementado un sistema de tarifas de acceso para los PSP basado en descuentos por volumen y valor de ticket promedio, que consideraba un diferencial de 27,35% con respecto a las tarifas de MA fijadas para los Comercios. Este

⁶ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 8 de agosto de 2022 dictada en los autos Rol N°82.422-2021, considerando 16°: “[e]n efecto, en un escenario donde las tasas de intercambio no están reguladas, existen incentivos para que los bancos emisores las aumenten, por cuanto ello produce un doble efecto, incrementando sus ganancias pero, a la vez, desincentivando el ingreso de nuevos actores a la actividad de adquirencia, escenario que no varía por el hecho que, bajo el M4P, dichas tasas sean fijadas por las marcas, puesto que ellas también gozan de incentivos a aumentarlas, puesto que ello hace más atractivas sus tarjetas para los emisores, quienes la promoverán por producirles mayores ingresos”.

⁷ CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de fecha 19 de enero de 2023, §G): “Sin embargo, y como se plantea en el presente oficio, esta Comisión entiende que, en la actualidad, los operadores no tienen la capacidad contractual ni operativa de fijar el MD completo en el M4P, ni de influir en que éste cumpla ciertos principios (Considerando 9°), teniendo en cuenta que el MD se compone de la Tasa de Intercambio, los costos de marca (CM) y el margen adquirente (MA). Bajo el actual M4P, tanto la TI como los CM son fijados por las Marcas Internacionales, mientras que sólo el MA es fijado por el adquirente, siendo ésta la remuneración que recibe por los servicios prestados. El adquirente no tiene las facultades para fijar cada uno de los componentes del MD, pudiendo sólo fijar la remuneración por sus servicios (MA)”.

⁸ BCCh. Oficio Ordinario N°362-2022, de 30 de diciembre de 2022, p.6: “Respecto del caso particular de la empresa Transbank, la información de la que dispone el Banco es que ésta modificó su modelo de negocios el año 2020, poniendo término a los contratos que mantenía con emisores de tarjetas de pago y ajustando los contratos celebrados con las marcas internacionales de manera de adaptar su funcionamiento desde el M3P al M4P. Lo anterior es consistente con lo informado al TDLC, mediante Oficio N° 635 del 9 de julio de 2020, y a la Corte Suprema, a través de Oficio N° 605 del 16 de noviembre de 2021”.

⁹ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 8 de agosto de 2022 dictada en los autos Rol N°82.422-2021, considerando 14°: “(...) el merchant discount – o, bajo el M4P, el margen adquirente – debe permitir a la empresa autofinanciarse y, en ese entendido, debe reflejar estrictamente sus costos (...)”.

diferencial se explicaba por la estimación inicial que hizo de buena fe la Compañía en relación con los servicios básicos de operación que efectivamente se prestaban a los PSP y sus respectivos factores de prorrateo para determinar su participación en los costos totales de las actividades de adquirencia de Transbank. Ello, según se explicó en la consulta que dio origen a la Resolución N°67, sujeto a lo que resolviera en definitiva el H. Tribunal y un panel de expertos independientes (“Panel de Expertos”) que se proponía constituir en conjunto con la FNE para revisar y auditar técnicamente los costos de Transbank, de modo de asegurar una determinación técnica y objetiva del costo económico de las actividades de adquirencia de la Compañía. La Resolución N°67¹⁰, en efecto, ordenó la conformación del referido Panel de Expertos para efectos del cálculo del MA aplicable a los PSP y a los operadores de tarjetas (“Operadores”).

El MA cobrado a los PSP fue ajustado por la Compañía en agosto de 2022, no de manera arbitraria ni con un afán exclusorio como afirma equivocadamente SumUp, sino que por circunstancias objetivas y justificadas, a saber: **(i)** la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos que, de acuerdo con la Resolución N°67, debía auditar el sistema tarifario de Transbank a PSP y Operadores, dando cumplimiento a los lineamientos indicados en dicha resolución; y, **(ii)** la sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2022 dictada en los autos Rol N°82.422-2021, que revocó la Resolución N°67 (“Sentencia CS 2022”), que enunció como criterios para el sistema tarifario de pagos con tarjetas: **(a)** la eliminación de cualquier tipo de descuentos por volumen o ticket promedio en el MD incluyendo cada uno de sus componentes (y, por ende, respecto de la Compañía, en el MA), y; **(b)** asegurar el autofinanciamiento de Transbank, todo lo anterior, siempre honrando los principios de igualdad, no discriminación y preservación de la competencia, lo que implicaba efectuar una tarificación ajustada a los *costos económicos* de la Compañía, calculados técnicamente.

H. Tribunal, en lo sucesivo quedará claro que fueron tales y no otras consideraciones las que determinaron que Transbank estableciera una nueva tarificación del MA a PSP y Comercios, cumpliendo con los criterios ya expuestos, cuestión que se tradujo en las tarifas implementadas a partir del 22 de agosto de 2022. En los ajustes a su modelo tarifario, la Compañía ha actuado en todo momento de buena fe, de modo de dar cumplimiento al DL 211 y respetar los criterios expresados en la Sentencia CS 2022, en cuanto resultan aplicables al MA.

A pesar de las comunicaciones enviadas a la Fiscalía para obtener su validación en lo relativo a estos cálculos económicos, en su calidad de ente encargado por ley de velar por el cumplimiento de las sentencias de libre competencia, en los últimos meses la Fiscalía ha sido reticente a ejercer

¹⁰ TDLC. Resolución 67, ¶254: “Con el objeto de mitigar el riesgo de sobrestimación de los costos asociados a los servicios que Transbank presta a PSP, se ordenará que el informe del panel de consultores independientes a que se refiere la Consulta en las secciones II.1.3, II.3.2.3 y II.4 incorpore, además de los ítem señalados en la Consulta, la revisión de las actividades asociadas al rol adquirente y de procesamiento adquirente de la Consultante, según corresponda, y sus parámetros de costeo, incluyendo el factor ponderador de (i) tarjetas de crédito y (ii) tarjetas de débito y con provisión de fondos, y que ordene las modificaciones que estime necesarias”.

su rol, omitiendo toda respuesta a las consultas y peticiones aclaratorias que le ha formulado la Compañía sobre esta materia. Según se verá, precisamente uno de los puntos que se ha sometido a la evaluación y pronunciamiento de la FNE por parte de Transbank se vincula de manera directa con la discusión de autos, pues recae en la forma de implementar una tarifa plana y única en los términos de la Sentencia CS 2022, que deje en la mejor posición posible a los distintos actores del sistema de pagos –entendiendo que es imposible que ningún actor quede en una peor situación que la que tenía bajo el sistema tarifario anterior–, sin generar distorsiones ni subsidios cruzados entre ellos. Incomprendiblemente, a la fecha y pese a las insistencias de la Compañía, ésta no ha obtenido un pronunciamiento concreto de la FNE a este respecto, ni tampoco la autoridad administrativa de libre competencia ha concedido a Transbank una reunión para discutir las materias relativas a la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos.

De ahí que el actuar de la Compañía sea incompatible con un supuesto *incumplimiento* a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia CS 2022 –incumplimiento que, por lo demás, es fácticamente imposible, pues la referida resolución no contiene órdenes que puedan ser objeto de un cumplimiento forzoso como bien lo ha declarado el H. Tribunal–. Los ingentes esfuerzos desplegados por Transbank –los cuales son de público y general conocimiento en esta industria– por ajustar su esquema tarifario a la normativa de defensa de la libre competencia y a los distintos criterios que durante los últimos años han emanado de las autoridades competentes, prueban que esta primera acusación de la Demandante carece de toda base o sustento.

Es más, las tarifas implementadas por Transbank a partir de agosto de 2022, **(i)** sin descuentos por volumen, ticket promedio, o de ningún otro tipo; e, **(ii)** implementando las recomendaciones del Panel de Expertos para cobrar un MA que esté determinado a *costo económico*, según se acreditará en el proceso, no alteraron sus incentivos a tener la mayor cantidad posible de clientes, sean estos Comercios, prestadores de servicios de subadquirencia (“Subadquirentes”) o PSP, y específicamente el mayor número de transacciones que aporte a sus economías de escala. El negocio del procesamiento adquirente (que engloba los servicios contratados por los PSP) es relevante para Transbank porque aporta transaccionalidad a su red y, en ese sentido, es en buena medida un complemento para sus actividades de adquirencia. Los PSP son verdaderos socios comerciales de la Compañía y aportan capilaridad a su red por lo que, en realidad, no existen razones por las que ésta quisiera excluirlos o hacer poco rentable su operación, ni la de SumUp ni la de ningún otro PSP.

H. Tribunal, la implementación de una tarifa plana y única que, además de honrar los lineamientos de la Excma. Corte Suprema, materializa las recomendaciones del Panel de Expertos al dar cuenta de una tarificación a *costo económico*, no ha impactado a todos los PSP por igual. En efecto, el impacto ha sido mayor para aquellos PSP cuyo nicho o foco de negocios recae en transacciones de alto volumen, pero de tickets de venta de bajo monto promedio, como es el caso de la Demandante y, también, de Redelcom Limitada (“Redelcom”) –un segundo PSP

que demandó a Transbank por estos mismos hechos en los autos rol C N°468-2022—. Ello pues, hasta el 22 de agosto de 2022, tales PSP se beneficiaban especialmente de importantes descuentos, tanto por volumen como por ticket promedio, gracias a la tabla tarifaria de doble entrada que la Excma. Corte Suprema rechazó validar en la Sentencia CS 2022. Es evidente que al eliminar estos descuentos y establecer un MA plano y único para todos los PSP, sus tarifas subirían. A pesar de ello la Excma. Corte emitió la Sentencia CS 2022 con el contenido que ésta tiene. Asimismo, según explicaremos en esta presentación, la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos implicó reducir el margen que Transbank había calculado inicialmente para los PSP (cercano al 27%), pues se tuvieron que incluir servicios dentro del MA para PSP que antes no estaban incluidos y modificar los factores de prorrateo de algunos servicios que ya estaban incluidos en base al análisis técnico detallado efectuado por dicho Panel.

Y, segundo, existen al menos tres circunstancias que descartan de plano cualquier aptitud de la Compañía para incurrir en la segunda conducta imputada en la Demanda, referida a un hipotético estrangulamiento de Transbank de los márgenes de SumUp: **(i)** el mercado del procesamiento adquirente es desafiante, pues existen proveedores alternativos integrados a actores relevantes de la industria bancaria que, al igual que Transbank, mantienen una obligación de acceso abierto a sus redes; razón por la cual la Compañía sencillamente carece de una posición dominante de la cual abusar; **(ii)** en el mercado de la adquirencia y subadquirencia, Transbank ha venido enfrentado una creciente competitividad, con bajas importantes en su participación de mercado en los últimos años; y, **(iii)** a lo dicho se suma que no existen costos sustanciales de cambio para los PSP en relación con los servicios de procesamiento adquirente, pudiendo solicitar servicios a múltiples oferentes a la vez e, inclusive, arbitrar tarifas al momento de decidir qué proveedor de servicios de procesamiento adquirente utilizar según el tipo de transacción de que se trate

En resumen, en caso alguno Transbank podría haber incurrido en un hipotético incumplimiento de la Sentencia CS 2022, ni en un abuso de posición dominante en contra de SumUp, por lo que la Demanda debe ser íntegramente rechazada, con expresa condena en costas. La Compañía no sólo no tiene la capacidad para excluir a un PSP del mercado, sino que además no tiene ningún incentivo a hacerlo. Las modificaciones tarifarias objetadas por SumUp son el resultado de la aplicación de diversos criterios emanados de los organismos competentes en materia de libre competencia, que Transbank interpretó y aplicó de buena fe. Lamentablemente, en la situación actual en la que se encuentra la industria, es sencillamente imposible introducir algún cambio tarifario sin perjudicar la situación de algún actor (podría decirse entonces, que nos encontramos ante un *óptimo de Pareto*)¹¹.

¹¹ Ya lo advertía el BCCh en su aporte de antecedentes que rola a folio 71 en la causa Rol NC N°463-2020, pp.5 y 6: “Por otra parte, cabe tener presente que la transición a un nuevo esquema tarifario no será neutral para los participantes de este mercado, siendo posible que algunos de éstos empeoren respecto de su situación actual (...). Dado que no es evidente que exista una solución en la que al menos uno de los participantes de este mercado no empeore su situación con respecto a la

En lo que sigue, esta presentación se estructurará de acuerdo con el siguiente índice:

I. Resumen ejecutivo.....	1
II. La Demanda.....	8
III. Algunas cuestiones generales sobre el sistema de pagos mediante tarjetas.....	9
III.1. Diferencias entre el mercado de la adquirencia y subadquirencia y el mercado del procesamiento adquirente.....	12
III.2. Relevancia económica del procesamiento adquirente para los Operadores y, en especial, para Transbank.....	15
IV. Antecedentes de hecho, jurídicos y económicos que configuran el contexto que explica las modificaciones tarifarias de agosto de 2022 en adelante: la historia de la actual tarifa por procesamiento adquirente	16
IV.1. El origen de la obligación impuesta a Transbank de modificar su modelo tarifario.....	17
IV.2. Forma de dar cumplimiento a la Sentencia CS 2019	18
IV.3. Lo resuelto por el H. Tribunal respecto de la Consulta de Transbank.....	22
IV.4. Forma de dar cumplimiento a la Resolución N°67	22
IV.5. Lo resuelto por la Excma. Corte Suprema respecto de la Consulta de Transbank.....	26
IV.6. Forma de dar cumplimiento a la Sentencia CS 2022	27
V. El MA fijado por Transbank a los PSP no incumple ninguna orden judicial ni tampoco estrangula sus márgenes	36
V.1. Transbank no ha incumplido la Sentencia CS 2022 ni ninguna otra orden judicial	37
V.1.1. Actualmente, Transbank sólo puede ser juzgada por el MA, sin que sea en absoluto responsable de las TI o los CM	37
V.1.2. Es jurídica y fácticamente imposible que Transbank incumpla una resolución que, como la Sentencia CS 2022, no contiene ninguna orden o imposición concreta en su parte resolutive susceptible de ser ejecutada forzosamente.....	40
V.1.3. Las supuestas “órdenes” de la Sentencia CS 2022 que, según SumUp, la Compañía habría violado, no son tales. Pero, incluso si lo fueran, las modificaciones tarifarias de Transbank respetan íntegramente los criterios contenidos en dicha sentencia	41

que tiene en la actualidad (a nivel de emisores de Tarjetas de Pago, comercios afiliados y otros operadores), se considera que sería relevante evaluar en forma sistemática e integral el balance de costos y beneficios asociados a la alternativa señalada precedentemente [flexibilidad tarifaria]”.

En el mismo sentido se manifestó la CMF en el Oficio Ordinario N°6545-2023, de fecha 19 de enero de 2023, §J), señalando que: “Es el entendimiento de esta Comisión, que los niveles propuestos por la FNE para esas tarifas se originan en el criterio de que el nuevo plan tarifario de Transbank no debería generar aumentos de pagos por parte de comercios específicos. Al respecto, solicitamos tener en consideración que, históricamente algunos grandes comercios han tenido niveles de tarifas de MD excepcionalmente bajos. Este no es un esquema tarifario que parezca deseable de replicar, y tampoco se aprecia como un equilibrio sostenible en el modelo de cuatro partes”.

V.1.4. Transbank tampoco ha desobedecido la Sentencia CS 2019; resolución que, en cualquier caso, SumUp no reclamó como incumplida en su Demanda	51
V.2. Transbank no ha estrangulado márgenes a SumUp ni a ningún otro PSP	52
V.2.1. Requisitos de la figura del estrangulamiento de márgenes	52
V.2.2. En la especie, sólo concurre parcialmente el primero de los cinco requisitos del estrangulamiento de márgenes: la integración vertical de Transbank en adquirencia y procesamiento adquirente	54
V.2.3. Los restantes requisitos del estrangulamiento de márgenes no se cumplen bajo ninguna perspectiva de análisis	55
VI. Conclusiones	72

II.

La Demanda

Con fecha 24 de octubre de 2022, SumUp presentó la Demanda en contra de Transbank.

En el libelo, SumUp señala que Transbank habría aplicado “*de forma unilateral y sin aviso anticipado, un alza sustancial a las tarifas que cobra a SumUp*”¹². Este hecho configuraría, según SumUp, dos infracciones al DL 211: **(i)** por un lado, SumUp alega una contravención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del DL 211, pues en su opinión Transbank habría incumplido “(...) *lo mandatado en sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2022, en causa rol 82.422-2021 que rechazó su consulta respecto a su sistema tarifario*”¹³; y, por otro, **(ii)** alega una supuesta infracción al inciso segundo letra b) del artículo 3° del DL 211, pues, como resultado de estos mismos hechos, existiría en la especie, según la Demandante, “(...) *un evidente abuso de la posición de dominio de Transbank, al estrangular los márgenes de SumUp en el mercado de la adquirencia*”¹⁴.

Más específicamente, la primera infracción consistiría, según SumUp, en el *incumplimiento* de tres órdenes supuestamente contenidas en la Sentencia CS 2022, esto es **(a)** “*que cualquier modificación a sus tarifas ‘no puede resultar más gravosa para ninguna de las partes involucradas*”¹⁵; **(b)** “*que cualquier modificación debe venir precedida de una evaluación de las autoridades*”¹⁶; y, **(c)** que este cambio esté “*estrictamente*” justificado en los costos que tendría para la Compañía el alza acusada¹⁷.

¹² Demanda, ¶1.

¹³ Ibid., ¶¶2, 80 y ss.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibid., ¶¶3, 90 y ss.

¹⁶ Ibid., ¶¶3, 98 y ss.

¹⁷ Ibid., ¶¶3, 114 y ss.

Por su parte, conforme a lo señalado por SumUp, la segunda infracción que reprocha a Transbank correspondería el supuesto “*abuso de posición dominante por estrangulamiento de márgenes*”¹⁸, el que se derivaría del aumento de tarifas referido, en un contexto en el que, según la Demandante: **(a)** la Compañía sería proveedora de un “*insumo indispensable*”¹⁹ para participar en las actividades de adquierecia y subadquierecia de establecimientos comerciales; y, a la vez, **(b)** competiría con SumUp en dichas actividades de adquierecia²⁰.

En ambos casos y de acuerdo con lo expresado por el H. Tribunal en su resolución de folio 41, la imputación de SumUp se refiere exclusivamente a la determinación del MA por parte de Transbank.

Finalmente, en su petitorio, SumUp solicitó, entre otros aspectos, que se ordene a Transbank cobrar por sus servicios tarifas que sean acordes a la normativa de libre competencia y a lo contemplado en la Sentencia CS 2022; y, además, que se le imponga una multa por el monto que este H. Tribunal considere procedente.

III.

Algunas cuestiones generales sobre el sistema de pagos mediante tarjetas

H. Tribunal, antes de entrar al análisis de por qué la Demanda de SumUp debe ser rechazada, es necesario mencionar algunas cuestiones generales sobre la industria en la que se enmarca el conflicto de autos, para así comprender adecuadamente las imputaciones formuladas en el líbello.

La industria de pagos con tarjetas se caracteriza por ser de dos lados, es decir, su funcionamiento implica conectar dos grupos de individuos: Comercios y tarjetahabientes. Sin embargo, esta conexión no se produce de manera directa, sino que requiere de la intervención de múltiples entidades que cumplen diferentes roles en la red y participan de distintos mercados al interior de ella. En ese contexto, la estructura general de la red puede ser graficada de la siguiente manera²¹:

¹⁸ Ibid., ¶¶78, 147 y ss.

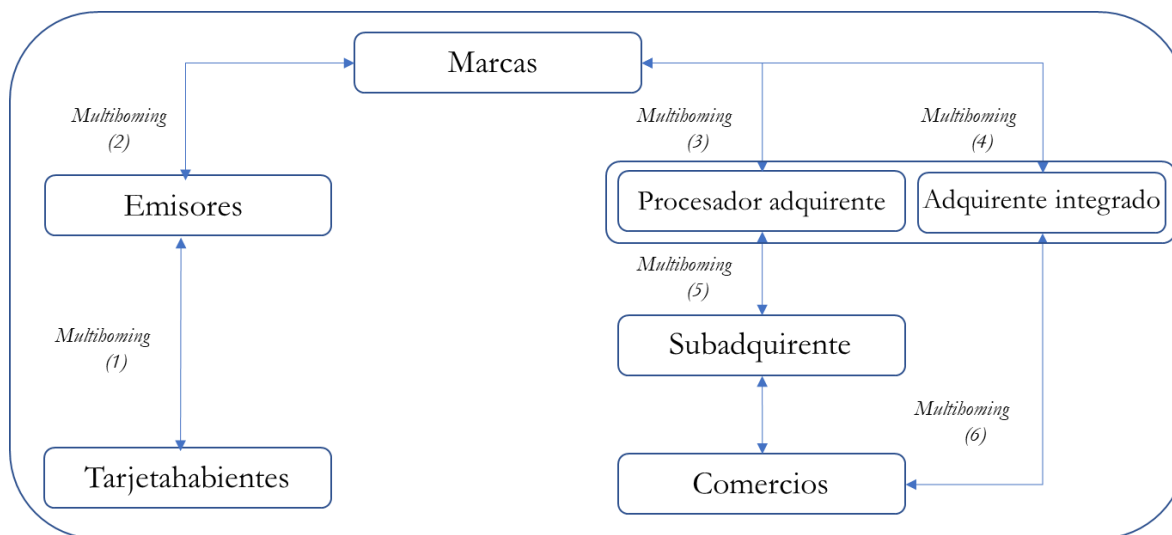
¹⁹ Ibid., ¶150.

²⁰ Ibid., ¶¶5, 22, 150 y ss.

²¹ Por razones de pertinencia y simplicidad se omitió incluir a los procesadores emisores.

Imagen N°1

Estructura general de red de pagos con tarjeta



Multiboming (1): Un tarjetahabiente tener tarjetas de más de un emisor

Multiboming (2): Un emisor puede tener –y generalmente tiene– licencias de más de una marca

Multiboming (3): Un procesador adquirente puede tener –y generalmente tiene– licencias de más de una marca

Multiboming (4): Un adquirente puede tener –y generalmente tiene– licencias de más de una marca

Multiboming (5): Un subadquirente puede contratar con más de un procesador adquirente

Multiboming (6): Un comercio puede contratar con más de un adquirente y/o subadquirente

Fuente: Elaboración propia

De acuerdo con las Instrucciones de Carácter General N°5/2022 (“ICG N°5”) se entiende por:

“**Adquirente:** aquellas entidades que ejercen una actividad eminentemente comercial, consistente en incorporar al comercio a una red de tarjetas mediante la oferta de medios tecnológicos y de servicios necesarios para utilizarlas como medio de pago, cobrando como contraprestación una o más comisiones. (...)”

Adquirente integrado: adquirente que además realiza las actividades de procesamiento adquirente. (...)”

Comercio o establecimiento de comercio: establecimiento que se obliga aceptar como medio de pago para la venta de bienes o prestación de servicios aquellas tarjetas que forman parte de la red del adquirente. Cada comercio debe ser afiliado al sistema a través de un adquirente o subadquirente.

Emisor: persona jurídica que emite y pone en circulación una o más Tarjetas, debiendo cumplir con la regulación específica establecida en el Compendio de Normas Financieras del Banco Central. (...)”

Marcas de tarjetas, Marcas o Proveedores de Red: entidades que administran servicios de red y que fijan los estándares operacionales y comerciales para el funcionamiento de su esquema de pagos con tarjeta, otorgando licencias para la emisión y adquirencia de tarjetas con su marca. (...)”

Operador: el CNF lo define como aquella persona jurídica que realiza la liquidación y/o el pago de las prestaciones que se adeuden a las entidades afiliadas (comercios) por concepto de la utilización de tarjetas de pago. (...)

Proveedores de Servicios para Procesamiento de Pagos o PSP: personas jurídicas que pueden prestar uno o más de los siguientes servicios: (i) autorización y registro de las transacciones que efectúen los Titulares o Usuarios de la o las Tarjetas; (ii) gestiones de afiliación de entidades al sistema, sin que las mismas comprendan la provisión de servicios normados como parte de la operación de Tarjetas; (iii) provisión de terminales de punto de venta o de canales o aplicaciones de carácter electrónico o informático que permitan la autorización, captura, agregación y comunicación de operaciones de pago, para que posteriormente sean procesadas por un Operador para fines de su liquidación y/o pago; y (iv) otras actividades relacionadas con la operación de Tarjetas, siempre que no involucren la liquidación y/o el pago de las prestaciones que se adeuden a las entidades afiliadas, por concepto de la utilización de dichos instrumentos. Excepcionalmente, los PSP pueden prestar servicios que incluyan la liquidación y/o el pago de las sumas que correspondan a las entidades afiliadas por concepto de transacciones efectuadas con tarjetas, sin quedar sujetas a los requisitos y obligaciones que el CNF impone a los Operadores, siempre que cumplan una serie de condiciones que detalla dicha normativa. Asimismo, dicha normativa dispone que cuando un PSP supera un umbral de pagos a los comercios, debe constituirse como operador frente a la autoridad (Comisión para el Mercado Financiero). (...) El PSP es un subadquirente, según se define *infra* y para efectos de esta resolución, se considerará solamente a los PSPs en su rol de subadquirentes.

Subadquirente: entidad que presta servicios de adquirencia al comercio, pero que no dispone de una licencia de adquirencia ni de una red de procesamiento propia, por lo que debe contratar estos servicios con un adquirente. Para efectos de esta resolución se utiliza la expresión ‘subadquirente’ como sinónimo de PSP, sin perjuicio que los operadores, cuando prestan sus servicios en virtud de un contrato celebrado con otro operador en el que se establezca cuál de las partes asume la responsabilidad de pago ante los comercios, pueden actuar como subadquirentes también. (...)”²².

“**[P]rocesamiento adquirente** (...) entidades que ofrecen los servicios informáticos que permiten enrutar, autenticar, registrar y eventualmente liquidar las transacciones efectuadas con el medio de pago; en particular, determina si el comercio está habilitado para recibir este tipo de pago y envía la información necesaria a la siguiente etapa del procesamiento a través de un switch”²³.

Así, por el lado de los Comercios, el acceso a la red se produce a través de empresas que realizan actividades de adquirencia (“Adquirentes”) o subadquirencia (Subadquirentes o PSP) y mediante prestadores de servicios de procesamiento adquirente (“Procesadores Adquirentes”) u Operadores. Los tarjetahabientes, por otro lado, participan de la red por medio de los Emisores y los procesadores emisores. Finalmente, la conexión entre el lado emisor y el lado adquirente, que se conoce como *enrutamiento* o *switch*, puede llevarse a cabo: (i) directamente entre Adquirentes (o Procesadores Adquirentes) y Emisores (o procesadores emisores); o, (ii) a través de las Marcas como sucede en el diseño actual del M4P²⁴.

²² ICG N°5, pp.38-41. Negrita en el original.

²³ ICG N°5, p.62-63. Negrita en el original.

²⁴ ICG N°5, p.85.

III.1. Diferencias entre el mercado de la adquirencia y subadquirencia y el mercado del procesamiento adquirente

No hay duda de que el conflicto de autos se enmarca en el lado adquirente de la industria (entendido en sentido amplio, como opuesto al lado emisor). Sin embargo, dado que SumUp parece confundir el mercado *aguas arriba* de acceso por parte de los PSP a las redes de procesamiento adquirente, con el mercado *aguas abajo* de la adquirencia y subadquirencia de Comercios²⁵, estimamos necesario explicar con mayor detalle las diferencias entre ambos.

H. Tribunal, el mercado de la adquirencia y el mercado del procesamiento adquirente son claramente diferenciables. Oferentes y demandantes son distintos, los productos y servicios transados también lo son, e incluso su regulación es distinta. Se trata de mercados que, aun cuando son conexos, se rigen por lógicas competitivas distintas, sin que puedan extraerse conclusiones para un mercado únicamente sobre la base la estructura de mercado en el otro.

En el mercado de la adquirencia y subadquirencia se lleva a cabo una actividad comercial en que los Adquirentes o Subadquirentes, ofrecen los medios tecnológicos y los servicios necesarios para utilizar tarjetas como medio de pago a los Comercios; en cambio, el mercado del procesamiento adquirente es uno de acceso a infraestructura, en el que los Operadores ofrecen a PSP u otros Operadores²⁶, la provisión de aquellos servicios necesarios para enrutar, autenticar, registrar y eventualmente liquidar las transacciones efectuadas con tarjetas²⁷. De esta forma, mientras en el mercado de la adquirencia se compite por la afiliación de Comercios, en el mercado del procesamiento adquirente, los Operadores básicamente compiten por incorporar a los PSP a sus redes.

En ese contexto, la oferta en el mercado de la adquirencia y subadquirencia es provista por:

- (i) Los Operadores inscritos en el Registro de Operadores que lleva la CMF²⁸, los que a la fecha son: Iswitch S.A. (“Klap”)²⁹; Sociedad Operadora de Tarjetas de Pago Santander Getnet Chile S.A.(“Getnet”)³⁰; Red Global S.A. (“Compraqui”)³¹; Pagos y

²⁵ Como se puede ver en la § I.D. de la Demanda, SumUp basa su afirmación de la supuesta posición de dominio de Transbank en la oferta de servicios de procesamiento adquirente casi exclusivamente en cifras –desactualizadas– y citas a resoluciones del H. Tribunal que se refieren al mercado de la adquirencia y subadquirencia a Comercios.

²⁶ Caso de MercadoPago S.A., matriz de Redelcom, que pese a haberse constituido como Operador, ha optado por utilizar la red de procesamiento adquirente de Transbank bajo una de las modalidades permitidas por el Capítulo III.J.2. del Compendio de Normas Financieras, esto es, celebrando un contrato con otro Operador.

²⁷ Cabe hacer presente que si bien las ICG N°5 se refieren exclusivamente a los servicios informáticos dentro del rol procesador adquirente, existen otros servicios que también son prestados a los PSP en este rol, lo que fue constatado por el informe final del Panel de Expertos (al que nos referimos *infra* en la sección IV), pp.5-14.

²⁸ Véase el sitio web de la CMF: <<https://go.fn.cl/it9ch>> [fecha de última consulta: 27 de enero de 2023].

²⁹ Propiedad de Multicaja S.A.

³⁰ Propiedad de Banco Santander.

³¹ Propiedad del Banco Estado de Chile.

Servicios S.A. (“BCI Pagos”)³²; MercadoPago S.A. (“MercadoPago”)³³; y, Transbank³⁴; y,

- (ii) Aquellos PSP que prestan servicios de liquidación y pago a los Comercios afiliados. Para poder prestar dichos servicios la sección I.5 del capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras (“CNF”) del BCCh exige que estos PSP hayan celebrado un contrato con un Operador o Emisor en el que alguno de éstos asuma la responsabilidad de pago frente a los Comercios; y que las liquidaciones o pagos realizados por el PSP no superen determinado umbral. Dentro de esta categoría, se encuentran afiliados a Transbank: SumUp, Redelcom, Dlocal Chile SpA (“Dlocal”), PayU Chile S.A. (“PayU”), Paygol SpA (“Paygol”), Flow S.A. (“Flow”), Ebanx Chile Limitada (“Ebanx”) y PPRO Chile SpA (“PPRO”), entre otros. A los más de 20 PSP afiliados a Transbank, hay que agregar los PSP que están afiliados a alguno de los otros Operadores, de los que Transbank no tiene detalles³⁵.

Dentro de este segundo grupo de oferentes, es decir, el de los PSP que realizan subadquirencia, la Demandante reviste características especiales que vale la pena mencionar³⁶ pues, como se verá *infra* en la sección IV, éstas permiten entender por qué el cambio tarifario de 22 de agosto de 2022 le impactó particularmente, a diferencia de lo ocurrido con otros PSP. En ese sentido se debe señalar que, de acuerdo con la información con que cuenta la Compañía, a la fecha SumUp: (i) tiene [x]³⁷ Comercios secundarios afiliados³⁸, los que durante el 2022 le significaron alrededor de [x] de transacciones por un total de [x] de UF mensuales en ventas³⁹; (ii) presenta transacciones efectuadas en su inmensa mayoría con tarjetas de débito ([x]⁴⁰); (iii) cobra a los Comercios secundarios una tarifa única del 2,9% de la transacción, más IVA; y, (iv) enfoca su operación en Comercios pequeños, ferias, almacenes, e incluso un alto porcentaje de Comercios informales. Estos Comercios cuentan con un ticket promedio, es decir, un valor promedio de venta bajo, lo que se traduce en que el ticket promedio de SumUp sea también bajo, ascendiendo durante el 2022 a una cifra [x] UF⁴¹.

³² Propiedad del Banco de Crédito e Inversiones y EMS Servicios de Pago.

³³ Filial del gigante del e-commerce en Latinoamérica Mercado Libre y, además, matriz de Redelcom.

³⁴ Cabe destacar que, de acuerdo con la CMF hay tres operadores más en proceso de autorización. CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023, p.4.

³⁵ Los que, sin embargo, deben constar en los registros de la CMF pues, de acuerdo con lo establecido en el numeral I.6. del capítulo III.J.2 del CNF, los Operadores deben informar al menos trimestralmente la lista de PSP que contraten.

³⁶ Varias de las cuales comparte con Redelcom.

³⁷ Se otorga aquí un rango, por tratarse de información confidencial. El dato exacto confidencial se encuentra el Anexo “*Información Comercial Sensible y Confidencial*” acompañado en el primer otrosí de esta presentación (“*Anexo Confidencial*”). cifra [1]. En adelante toda la información confidencial se entregará en rangos y se hará referencia en notas al pie a las secciones del Anexo Confidencial donde puede encontrarse el dato exacto. Nota: Conforme a lo ordenado por el H. Tribunal a folio 63, en esta versión del escrito de folio 47, los rangos referidos fueron reemplazados por “/x/”.

³⁸ Los Comercios afiliados por los PSP se denominan Comercios secundarios.

³⁹ Véase cifra [2] del Anexo Confidencial.

⁴⁰ Véase cifra [3] del Anexo Confidencial.

⁴¹ Véase cifra [4] del Anexo Confidencial.

La demanda en el mercado de la adquirencia y subadquirencia está compuesta por los Comercios que buscan poder aceptar pagos con tarjetas, entre los cuales se puede distinguir, para estos efectos, de acuerdo con: **(i)** su ticket promedio; **(ii)** su volumen de transacciones; **(iii)** su domicilio, lo que permite distinguir entre Comercios transfronterizos y locales; y, **(iv)** la forma en que realizan su actividad y, por lo tanto, el o los canales que generalmente utilizan (i.e., presencial, *e-commerce*, *Pat Pass* y *host to host*).

En el mercado del procesamiento adquirente, en cambio, la oferta está compuesta exclusivamente por los Operadores listados *supra*⁴², pues la regulación sólo permite a ellos ofrecer servicios de procesamiento adquirente a los PSP⁴³. Sobre la oferta en este mercado se debe además considerar que, como se desarrollará en detalle *infra* en la sección V, **(i)**, la normativa sectorial impone a los Operadores un deber de acceso abierto en beneficio de los PSP; y que, **(ii)** no existen limitaciones al *multiboming*, de manera que un PSP puede conectarse a más de un Operador simultáneamente, lo que en los hechos sucede.

La demanda del mercado del procesamiento adquirente está compuesta por los PSP que pretenden realizar subadquirencia y por aquellos Operadores que, como MercadoPago, no cuenten con licencias de las Marcas y decidan conectarse a la red de éstas por medio de otro Operador. Dentro de estos demandantes existen PSP que se concentran en determinados tipos de Comercios: por ejemplo, PSP que se centran en afiliar *e-commerce* o PSP enfocados en transacciones presenciales por medio de equipos o máquinas *point of sale* (“POS”), como es el caso de SumUp y Redelcom.

Como resulta prístinamente claro a estas alturas, ambos mercados si bien conexos, son claramente diferenciables. De este modo, la participación de mercado de Transbank en el mercado *aguas abajo* de la adquirencia –que, de todas formas, no es aquella señalada por SumUp⁴⁴– no implica que ésta tenga poder de mercado en el mercado *aguas arriba* en que los PSP contratan servicios de procesamiento con los Operadores. También resulta indiscutible que Transbank enfrenta competencia en ambos mercados, *aguas arriba* de Klap, Getnet, Compra Aquí y BCI Pagos; y *aguas abajo* de todos los anteriores, más MercadoPago y –con diversos grados de sustituibilidad– al menos una veintena de PSP.

⁴² Con la excepción de MercadoPago, que al no tener contratos de licencia con las Marcas ni una red de procesamiento propia no es capaz de ofrecer servicios de procesamiento adquirente a los PSP. Por otra parte, y tal como fue analizado por el H. Tribunal en las ICG N°5, las reglas de las Marcas prohíben a los subadquirentes que no tienen licencia propia, como es el caso de MercadoPago, contratar con otros subadquirentes, como serían los PSP.

⁴³ El CNF exige expresamente que los PSP se conecten a la red de algún Operador, impidiendo a los PSP desarrollar subadquirencia conectándose a otro PSP.

⁴⁴ A octubre de 2022, la participación de Transbank en el mercado de la adquirencia, calculada sobre la base de los datos publicados por la CMF y datos internos de la Compañía, es de 77,8%, sin considerar en el cálculo las transacciones de PSP y operadores con contrato operador/operador. Asimismo, se excluyen del cálculo las transacciones de chilenos en el extranjero. Esta metodología de cálculo permite dimensionar adecuadamente la cuota de mercado que tiene Transbank por sí mismo, considerando separadamente la cuota de los PSP. Sin embargo, es fundamental tener presente que, entre diciembre de 2021 y octubre de 2022, la Compañía perdió 10 puntos porcentuales de participación de mercado, existiendo una clara tendencia a la baja, situación que se explica por la creciente competencia *aguas abajo*. Sobre el particular, se vuelve *infra* en la sección V.

III.2. Relevancia económica del procesamiento adquirente para los Operadores y, en especial, para Transbank

H. Tribunal, si se observara el mercado de la adquirencia y subadquirencia de manera aislada, podría parecer que PSP y Adquirentes integrados son competidores perfectos. Sin embargo, al mirar el lado adquirente en su conjunto y considerar sus mercados conexos de adquirencia y subadquirencia, por un lado, y procesamiento adquirente, por el otro, es posible constatar que existe una relación de complementariedad. Al agrupar Comercios que usualmente no formaban parte del sistema de pagos con tarjetas, o ciertos Comercios de nicho, los PSP atraen una gran cantidad de transacciones a la red de los Operadores que, de otro modo, no procesarían. Ello no sólo es relevante por las economías de escala que presenta el procesamiento adquirente, lo que ha sido reiteradamente reconocido por el H. Tribunal (a pesar de que la Excma. Corte Suprema no autorizó que éstas se reconocieran en descuentos tarifarios), sino también por los efectos de red que caracterizan al mercado de las tarjetas de pago. Además, a cambio de sus servicios de procesamiento adquirente prestados a los PSP, los Operadores reciben una tarifa por cada una de las transacciones procesadas (equivalente al MA).

Para el caso de Transbank, al existir una tarifa regulada a *costo económico* tanto para sus servicios de adquirencia como para el procesamiento adquirente, para la Compañía resulta rentable tanto afiliarse directamente como que éstos sean afiliados por intermedio de un afiliado a Transbank. Esto determina que los PSP sean, en la realidad de las cosas, aliados comerciales muy valiosos para la Compañía, pues atraen un gran flujo de transacciones, dotando de capilaridad a la red y otorgando a Transbank ingresos que, de otro modo, no percibiría⁴⁵.

De acuerdo con los datos proyectados de la Compañía al cierre del año 2022, las ventas provenientes de los PSP fueron, a octubre de 2022, entre un 8% y un 12%⁴⁶ de las ventas totales de la Compañía, y significaron entre un 5% y un 9%⁴⁷ de su margen total. Tomando en cuenta que, durante el 2022, Transbank mantuvo relaciones con 25 PSP y que el total de Comercios afiliados a su red asciende a cerca de 250.000 establecimientos, resulta evidente que para Transbank es conveniente prestar servicios de procesamiento adquirente a los PSP (que agrupan a un número significativo de Comercios) y, en ningún caso, excluirlas, como erradamente acusa SumUp.

Otra muestra clara de lo que venimos diciendo se encuentra en la situación que ocurrió con MercadoPago a fines del 2021. Con posterioridad a la dictación de la Resolución N°67 y producto del término del régimen de subsidios que lo beneficiaba, MercadoPago se acercó a la Compañía solicitando una rebaja en la tarifa cobrada en ese momento. En esa ocasión, aunque

⁴⁵ Esta lógica de complementariedad subyace a la regulación del CNF que asume que son los Operadores los que contratan los servicios de los PSP y no al revés.

⁴⁶ Véase cifra [5] del Anexo Confidencial.

⁴⁷ Véase cifra [6] del Anexo Confidencial.

sin entrar en detalles, MercadoPago fue explícito en señalar a Transbank que había recibido una mejor oferta de otro Operador e invocando la facultad que la Compañía tenía a la fecha, de hacer una oferta del tipo *meeting competition*, en las condiciones que fueron autorizadas por el H. Tribunal, señaló que dejaría de operar con Transbank si no se mejoraban las condiciones comerciales vigentes con ésta. Ante ello, y estando consciente del gran volumen de transacciones que dicho actor aportaba a la red, la Compañía no tuvo más opción que hacer la oferta del tipo *meeting competition* requerida por MercadoPago, de acuerdo con las reglas establecidas en la Resolución N°67 –entonces vigente–, con el fin de conservarlo como cliente *aguas arriba*. Es más, su partida le habría significado un perjuicio económico significativo, el que fue calculado en entre 4 mil y 9 mil UF mensuales⁴⁸.

De todo lo anterior, sólo puede concluirse que Transbank carece de incentivos económicos para excluir a SumUp o a cualquier otro PSP o Subadquirente conectado a su red, por lo que la Demanda es *prima facie* improcedente al no derivarse del comportamiento de Transbank objetivo exclusorio alguno. Simplemente no existe un ánimo exclusorio ni podría haberlo, tras el cambio tarifario del 22 de agosto de 2022.

IV.

Antecedentes de hecho, jurídicos y económicos que configuran el contexto que explica las modificaciones tarifarias de agosto de 2022 en adelante: la historia de la actual tarifa por procesamiento adquirente

El H. Tribunal bien sabe que, durante los últimos años, Transbank ha debido enfrentar diversos procedimientos en esta sede, todos ellos de carácter no contencioso. No ha sido un camino fácil para la Compañía, pero ésta tiene la plena convicción de haber actuado de buena fe cada vez que ha tenido que implementar nuevas tarifas para ajustar su modelo tarifario a las exigencias de la normativa de libre competencia, según ésta ha sido interpretada, de forma no siempre consistente, por las autoridades competentes. En cada oportunidad Transbank ha elegido la alternativa más apegada al DL 211 y a las decisiones o criterios que las autoridades de libre competencia han ido adoptando, procurando actuar en forma fundada y basándose en criterios objetivos, generales y no discriminatorios. El propio H. Tribunal ha podido observar cómo ello es efectivo y, por lo mismo, no es intención de esta parte extenderse en demasía respecto de la larga historia que precede a la definición del actual MA a PSP que es objeto de este litigio. Sin embargo, entendemos que es fundamental resaltar algunos hitos que permiten contextualizar debidamente la discusión de autos y que, por sí solos, dan cuenta de que la Compañía en caso alguno ha infringido la normativa de libre competencia y que, por el contrario, todas y cada una de sus decisiones han sido adoptadas con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones y principios a los que se encuentra sujeta, buscando dejar en la mejor posición posible a cada uno de los actores que participan del mercado de pagos, pero entendiendo que, lamentablemente, es

⁴⁸ Véase cifra [7] del Anexo Confidencial.

imposible que ninguno resulte perjudicado por los cambios tarifarios que la Compañía ha debido implementar.

IV.1. El origen de la obligación impuesta a Transbank de modificar su modelo tarifario

Para comenzar este recuento, debemos remitirnos a diciembre del año 2016, momento en el que Farmacias Cruz Verde S.A. presentó una consulta ante el H. Tribunal respecto de los criterios aplicados por Transbank en la determinación del MD cobrado al rubro farmacéutico en comparación con otros rubros supuestamente análogos, y la conformidad de dicha aplicación práctica con la normativa de libre competencia. En dicha oportunidad, mediante la Resolución N°53/2018 (“Resolución N°53”), el H. Tribunal dispuso que Transbank debía hacer una serie de ajustes al Plan de Autorregulación Tarifaria (“PAR”), en su integridad, por estimar que, dados los cambios ocurridos en el mercado en los últimos años, sus términos eran a esa fecha inconsistentes con el DL 211. Cabe señalar que, a esa fecha, el mercado de pagos operaba bajo la modalidad de M3P.

Durante la tramitación del recurso de reclamación interpuesto por la Compañía en contra de la mencionada decisión, la Excma. Corte Suprema llamó a un proceso de conciliación, en el que todos los intervinientes que comparecieron ante el máximo tribunal en dicha oportunidad alcanzaron bases para un acuerdo. En lo que resulta atinente para el asunto discutido en autos, el punto 7.e. de tales bases de acuerdo de fecha 13 de diciembre de 2019, contempló lo siguiente:

“Transbank fijará sus tarifas de acceso e interconexión para otros adquirentes o Payment Systems Providers (PSP) de forma general, pública, no discriminatoria y a costo económico, entendiendo por tal los costos medios de largo plazo asociados a su actividad”.

Es decir, pese a que los PSP eran actores que recién estaban ingresando al sistema de medios de pago, Transbank buscó promover la actividad de subadquirencia, garantizando que la tarifa de acceso e interconexión cobrada a los PSP fuese determinada a *costo económico*. La posición de la Compañía ha sido consistente con lo que se sostenía ya en esa época en cuanto a la forma más procompetitiva de tarificar los servicios a PSP. Huelga decir que la FNE estuvo de acuerdo con Transbank.

Sin perjuicio del acuerdo conciliatorio alcanzado, de todos modos, con fecha 27 de diciembre de 2019, la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de reclamación interpuesto por Transbank en contra de la Resolución N°53 del H. Tribunal y, en su reemplazo, indicó que el PAR vigente a esa fecha, no se ajustaba al DL 211; y, ordenó a Transbank adaptarlo bajo los criterios fijados en el mismo fallo (“Sentencia CS 2019”). En concreto, el máximo tribunal indicó lo siguiente:

“Por no resultar compatible con la normativa de libre competencia, Transbank deberá adaptar el Plan de Autorregulación Tarifaria a las instrucciones contenidas en el presente fallo, conforme a las cuales habrá de establecer merchant discounts públicos, motivados,

objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley, respecto de los cuales, además, no podrá diferenciar por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos predeterminados, categorías ni por rubros a los comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito o de débito.

Esta determinación se adopta en tanto la autoridad competente efectúe las regulaciones que sean pertinentes para un modelo de cuatro partes o sustituya integralmente la que se encuentra imperante”.

Es importante notar que, a esa fecha, aunque Transbank cobraba a los PSP la misma tarifa que a los Comercios, igualmente se veían beneficiados por el diseño de un sistema tarifario que contemplaba tramos de descuentos por volumen y valor promedio de las transacciones, que reconocía y traspasaba a éstos las economías de escala derivadas de un aumento en el número de las transacciones, el monto de las transacciones o el valor del ticket promedio; y que también distinguía en función de las categorías y rubros comerciales. Cabe recordar que los descuentos del PAR no eran incrementales, algo que fue cuestionado por el H. Tribunal en la Resolución N°53 y que precisamente ordenó a Transbank remediar.

En concreto, en ese período, SumUp pagaba un MD promedio de 1,57% para transacciones con tarjetas de crédito y 0,91% para débito, sobre el nivel de sus ventas.

IV.2. Forma de dar cumplimiento a la Sentencia CS 2019

Con miras a dar cumplimiento a dicho fallo de la Excma. Corte Suprema de la forma más rápida posible y considerando los cambios que se estaban produciendo en la industria a esa fecha (cabe recordar que, en octubre de 2019, Banco Santander-Chile puso término a su contrato de operación con Transbank e informó que a partir de marzo de 2020 comenzaría a operar bajo el M4P), a mediados de febrero de 2020, Transbank presentó al H. Tribunal un plan de cumplimiento de la Sentencia CS 2019 en el contexto de un M3P, y que también incluía una propuesta subsidiaria para cumplir bajo el modelo de M4P. En dicha oportunidad, la Compañía indicó que: “(...) *para asegurar que la entrada o expansión de adquirentes y sub-adquirentes sea aún más eficaz, y de modo consistente con las bases de acuerdo presentadas a la Excma. Corte Suprema, Transbank dará acceso abierto a su procesamiento adquirente tarifándolo a costo económico*”⁴⁹. Es decir, nuevamente, la Compañía mostró su total compromiso con la promoción de una industria competitiva, en la que se promoviera la participación de los PSP, por la vía de dar acceso abierto a su red de procesamiento adquirente y, tarificar tales servicios a *costo económico*.

Sin embargo, el H. Tribunal no se pronunció sobre el fondo de la propuesta de Transbank, pues, a su juicio, correspondía a la FNE supervigilar el cumplimiento del fallo en cuestión⁵⁰.

⁴⁹ Presentación realizada por Transbank ante el H. Tribunal en la causa Rol NC N°435-2016, a fojas 1.719 y siguientes, que el H. Tribunal ordenó desglosar a fojas 1.782.

⁵⁰ H. Tribunal. Causa Rol NC N°435-2016, resolución de fecha 25 de febrero de 2020.

Precisamente, siguiendo lo dispuesto por el H. Tribunal, Transbank se sometió a la supervisión de la FNE en el cumplimiento de la Sentencia CS 2019. En ese contexto, en abril del año 2020, la Compañía alcanzó un acuerdo extrajudicial con dicha autoridad, el que fue sometido a conocimiento del H. Tribunal (“Acuerdo Extrajudicial”). Dicho Acuerdo Extrajudicial no contemplaba el régimen tarifario aplicable a los PSP, pues al tratarse de actores nuevos en la industria, la FNE señaló a la Compañía que no contaba, a esa fecha, con la información suficiente como para evaluar el modo de hacerles aplicable la Sentencia CS 2019. Lo anterior, siempre fue bajo la consideración de que nada impedía que el sistema tarifario aplicable a los PSP pudiese ser objeto de un acuerdo extrajudicial posterior entre las mismas partes, pues tal como se ha indicado, Transbank siempre ha estado de acuerdo con que la tarifa de acceso de los PSP a la red de procesamiento adquirente de la Compañía fuese también fijada a *costo económico*.

Como el H. Tribunal bien sabe, el Acuerdo Extrajudicial, entre otras cosas, consideraba la designación de un Panel de Expertos cuya función sería revisar los costos y la tarificación de los servicios prestados a los Comercios, con el objeto de asegurar que el MA fuera efectivamente fijado a *costo económico*. En ese sentido, la FNE validó expresamente que la conformación de un comité de consultores independientes, cuyos miembros serían designados tanto por Transbank como por la FNE, era un mecanismo de definición de tarifas que cumplía a cabalidad con lo dispuesto por el máximo tribunal en la citada Sentencia CS 2019.

Lamentablemente, el Acuerdo Extrajudicial fue rechazado por el H. Tribunal por razones procesales, pues estimó que el procedimiento utilizado no era el idóneo para revisar un sistema tarifario de la complejidad y significancia como aquel presentado por la Compañía y la FNE⁵¹.

En esa línea, el 13 de mayo de 2020 –es decir, a unos pocos días del rechazo del Acuerdo Extrajudicial–, Transbank puso en marcha un tercer intento para dar cabal cumplimiento a la Sentencia CS 2019, esta vez, a través de la presentación de una consulta ante el H. Tribunal respecto del nuevo sistema tarifario que había comenzado a implementar a partir del 1° de abril de 2020 con motivo del paso al M4P (“Consulta de Transbank”). La implementación inmediata del nuevo sistema tarifario, sin esperar a la tramitación del procedimiento no contencioso, respondió a que la Compañía se veía en la obligación de dar cumplimiento a la Sentencia CS 2019 y al hecho de que era prácticamente imposible hacerlo en el M3P dado que otros emisores –además de Banco Santander-Chile– también habían anunciado que comenzarían a operar en el M4P.

En lo que resulta relevante para la discusión de autos, la Consulta de Transbank contemplaba:

- (i) Una tabla única de MA máximo a PSP, por concepto de acceso y uso de su infraestructura de procesamiento adquirente. Bajo ese modelo, todas las transacciones

⁵¹ H. Tribunal. Causa Rol AE N°17-20, resolución de fecha 29 de abril de 2020.

provenientes de un PSP recibirían el mismo tratamiento en lo relativo al MA, con independencia del Comercio secundario en que tales transacciones hubieran sido capturadas⁵². Como el interés de Transbank ha sido en todo momento contribuir al ingreso de actores al mercado de la sub-adquirencia, la tabla única de MA máximos a PSP sometida a consulta contemplaba tarifas un 27,35% inferior que aquellas cobradas a Comercios, considerando variables en función de ticket promedio y número de transacciones equivalentes. Esto, pues según consideraba Transbank, los PSP demandaban menos servicios que los Comercios, lo que debía involucrar costos menores⁵³. Se trató, en cualquier caso, de una estimación preliminar, anterior al establecimiento del Panel de Expertos, lo que explica por qué el mencionado diferencial experimentó posteriormente modificaciones de conformidad con la implementación de sus recomendaciones⁵⁴;

- (ii) Un régimen transitorio de congelamiento de tarifas tanto para Comercios como para PSP por el plazo de un año, respondiendo a requerimientos de la FNE⁵⁵, aunque la tabla única de MA máximo a PSP propuesta por Transbank no se aplicó al cabo de un año, pues el H. Tribunal ordenó mantener congeladas las tarifas cobradas a PSP y Comercios mientras se tramitaba la Consulta.; y,
- (iii) La creación de un Panel de Expertos compuesto por tres integrantes, que definiera el MA a cobrar por la Compañía, tanto a Comercios como a PSP y Operadores, verificando que éste se fijara efectivamente a *costo económico*, con el objeto de emular los esquemas de tarificación y rentabilidad de empresas (aunque fue transitoriamente) dominantes que son normalmente implementados en sede de libre competencia.

El Panel de Expertos tendría por objeto auditar los cálculos de *costo económico* efectuados para el cálculo de MA; y, de ser necesario, proponer tablas ajustadas de MA para Comercios y PSP, separadas para tarjetas de crédito, débito y de pago con provisión de fondos, si correspondiere, todo lo cual se recogería en un informe. En concreto, el mencionado Panel de Expertos verificaría: **(i)** los costos medios de largo plazo asociados a la prestación de los servicios básicos a Comercios y PSP; **(ii)** la tasa de rentabilidad normal de Transbank asociada a la prestación de los servicios básicos

⁵² Cabe destacar que la tabla única de MA máximo a PSP buscó cumplir con cuatro objetivos: (i) generar suficientes ingresos para cubrir el *costo económico* de la adquierecia; (ii) entregar descuentos por volumen a quienes aportaran un mayor número de transacciones que se requieren para materializar las economías de escala; (iii) promover el uso de tarjetas como medio de pago universal, mediante el cobro de un MA lo suficientemente bajo para transacciones pequeñas; y, (iv) evitar subsidios cruzados entre transacciones.

⁵³ Consulta de Transbank, p.10.

⁵⁴ Según se verá, a partir de la aplicación de las recomendaciones del Panel de Expertos resultó que efectivamente los costos de prestar servicios a PSP eran menores a los costos de prestar servicios a Comercios, pero no con la diferencia previamente estimada por Transbank de forma preliminar.

⁵⁵ Al respecto, véase la resolución de este H. Tribunal a fojas 158 de la causa Rol NC N°463-2020.

a Comercios y PSP (que no podría ser superior a la del año 2019); (iii) las economías de escala y efectos de red que justificaran los tramos de descuentos del MA por número de transacciones, por ticket promedio u otro factor relevante; y, (iv) los tramos de descuentos por número de transacciones, por ticket promedio u otro factor relevante del MA, y la distribución de transacciones dentro de cada tramo, para lograr el financiamiento eficiente de los costos medios de largo plazo.

Para la designación de los consultores independientes que integrarían el Panel de Expertos y con la intención de reforzar la independencia, imparcialidad y carácter técnico del informe emitido por éste, se propuso que Transbank y la FNE nombraran cada una a un integrante, que fuese consultor independiente de reconocida experiencia en, a lo menos, procesos o estudios tarifarios, organización industrial o sistemas de medios de pago y que no hubiese prestado servicios directa o indirectamente a la Compañía, sus accionistas o empresas relacionadas, o a sus directores, ejecutivos principales, a los competidores de Transbank o a la FNE en investigaciones relacionadas con la Compañía durante los últimos tres años. Por su parte, el tercer consultor independiente sería elegido de común acuerdo entre Transbank y la FNE a partir de una lista conformada en base a un proceso de selección abierto, cuyos requisitos mínimos de experiencia e independencia serían también definidos de consuno.

Una multiplicidad de interesados, todos ellos con pretensiones diversas y en ocasiones contrapuestas, se hicieron parte del procedimiento no contencioso, solicitando ser escuchados por el H. Tribunal en la audiencia pública⁵⁶. Pese a ello, la figura del Panel de Expertos propuesta en la Consulta de Transbank no suscitó la oposición de ningún PSP⁵⁷; y, más todavía, fue refrendada por la FNE en su aporte de antecedentes⁵⁸.

⁵⁶ A saber, la FNE; Walmart Chile S.A.; Farmacias Ahumada S.A.; Farmacias Cruz Verde S.A.; Compañía de Petróleos de Chile S.A.; SMU S.A.; IGT Global Solutions Corporation Chile; UNIRED S.A.; Flow S.A.; Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile A.G.; Multicaja S.A.; Banco Santander Chile; Mastercard International Incorporated; Servicios Visa International Limitada; Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios; y, Organización de Consumidores y Usuarios de Chile A.C.

⁵⁷ Únicamente Flow hizo presente a fojas 94 de la causa Rol NC N°463-2020, que podrían adoptarse medidas adicionales para fortalecer la institucionalidad propuesta.

⁵⁸ Presentación FNE, rolante a fojas 103 de la causa Rol NC N°463-2020, ¶¶156-157: “La definición central del Sistema Tarifario de Transbank es similar -aunque no idéntica- al contenido del Acuerdo Extrajudicial suscrito por esta Fiscalía y dicha empresa en marzo de este año. Corresponde a la tarificación de sus servicios básicos de adquierecia, tanto para comercios como para PSP, en base a costos medios de largo plazo de los servicios y actividades prestados a ellos, considerando una tasa de rentabilidad normal con un máximo equivalente a la obtenida en el año 2019. Las tarifas serán determinadas por un panel de consultores independientes y de comprobada experiencia, estando facultados para auditar, recalcular y determinar tanto las actividades asociadas a los servicios de adquierecia, sus costos, los márgenes adquirentes necesarios para financiar esos costos y su distribución por tramos fundados en economías de escala y efectos de red, para conformar Tablas de MA públicas. Respecto de ese contenido del Sistema Tarifario, esta Fiscalía considera que corresponden a los resguardos mínimos imprescindibles respecto de los riesgos anticompetitivos inherentes a la posición de Transbank en el mercado, y cumple con los criterios de transparencia, publicidad, objetividad y no discriminación establecidos en el Avenimiento, las decisiones de este H. Tribunal y en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ya citados”.

IV.3. Lo resuelto por el H. Tribunal respecto de la Consulta de Transbank

Luego de su tramitación, en septiembre del año 2021 el H. Tribunal dictó la Resolución N°67, la que aprobó la Consulta de Transbank, siempre que la Compañía diera cumplimiento a ciertas medidas impuestas en la misma decisión.

En particular, el modelo tarifario autorizado por el H. Tribunal para PSP contemplaba una tabla de doble entrada con tarifas fijas, por concepto de acceso y uso de su infraestructura de procesamiento adquirente de Transbank⁵⁹. Una de las variables de dicha tabla era el número de transacciones mensuales con descuentos incrementales asociados, los que fueron validados siempre que se ajustaran de manera tal que fuesen de la misma magnitud para todos los rangos del valor del ticket promedio. La otra variable de la tabla era el valor del ticket promedio, respecto del cual la Resolución N°67 dispuso que la tarifa debía ser creciente a medida que aumentara su monto, pero a tasas decrecientes, y que los umbrales correspondientes a dos tramos consecutivos no podrían tener una diferencia superior a un 3%. El H. Tribunal agregó que ninguna tarifa podía ser inferior al costo medio variable (“CMV”) de las actividades de procesamiento adquirente y que el cálculo de las tarifas a cobrar a los PSP debía considerar los costos incurridos por la Compañía en el año anterior a aquel en que se aplicarían⁶⁰.

En ese sentido, además, la decisión del H. Tribunal validó la designación de un Panel de Expertos exclusivamente para fijar las tarifas a cobrar por la Compañía a los PSP y Operadores, no así a los Comercios (en este último caso, por considerarlo innecesario):

“El panel de consultores independientes a que se refieren las secciones II.1.3; II.3.2.3. y II.4 de la Consulta, deberá auditar el Sistema Tarifario solo en lo que se refiere a PSP y operadores, dando cumplimiento a los lineamientos indicados en esta resolución y, de estimarlo necesario, deberá ordenar los ajustes que considere pertinentes. El panel deberá entregar su informe a Transbank S.A. y la FNE a más tardar el 30 de abril de 2022”⁶¹.

Nuevamente, se debe resaltar que ningún PSP reclamó por la aprobación de la figura del Panel de Expertos, su designación o atribuciones –pese a que sí se presentaron reclamaciones por otras razones–, lo que es demostrativo de que, a juicio de todos los involucrados, se trataba de un mecanismo plenamente válido y justificado para efectos de la fijación tarifaria del MA a PSP.

IV.4. Forma de dar cumplimiento a la Resolución N°67

Una vez más, la Compañía dio pronto cumplimiento a lo resuelto en esta sede. Para ello, a partir de la notificación de la Resolución N°67, puso término al régimen transitorio de subsidios, entrando a regir entonces la tabla de doble entrada para la determinación del MA respecto de

⁵⁹ H. Tribunal. Resolución N°67, considerando 259°.

⁶⁰ H. Tribunal. Resolución N°67, resuelvo 1.1.

⁶¹ H. Tribunal. Resolución N°67, resuelvo 5°.

aquellos PSP que se habían beneficiado del congelamiento de precios. En segundo lugar, hizo los ajustes dispuestos en el punto 1.1. del resuelvo 1° de la Resolución N°67 en lo relativo a la tarifa cobrada a los PSP. Por ello, a partir del 28 de octubre de 2021, la Compañía comenzó a cobrar a SumUp una tarifa de MA [x]% para débito y crédito⁶².

En tercer término, dado que el propio H. Tribunal había dado un plazo acotado para que el Panel de Expertos entregara su informe –a más tardar el 30 de abril de 2022– Transbank y la FNE comenzaron diligentemente el proceso de nombramiento de sus integrantes, el que, en definitiva, quedó compuesto del siguiente modo: **(i)** la FNE nombró al experto en regulación y profesor de la Universidad del Desarrollo don Manuel Willington; **(ii)** Transbank propuso al decano de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y experto en tarificación, don José Miguel Sánchez; y, **(iii)** ambas partes, de mutuo acuerdo, designaron como presidente del Panel de Expertos a don José María Rodríguez de la prestigiosa consultora inglesa *Frontier Economics* (que de hecho, fue contactada inicialmente por la FNE).

Cabe destacar que la FNE estuvo involucrada activamente durante todo el proceso de funcionamiento del Panel de Expertos, desde su constitución hasta la entrega del informe final (“Informe”). Es más, al igual que Transbank, tuvo la oportunidad de realizar observaciones al informe preliminar entregado por el Panel de Expertos con fecha 31 de marzo de 2022, y respecto de las cuales el Panel de Expertos se hizo cargo expresamente en su Informe de fecha 29 de abril del mismo año. Copia de dicho documento se acompaña bajo confidencialidad en el primer otrosí de esta presentación.

Parece pertinente resaltar también que el Informe fue aprobado de manera unánime por los miembros del Panel de Expertos, y que no existió objeción alguna de la FNE –autoridad competente para velar por el cumplimiento de las resoluciones dictadas en sede de libre competencia⁶³– a su contenido.

En lo que resulta relevante para el objeto de autos, dicho Informe concluyó que Transbank debía realizar una serie de ajustes a su modelo de costos, los que tuvieron impacto en el MA cobrado a los PSP. Por cierto, algunos de los cambios fueron en beneficio de los PSP, mientras que otros efectivamente implicaron un alza en su tarifa, así como una reducción del diferencial entre el MA cobrado a Comercios y el cobrado a PSP; pero es fundamental recalcar que tales cambios se realizaron por Transbank siguiendo lo que el Panel de Expertos indicó en su Informe. En los pocos casos en que fue necesario hacer alguna interpretación respecto de las recomendaciones del Panel de Expertos, éstas fueron expresamente informadas a la FNE sin que dicha institución

⁶² Véase cifra [8] del Anexo Confidencial.

⁶³ DL 211, artículo 39, inciso segundo letra d) “Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley”.

manifestara algún reparo fundado a la forma en que Transbank había interpretado las recomendaciones.

En concreto, los servicios prestados por la Compañía a PSP que, a partir de las indicaciones realizadas por el Panel de Expertos, sufrieron modificaciones en el modelo de costeo son los siguientes⁶⁴:

- (i) *Procesamiento y Compensación de Transacciones*. El Informe solicitó distinguir entre los costos de PSP y de Operadores⁶⁵.
- (ii) *Atención de requerimientos de los Comercios*. El Informe indicó que lo correcto sería utilizar el número de llamadas de *call center* para distribuir los costos de este servicio entre PSP y No PSP⁶⁶.
- (iii) *Gestión de controversias*. El Panel de Expertos indicó que este servicio debía incluirse en el costo PSP, utilizando el número de controversias para distribuir los costos entre PSP y No PSP⁶⁷.
- (iv) *Captura y autorización adquirente*. El Informe señaló que este servicio también debía incluirse entre los costos PSP, utilizando el número de transacciones para distribuir los costos entre PSP y No PSP⁶⁸. Además, el Informe dispuso que debía incluirse en la estructura de costos a considerar para la determinación del MA cobrado a los PSP, aquellos costos centrales que dan acceso a los canales presenciales (POS y *Host to Host*⁶⁹) y a los canales no presenciales (Webpay y PatPass), y que se debían eliminar aquellos relacionados con el dispositivo *pinpad*, pues éste debía ser considerado como un servicio adicional⁷⁰.
- (v) *Afiliación comercial*. El Panel de Expertos consideró que este servicio debía mantenerse en el margen adquirente de los PSP⁷¹.

⁶⁴ Cabe recordar que como se ha indicado al H. Tribunal en otras oportunidades y consta en la Resolución N°67, Transbank clasifica su rol adquirente en las siguientes actividades o servicios: (i) afiliación a Comercios; (ii) captura y autorización adquirente; (iii) recepción y envío de transacciones; (iv) procesamiento y compensación de las transacciones; (v) atención de los requerimientos de los Comercios; (vi) atención a Comercios; (viii) gestión de controversias; (viii) explotación comercial; y, (ix) servicios a extranjeros.

⁶⁵ Informe, pp.15 y siguientes.

⁶⁶ Informe, p.22.

⁶⁷ Informe, p.20.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ El Informe lo define como "(...) una solución para comercios que centralizan en su propio host las transacciones de sus diferentes locales y punto de venta, por lo que Transbank sólo establece una conexión directa entre su servidor y el del comercio. Esta solución se ofrece típicamente a comercios grandes y no se ofrece a PSP" (p.5).

⁷⁰ Informe, p.10.

⁷¹ Informe, p.15.

- (vi) *Explotación comercial.* El Informe señaló que este servicio debía mantenerse como parte de los costos aplicables a los PSP y consideró adecuado distribuirlos en función de la dedicación de las personas de la gerencia comercial y de marketing a los diferentes segmentos de clientes⁷².
- (vii) *Atención a Comercios.* El Panel de Expertos indicó que lo correcto para distribuir los costos de este servicio sería utilizar el número de llamadas de *call center*, distinguiendo entre PSP y No PSP⁷³.

Según se verá, todos estos ajustes en la metodología de costeo de los servicios prestados a los PSP, indicados por expertos independientes bajo la supervigilancia de la FNE, derivaron en un cambio en el cálculo de los MA que correspondía cobrar a los PSP. El efecto neto de los cambios introducidos por las recomendaciones del Panel de Expertos fue de un aumento en el MA de los PSP y una baja correlativa en el MA de los Comercios.

Con fecha 9 de mayo de 2022, sólo unos días después de que el Panel entregara su Informe, Transbank sostuvo una reunión con la FNE, a solicitud de ésta, en la cual la Compañía constató lo anterior e informó cómo cumpliría con las recomendaciones incluidas en el Informe. Lo anterior se tradujo luego en la presentación de una Carta Gantt por parte de la Compañía⁷⁴, la que se revisó juntamente con la FNE en una reunión. Es decir, la autoridad fiscalizadora de libre competencia estuvo activamente involucrada en la fase de elaboración del citado Informe y, luego, desde un principio, tuvo conocimiento de la forma de implementación de las recomendaciones entregadas a Transbank, a sabiendas del efecto que éstas tendrían en el MA cobrado a Comercios y, en particular, a los PSP. La instrucción general de la FNE siempre fue la de implementar las referidas recomendaciones, a la brevedad posible, a pesar de los impactos que éstas pudieran tener en los clientes, dado que eran resultados propios de una tarificación que respondía a lo instruido en la Resolución N°67.

En ese contexto, el 15 y el 27 de julio del mismo año, la Compañía realizó presentaciones detalladas a la FNE en las que se analizaban los impactos de la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos y se planteaban dudas respecto de cómo ejecutar algunas de ellas que, aplicadas sin más, tendrían un impacto relevante de alza de costos para ciertos clientes; resultado que, por cierto, Transbank buscaba evitar. Copias de dichos antecedentes se acompañarán en la oportunidad procesal correspondiente.

En dichos documentos, se observa con claridad que Transbank llamó la atención de la FNE, en particular, respecto de que la materialización de las recomendaciones del Panel de Expertos

⁷² Informe, p.23.

⁷³ Informe, p.24.

⁷⁴ La Carta Gantt con el cronograma de implementación fue enviada a la FNE con fecha 23 de mayo de 2022.

implicaría un alza en el MA cobrado a los PSP; e, incluso, entregó un detalle respecto de cómo los nuevos MA impactarían a cada uno de los PSP u Operadores. En concreto, la Compañía observó que, al aplicar las recomendaciones del Informe, el *costo económico* de prestar servicios a Comercios bajaba, mientras que, en cambio, el *costo económico* de prestar servicios a PSP subía. Incluso, Transbank advirtió que, entre los PSP, uno de los que resultaría más impactado sería SumUp.

La FNE desde ese momento no entregó una respuesta formal respecto de estas observaciones concretas, sino que se limitó a insistir de manera genérica en la importancia de dar cumplimiento a las recomendaciones realizadas por el Panel de Expertos en cumplimiento de la Resolución N°67 –cuestión con la que Transbank siempre concordó, sin perjuicio de advertir las consecuencias que, en mayor o menor medida, se derivarían para los distintos clientes–. A la fecha, Transbank sigue esperando una validación por parte de dicha autoridad antes de implementar las tres recomendaciones que mayor impacto tendrían en las tarifas a cobrar tanto a PSP como Comercios⁷⁵.

IV.5. Lo resuelto por la Excma. Corte Suprema respecto de la Consulta de Transbank

En paralelo, luego de que el Informe del Panel de Expertos ya había sido emitido y que Transbank estaba trabajando en su implementación conforme a la Carta Gantt enviada a la FNE y bajo la supervisión de ésta, con fecha 8 de agosto de 2022, la Excma. Corte Suprema pronunció la Sentencia CS 2022, que resolvió los recursos de reclamación presentados en contra de la Resolución N°67 del H. Tribunal, relativa a la Consulta de Transbank. En definitiva, el máximo tribunal optó por revocar dicha resolución, en los siguientes términos:

“[se] rechaza la consulta planteada por la empresa Transbank S.A. en relación al sistema tarifario que ha adoptado, en calidad de autorregulación, en relación con comercios y emisores, por un lado y con proveedores de servicios para procesamiento de pagos y operadores que deseen interconectarse con la compañía, en el contexto de los servicios de adquisición que se encuentra prestando en el modelo de cuatro partes”.

En palabras de la Excma. Corte, dicha decisión regiría sólo desde su ejecutoria, sin efecto retroactivo⁷⁶. Si bien la Sentencia CS 2022 rechazó la Consulta de Transbank, sin ordenar en lo resolutivo cambios específicos al plan tarifario de la Compañía, de todos modos, en sus considerandos, se refirió a una serie de principios o criterios para la regulación y funcionamiento del sistema de pagos con tarjetas, entre ellos, **(i)** la importancia del principio de autofinanciamiento de la Compañía –entendiendo por éste, que el MA cobrado por Transbank tanto a Comercios como a PSP debe reflejar estrictamente sus costos–; y, **(ii)** la eliminación de todo tipo de diferenciaciones en el cobro del MD –ergo, en lo que respecta a Transbank, del

⁷⁵ En las presentaciones que la Compañía ha efectuado a la FNE incluso se han formulado propuestas en torno a cómo podrían minimizarse los impactos en los clientes, sin que la FNE haya manifestado su parecer en relación con tales propuestas.

⁷⁶ Sentencia CS 2022, considerando 34°.

MA—, para en su reemplazo establecer una tarifa fija y única de carácter pública, motivada, razonable, de general aplicación, no discriminatoria y respetuosa de la garantía de igualdad ante la ley. En palabras del máximo tribunal:

“(…) el merchant discount —o, bajo el M4P, el margen adquirente— debe permitir a la empresa autofinanciarse y, en ese entendido, debe reflejar estrictamente sus costos (…)”⁷⁷.

“(…) resulta indispensable que las tarifas sean fijas y no máximas, puesto que, de otra forma, la construcción del sistema únicamente contribuye a exacerbar la posición dominante de la empresa y permite que tales descuentos discriminatorios se erijan como una barrera de entrada a futuros participantes que disputen dicha posición en el mercado”⁷⁸.

“(…) es la autoridad administrativa correspondiente y no esta sede la llamada a regular el sistema de pagos y determinar concretamente los cobros respectivos integralmente, con prontitud, entregando certeza y estabilidad a todos quienes forman parte del modelo imperante.

Por consiguiente, a esta Corte no le cabe más que reiterar los criterios ya consignados en la sentencia Rol N°24.828-2018, en orden a que el merchant discount, en todos sus componentes, debe ser público, motivado, objetivo, razonable, de general aplicación, no discriminatorio y respetuoso de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, principios generales que se mantienen aun cuando el modelo bajo el cual se organice el mercado cambie, por cuanto rigen para cualquier sistema de fijación de precios (…)”⁷⁹.

En definitiva, a partir de esos criterios de la Sentencia CS 2022, quedó claro que, a juicio de nuestro máximo tribunal, no resultaba compatible con la libre competencia que el sistema tarifario de Transbank contemplase descuentos por volumen y/o por ticket promedio, sino que se debía establecer un MA único de tipo fijo y no máximo⁸⁰ sin que la Excma. Corte Suprema indicara su valor. Con ello, la tabla de doble entrada utilizada por Transbank a partir de la Resolución N°67, que contenía MA máximos a PSP y distintos descuentos, debió necesariamente ser modificada luego de que el H. Tribunal dictara el *cúmplase*, con fecha 18 de agosto de 2022, pues, de lo contrario, la Compañía corría el riesgo de ser acusada de mantener vigente una estructura de tarifas que la Sentencia CS 2022 había declinado aprobar.

IV.6. Forma de dar cumplimiento a la Sentencia CS 2022

De este modo, a partir del 18 de agosto del 2022, Transbank se vio en la obligación de modificar nuevamente el sistema tarifario a que se refería la Consulta, implementando lo que, a su mejor

⁷⁷ Sentencia CS 2022, considerando 14°.

⁷⁸ Sentencia CS 2022, considerando 19°.

⁷⁹ Sentencia CS 2022, considerando 33°.

⁸⁰ Sentencia CS 2022, considerandos 17° a 21°.

saber y entender, y tras un cuidadoso análisis fáctico, jurídico y económico, interpretaba de mejor manera los lineamientos o principios generales entregados por la Sentencia CS 2022⁸¹.

Para ello, la Compañía lógicamente utilizó como base las recomendaciones realizadas por el Panel de Expertos, pues, si bien la Sentencia CS 2022 dejó sin efecto la Resolución N°67, Transbank entendió —y sigue entendiendo— que las recomendaciones realizadas por dichos expertos independientes eran —y siguen siendo— plenamente válidas, al estar en línea con los criterios fijados por las autoridades de libre competencia para la realización de procesos tarifarios procompetitivos; especialmente, en la importancia de un análisis técnico previo y en la necesidad de asegurar un autofinanciamiento a la Compañía que se encuentre respaldado seriamente. La propia FNE también lo ha entendido así, razón por la cual ha instado por la implementación de las recomendaciones del Informe⁸². De hecho, ha señalado explícitamente que los costos de Transbank “(...) fueron analizados por el Panel de Expertos que se conformó en virtud de lo dispuesto por la Sentencia N°67, encontrándose hoy establecidos los criterios objetivos para determinar la tarifa de MA que permite el autofinanciamiento de Transbank, en línea con lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema”⁸³.

En ese contexto, con fecha 22 de agosto de 2022, la Compañía procedió a fijar un MA único y fijo, esto es, sin los descuentos que la Excma. Corte había desaprobado, de tipo plano, para Comercios y para cualquier PSP (en este último caso, descontado el diferencial correspondiente a los distintos costos de proveer servicios a ambos tipos de clientes según lo dispuesto por el Panel de Expertos), expresado en Unidades de Fomento (“UF”). Así, toda transacción, independiente de su rubro, monto o establecimiento, pagaría exactamente el mismo MA, distinguiéndose sólo según si se trataba de una tarifa a Comercios o a PSP y Operadores, y del tipo de tarjeta utilizada (de crédito o de débito/prepago). De este modo, se terminó con las tablas de doble entrada por volumen de transacciones y ticket promedio que, de acuerdo con la Sentencia CS 2022, no se ajustarían al DL 211. En específico, las tarifas informadas a PSP el 22 de agosto de 2022 fueron las siguientes:

⁸¹ Tal como indicó la FNE en el ¶8 de la Resolución N°544, de fecha 29 de septiembre de 2022, “(...) el considerando 34° de la Sentencia es explícito en señalar que ‘[...] esta decisión rige desde su ejecutoria’, que esta Fiscalía considera que debe computarse desde el día 18 de agosto pasado, con la dictación de la resolución de ‘cúmplase’ por el H. TDLC”.

⁸² Véase, por ejemplo: FNE. Oficio Ord. 1431, ¶41.

⁸³ FNE. Presentación de folio 479 en autos Rol NC N°463-2020, ¶38.

Imagen N°2

Tarifas a PSP informadas el 22 de agosto de 2022

Tarifas Comercios PSP			
Concepto	Tarifas PSP*		
	Crédito	Débito	Prepago
Tarifa Transbank: Margen adquirente por transacción (UF)	0,002056	0,001544	0,001544

Fuente: Transbank

Para efectos de implementar el mencionado ajuste, se consideraron los costos relativos al año 2020, que eran los mismos analizados en el Informe, pues los costos económicos del año 2021 estaban a esa fecha en proceso de cálculo conforme a los parámetros validados por el Panel de Expertos.

Es importante recalcar, H. Tribunal, que estas nuevas tarifas no implicaron para Transbank ingreso adicional alguno. En efecto, la Compañía continuó cobrando sólo una tarifa fijada a *costo económico*, siguiendo lo indicado por el Panel de Expertos independientes y cumpliendo a cabalidad con el principio de autofinanciamiento. La recaudación sigue siendo aquella suficiente para remunerar el *costo económico* y sólo cambió la forma de calcular las tarifas aplicables a cada cliente (PSP y Comercios).

De este modo, el cambio de tarifa informada el 22 de agosto de 2022 por Transbank a Comercios y PSP –entre ellos, SumUp– se explica lisa y llanamente por: **(i)** la necesidad de reemplazar el sistema tarifario que el máximo tribunal resolvió no aprobar, por uno que reflejara los criterios generales contenidos en la Sentencia CS 2022, en cuanto son aplicables al MA, único componente del MD que se encuentra bajo el control de Transbank, cuestión que derivó en la fijación de una tarifa única y plana, sin descuentos por volumen ni diferenciaciones por monto de ticket promedio; y, **(ii)** la materialización de las recomendaciones técnicas y objetivas entregadas por el Panel de Expertos, cuyo trabajo, según se explicó, fue validado expresamente por la FNE. Precisamente, a partir de la implementación de tales recomendaciones es que el diferencial entre el MA cobrado a Comercios y a PSP pasó de 27,35% a uno de entre 6,3% y 9,7%, según el tipo de tarjeta.

La decisión de implementar el nuevo MA en los términos recién expuestos para cumplir con los criterios contenidos en la Sentencia CS 2022 y las recomendaciones del Panel de Expertos fue debidamente informada a la FNE por medio de una comunicación enviada con fecha 23 de agosto del presente año, solicitándose a dicha autoridad fiscalizadora ratificar que los cambios implementados por la Compañía cumplían con la normativa de defensa de la libre competencia.

Lamentablemente, recién un mes después la FNE manifestó tener una interpretación diversa respecto de la forma en que Transbank debía implementar su nuevo modelo tarifario, divergencia que puede observarse al revisar: **(i)** el Oficio Ord. 1431 de fecha 22 de septiembre de 2022 (“Ord. 1431”); **(ii)** el Oficio Ord. 1461 de fecha 30 de septiembre de 2022 (“Ord. 1461”); **(iii)** la Resolución Exenta N°544 de la misma fecha (“Resolución 544”), todos de la FNE; así como **(iv)** el recurso de reposición presentado por Transbank en sede administrativa, en contra del Ord. 1431 (“Recurso de Reposición”), el que fue rechazado por la FNE⁸⁴. Copias de tales documentos se acompañan en el primer otrosí de esta presentación.

En lo que resulta relevante para el presente litigio, junto con manifestarse a favor de un MA fijo de tipo porcentual, en vez de un MA con un valor único expresado en UF por transacción⁸⁵, la FNE dispuso que “[r]especto de las tarifas a PSP y recaudadores, éstas se deben calcular restando al 0,40% el diferencial entre el MA para comercios y el MA para PSP y recaudadores, en base a costos actualizados y auditados, respecto de servicios y actividades efectivamente prestadas a éstos, que cumplan estricta y completamente con los criterios señalados por el Panel de Expertos y previa revisión por esta Fiscalía. De manera transitoria, y mientras cumple con lo señalado precedentemente, podrá considerar el diferencial aplicado hasta antes del 22 de agosto de este año”⁸⁶.

En el Recurso de Reposición, Transbank hizo presente a la FNE que, en primer lugar, al objetar la estructura plana en UF implementada por la Compañía y exigir un MA único en términos porcentuales, además de no darse cuenta de un lineamiento contemplado en la Sentencia CS 2022, se generarían graves distorsiones anticompetitivas entre Adquirentes y se afectaría la cobertura del sistema de pagos con tarjetas. En particular, respecto de las transacciones de montos altos, se daría lugar a un MA de montos potencialmente exorbitantes que carecerían de justificación, y que terminarían por excluir a estas transacciones del sistema, aumentando la litigiosidad en el mercado de pagos, pues precisamente los Comercios con transacciones de montos altos fueron algunos de los que cuestionaron la Resolución N°67. Por su parte, en cuanto a las transacciones de bajo valor, un MA único porcentual implicaría que muchas de éstas quedarían bajo el costo medio de largo plazo, lo que impediría cumplir con el principio de autofinanciamiento y podría generar efectos potencialmente exclusorios entre Adquirentes, además de generar subsidios cruzados forzosos entre Comercios⁸⁷. Lamentablemente, estos argumentos no fueron tomados en consideración por la autoridad fiscalizadora de libre competencia⁸⁸.

⁸⁴ Véase, FNE, Resolución Exenta N°544, de fecha 29 de septiembre de 2022.

⁸⁵ FNE, Ord. 1431, ¶20 letra c y ¶21.

⁸⁶ FNE, Ord. 1431, ¶41.

⁸⁷ Recurso de Reposición, ¶16 considerando 4°.

⁸⁸ FNE, Resolución Exenta N°544, de fecha 29 de septiembre de 2022, ¶11: “Que, finalmente, respecto de los argumentos, juicios y conclusiones comunicados a la Recurrente mediante el Ord. N°1431, no se han presentado nuevos antecedentes que hagan variar la opinión contenida en él”.

Luego, con fecha 28 de septiembre de 2022, Transbank informó a la FNE del estado de implementación de las recomendaciones realizadas por el Panel de Expertos y solicitó la aclaración de dudas respecto a ciertas indicaciones del Informe, para así poder dar cumplimiento al Ord. 1431. En específico, en cuanto al costeo por canal (POS, *Host to Host*, Webpay y PatPass)⁸⁹, la Compañía le planteó a la FNE que, si bien ya se había implementado el costo unitario por canal en el costeo correspondiente al año 2021, no era claro cómo ello podía compatibilizarse con una tarificación que cobrase un único MD –o, en lo que compete a Transbank, un mismo MA– para todos los PSP.

Así, se llamó la atención de la FNE respecto a que:

“(…) una tarificación del margen adquirente que distinguiera por canal implicaría costos más elevados para un número importante de PSP que utilizan en forma prioritaria o exclusiva el canal Webpay, que resulta ser el canal más caro siguiendo la metodología de costeo indicada en el Informe.

Por lo tanto, solicitamos respetuosamente vuestra aclaración para determinar cómo cumplir con lo indicado en el Oficio [Ord. 1431], al existir dos puntos inconsistentes entre sí, o en subsidio, declarar que lo indicado en el referido párrafo [¶13 del Ord. 1431] no rige en atención a la exigencia de cobrar un merchant discount único que no diferencia por ningún concepto entre Comercios, por una parte, y PSP por la otra”⁹⁰.

Junto con lo anterior, se le mostraron a la FNE los impactos que la tarificación por canal tendría en los distintos clientes de la Compañía, tanto Comercios como PSP y se le hizo ver la complejidad de tener 19 MA distintos según el tipo de cliente (Comercio, PSP, recaudadoras y Operadores), el canal (POS, *Host to Host*, Webpay y PatPass) y el tipo de tarjeta (crédito o débito/prepago). Pese a que la Compañía mostró su plena disposición a trabajar junto a la FNE para encontrar una solución interpretativa que generara los menores impactos a los distintos actores que forman parte del sistema de pagos, la FNE optó por ignorar las sucesivas peticiones aclaratorias de Transbank, yendo directo al H. Tribunal a solicitar el cumplimiento forzoso de la Sentencia CS 2022, no sólo respecto de Transbank sino también, esta vez, en contra de sus accionistas⁹¹⁻⁹². Si bien, inicialmente dicha solicitud fue admitida, luego, conociendo de un

⁸⁹ El Informe del Panel de Expertos indicó que la Compañía debería evaluar los costos unitarios por canal y generar tablas de MA diferenciadas por canal en caso de que los costos fuesen distintos.

⁹⁰ Presentación de Transbank a la FNE, titulada “Informe estado de implementación y solicita aclaración de dudas con respecto a indicaciones del panel de Expertos en el costeo 2021”, de fecha 27 de septiembre de 2022, p.4.

⁹¹ Véase presentación realizada por la FNE el 3 de octubre de 2022, rolante a fojas 479 en causa Rol NC N°463-2020.

⁹² En específico, respecto de la tarifa a cobrar a PSP, la FNE indicó en el ¶76 que: “*En suma, respecto de las tarifas a PSP y recaudadores, éstas se deben calcular restando al MD fijado para establecimientos comerciales el diferencial entre el MA para comercios y el MA para PSP y recaudadores, en base a costos actualizados y auditados, respecto de servicios y actividades efectivamente prestadas a éstos, que cumplan estricta y completamente con los criterios señalados por el Panel de Expertos y previa revisión por esta Fiscalía. De manera transitoria, y mientras se cumple con lo señalado precedente, podrá considerarse el diferencial aplicado hasta antes del 22 de agosto de este año*”.

recurso de nulidad con reposición en subsidio presentado por Transbank, el H. Tribunal decidió rechazarla⁹³.

Sobre la improcedencia de pedir el cumplimiento forzoso de una resolución que se limita exclusivamente a rechazar una consulta, se vuelve *infra* en la sección V de esta presentación. Por el momento, basta destacar que la interpretación dada por la FNE a la Sentencia CS 2022 es, a juicio del H. Tribunal, errada⁹⁴; y, que, siempre actuando de buena fe, Transbank buscó en todo momento contribuir al establecimiento de una estructura tarifaria que resultase plenamente compatible con el DL 211, a la luz de los lineamientos generales expresados por nuestro máximo tribunal en la Sentencia CS 2022 y las recomendaciones del Panel de Expertos.

Tan cierto es lo anterior, que el 27 de septiembre de 2022 –sólo cinco días después de recibir el Ord. 1431 e incluso antes de que la FNE presentara su solicitud de cumplimiento forzoso, el 3 de octubre de ese mismo año–, Transbank se allanó a cumplir la solicitud de la FNE en cuanto a suspender temporalmente la aplicación de las recomendaciones del Panel de Expertos en lo relativo a la reducción del diferencial entre la tarifa a cobrar a los Comercios y aquella aplicable a los PSP, manteniendo así transitoriamente un MA para PSP que reflejara el diferencial aplicado con anterioridad al 22 de agosto, de 27,35%⁹⁵. Ello, incluso a pesar de que, en opinión de la Compañía, ese diferencial sería errado técnicamente, pues no se condice con el análisis y recomendaciones objetivas y –precisamente– técnicas realizadas por el Panel de Expertos independientes; y, en ese sentido, no representaría realmente el *costo económico* que para Transbank implica prestar servicios a PSP. Asimismo, se incorporó a las recaudadoras como una nueva categoría de clientes y se les aplicó las mismas tarifas que a los PSP, acogiendo también a este respecto los planteamientos de la Fiscalía⁹⁶. De ahí que, según indica SumUp en los ¶¶125 y 126 de la Demanda, se aplicó una nueva tarifa de MA para PSP a fines de septiembre de 2022, que

⁹³ H. Tribunal. Resolución de fecha 9 de noviembre de 2022 en la causa Rol NC N°463-2020: “(...) *En consecuencia, y atendido que, en su parte resolutive, la Sentencia se limita a rechazar la consulta de Transbank S.A. en relación con el sistema tarifario consultado, la solicitud de cumplimiento forzoso carece de objeto*”.

⁹⁴ Informe emitido por el presidente del H. Tribunal señor Nicolás Rojas Covarrubias y las señoras ministras Daniela Gorab Sabat y María de la Luz Domper Rodríguez, mediante Ordinario N°235, de fecha 30 de diciembre de 2022, en autos Rol N°141.301-2022, ¶¶14 y 15: “*La FNE, ante la negativa de Transbank a adoptar la propuesta tarifaria de ese organismo público en el marco de la investigación N° 2710-22, tergiversa el sentido de ciertas declaraciones efectuadas en la parte considerativa de la misma para construir un relato que culmina en una supuesta obligación de Transbank de adoptar ciertas conductas concretas, sujetas a principios y criterios que infiere de su lectura de la parte considerativa de la Sentencia 2022. Con todo, incluso siguiendo la argumentación de la FNE, el cumplimiento forzoso resulta inadecuado.*

15. Como se aprecia de la misma solicitud de cumplimiento de la FNE, esta requiere de una serie de labores interpretativas respecto al alcance y determinación de la obligación de Transbank, así como la adopción de definiciones regulatorias por parte del Tribunal que no se condicen con un derecho indubitado y una obligación especificada como las que pueden ejecutarse forzosamente en virtud del artículo 238 del CPC. En efecto, los procedimientos compulsivos para lograr el cumplimiento de una obligación requieren que esta esté perfectamente determinada en su especie, o en su género o cantidad. Nada más lejos de la supuesta obligación cuyo cumplimiento pretende la FNE, en cuanto solicita que se fije un merchant discount único de 0,40% por transacción, tanto para tarjetas de crédito, débito o prepago, u otro nivel ‘que el H. Tribunal podría determinar’ (folio 479, § 61, p. 21), junto a la fijación de ‘comisiones distintas’ para procesadores de servicios de pago y empresas recaudadoras (folio 479, § 72 y 75, p. 24)”.

⁹⁵ Ord. 1431, ¶41.

⁹⁶ Ord. 1431, ¶41.

implicó una rebaja respecto del último ajuste realizado el mes anterior, derivada de la aplicación del ¶41 del Ord. 1431.

En concreto, la tarifa de MA que correspondía aplicar a SumUp habría sido la siguiente:

Imagen N°3

Tarifas a PSP informadas el 27 de septiembre de 2022

Tarifas Comercios PSP			
Concepto	Tarifas PSP*		
	Crédito	Débito	Prepago
Tarifa Transbank: Margen adquirente por transacción (UF)	0,001594	0,001242	0,001242

Fuente: Transbank

Decimos que habría correspondido aplicar a SumUp esa tarifa, pues con fecha 15 de septiembre de 2022, el H. Tribunal ordenó a Transbank “(...) *no aplicar a SumUp Chile SpA el alza informada en carta de 22 de agosto de 2022 ni efectuar cualquier otra alza de tarifa a su respecto*”⁹⁷, con lo que, en definitiva, SumUp no se vio obligada a pagar la nueva tarifa.

Además, atendido el rechazo del Recurso de Reposición interpuesto por la Compañía ante la FNE; y, nuevamente, dados los criterios de la Sentencia CS 2022, Transbank trabajó rápidamente en el análisis de diversas alternativas de cobro de un MA fijo y plano, para efectos de lo cual comparó diversos escenarios y evaluó sus efectos en los Comercios y PSP. Todos estos escenarios fueron presentados a la FNE mediante una carta de fecha 13 de octubre de 2022, cuya copia será acompañada en la oportunidad procesal pertinente.

En el primer escenario analizado por Transbank (“Escenario 1”), se simuló un MA plano porcentual por transacción, siguiendo los –a juicio de la Compañía– errados criterios del Ord. 1431 y la Resolución 544, observándose que “*dos tercios de los comercios mantendrían o bajarían sus tarifas, lo que representa un 31% de las ventas y un 62% de las transacciones. Pero, con la fijación de un MA fijo porcentual, cerca de un 29% de los comercios estaría operando bajo el costo medio variable (‘CMV’) de Transbank. En el caso de los PSP, seis de ellos operarían bajo el CMV de Transbank*”⁹⁸.

Lógicamente, como la solución del Escenario 1 no permite cubrir los CMV de Transbank para un número importante de clientes, de implementarse, se distorsionaría la competencia entre Adquirentes y Subadquirentes, por un lado, y entre Operadores y Procesadores Adquirentes, por

⁹⁷ H. Tribunal. Resolución de folio 25, en causa Rol CN°458-2022. Dicha medida se mantuvo por orden del H. Tribunal en resolución de folio 14, en estos autos.

⁹⁸ Presentación de Transbank ante la FNE, de fecha 13 de octubre, p.3.

el otro; se generarían subsidios cruzados entre clientes; se atentaría contra el principio de autofinanciamiento de la Compañía; y se iría contra pronunciamientos pasados de la propia FNE⁹⁹. Por esa razón, Transbank optó por presentar otras dos alternativas de tarificación adicionales para la consideración de la citada autoridad de libre competencia.

El segundo escenario (“Escenario 2”) evaluó la posibilidad de establecer una tarifa de dos partes, con un componente de MA fijo, en UF, que cubriera los CMV, y otro adicional, de tipo porcentual. Con ello, según se le indicó a la FNE, dos tercios de los Comercios bajarían o mantendrían sus tarifas, al igual que en el Escenario 1, y ninguno de ellos operaría con un MA bajo el CMV de Transbank. Por su parte, el 44% de los PSP bajarían sus tarifas y ninguno quedaría operando con un MA bajo el mencionado CMV¹⁰⁰.

Finalmente, en el tercer escenario (“Escenario 3”), la Compañía modeló un MA porcentual con límites de tarifa mínima y máxima, en UF. Dicho mecanismo también permitiría asegurar que ningún cliente pague un MA que esté por debajo del CMV de Transbank y, al mismo tiempo, evitar que la Compañía recaude por sobre el *costo económico* de sus actividades. En este Escenario 3, los efectos en los Comercios y PSP serían los mismos que en el Escenario 2¹⁰¹. No obstante, este escenario se estima más complejo de implementar e informar a los clientes, por lo que sería subóptimo en relación con el Escenario 2.

En esa oportunidad, se solicitó explícitamente a la FNE evaluar la información entregada, ponderarla e indicar si, sobre la base de estos nuevos antecedentes, mantenía su interpretación inicial en cuanto a que Transbank debía, en la opinión del ente fiscalizador, necesaria y exclusivamente implementar el Escenario 1 (MA único porcentual), o bien era factible que la Compañía optase por el Escenario 2 o el Escenario 3 que permitían asegurar que ningún cliente, Comercio o PSP, opere bajo el CMV. Sin embargo, a la fecha, la Compañía no ha recibido respuesta alguna de la FNE.

Finalmente, para terminar con este recuento de hitos, es importante mencionar un antecedente que la Demanda de SumUp lógicamente omite, por ser posterior a su presentación: a partir del 1° de noviembre del año pasado, Transbank implementó lo dispuesto por el Panel de Expertos pero con tarifas actualizadas, calculadas sobre la base de los costos del 2021 que ya se encontraban disponibles —pues, según se explicó, los cálculos anteriores utilizaron los costos correspondientes al año 2020 que eran los disponibles a ese momento—.

⁹⁹ La FNE había indicado que: *“En suma, si bien, por regla general, el sistema tarifario requiere evitar alzas de MD, ello en caso alguno puede conllevar precios bajo el costo o subsidios cruzados que hagan imposible a los competidores de Transbank ingresar y mantenerse en el mercado. Así, es relevante que Transbank no disponga de la facultad de fijar MD por debajo del nivel de costos directos asociados a la provisión del servicio de pago con tarjetas, lo cual incluye, según se indicó previamente, el margen adquirente, los costos de marca y los niveles de tasa de intercambio resultantes”* (escrito de folio 479 en autos Rol NC N°463-2020; ¶47).

¹⁰⁰ Presentación de Transbank en investigación Rol N°2710-22 FNE, de fecha 13 de octubre, p.4.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Este hecho es relevante, pues implicó una nueva rebaja en el MA, en comparación con las tarifas del 27 de septiembre de 2022. Todo lo anterior prueba que Transbank no tiene, en caso alguno, un ánimo exclusorio, destinado a perjudicar a los PSP para hacer inviable su operación. Lejos de ello, la Compañía no tiene inconveniente en implementar proactivamente rebajas en sus tarifas, si los datos de costo así lo mandatan.

Además, este cambio también muestra cómo Transbank mantiene una voluntad genuina de trabajar colaborativamente con las autoridades de libre competencia, pues: **(i)** es consistente con las exigencias realizadas por la FNE en su Ord. 1431, en cuanto a que debe propenderse a una tarificación basada en los costos más recientes de la Compañía (más aun, en abril de 2023 la Compañía actualizará las tarifas de MA según los costos auditados del año 2022); y, asimismo, **(ii)** mantiene el diferencial de 27,35% entre el MA cobrado a los Comercios y el MA aplicable a los PSP, al menos transitoriamente hasta que la FNE –o ahora el H. Tribunal– autorice la implementación del MA que corresponde a los PSP en función de las recomendaciones del Panel de Expertos.

Las tarifas implementadas el 1° de noviembre de 2022, sobre la base de los costos del 2021, son aquellas que se encuentran vigentes a esta fecha para la generalidad de los PSP que no se han beneficiado de medidas precautorias que mantengan las tarifas previas a la Sentencia CS 2022, según se puede observar en el sitio web de Transbank: <<http://go.fn.cl/dhf4p>>¹⁰².

En específico, a la Demandante actualmente le correspondería pagar la siguiente tarifa:

Imagen N°4

Tarifas a PSP desde el 1° de noviembre de 2022

Tarifas Comercios PSP		Tarifas PSP*	
Concepto	Crédito	Débito	Prepago
Tarifa Transbank: Margen adquirente por transacción (UF)	0,001302	0,001212	0,001212

Fuente: Transbank

Nuevamente, hablamos de la tarifa que correspondería pagar a SumUp, pues en cumplimiento de lo ordenado por el H. Tribunal, no se ha subido la tarifa cobrada a la Demandante.

Se observa entonces que Transbank no ha incurrido en cobros que vayan más allá de aquellos que le permiten su autofinanciamiento y que, tan pronto se tuvieron los nuevos costos del período 2021 y resultó que éstos eran menores a los del costeo del año anterior, tales bajas se tradujeron en nuevas tarifas ajustadas a la baja de MA a Comercios y PSP que las reflejaran.

¹⁰² Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023.

Así las cosas, H. Tribunal, si hay algo que es evidente, es la particular preocupación demostrada por la Compañía por asegurar un acceso abierto y no discriminatorio a sus servicios, tanto de adquirencia como de procesamiento adquirente, así como su genuino compromiso por contar con una estructura de tarifas acorde al DL 211. Para ello, Transbank ha desplegado todos sus recursos y ha acudido a las distintas autoridades que ha considerado como competentes con el objeto de avanzar oportunamente en la implementación de un sistema tarifario que recoja íntegramente los lineamientos generales que nuestro máximo tribunal ha enunciado en sus resoluciones y las recomendaciones técnicas y objetivas realizadas por el Panel de Expertos ordenado por la Resolución N°67, al tiempo que procure generar el menor impacto posible en los distintos actores de la industria de medios de pagos con tarjetas.

En ese sentido, mal puede reprochársele a la Compañía el incumplimiento de la Sentencia CS 2022 o el desarrollo de una práctica de estrangulamiento de márgenes en contra de SumUp o cualquier otro PSP. Por el contrario, los hechos prueban que Transbank ha desplegado sus máximos esfuerzos para estructurar sus tarifas de MA de modo tal que respeten la libre competencia en el desarrollo de su actividad económica. Es por esa razón que, precisamente, su modelo tarifario parte de la base de los principios de autofinanciamiento y no discriminación arbitraria, para lo cual efectúa sus cálculos considerando únicamente el *costo económico* de sus actividades. Nada más. En ese contexto, como explicaremos en la sección siguiente, es del todo implausible e inviable la acusación de que la Compañía tendría un interés exclusorio respecto de SumUp o de cualquier otro PSP; interés que por lo demás habría surgido recién en agosto del 2022, sin que antes ningún PSP hubiere formulado alegación alguna en ese sentido.

V.

El MA fijado por Transbank a los PSP no incumple ninguna orden judicial ni tampoco estrangula sus márgenes

Explicado el contexto y las fundadas razones que sustentan los cambios tarifarios del MA cobrado por la Compañía a los PSP, se vuelve evidente que ninguna de las imputaciones de SumUp es efectiva. Por el contrario, los hechos y antecedentes relatados *supra* prueban que Transbank no ha incumplido ninguna orden judicial y, asimismo, que en caso alguno se verifican los requisitos propios de la conducta anticompetitiva de estrangulamiento de márgenes. Por consiguiente, en la respetuosa opinión de la Compañía, la Demanda debe ser íntegramente rechazada, con costas.

V.1. Transbank no ha incumplido la Sentencia CS 2022 ni ninguna otra orden judicial

V.1.1. Actualmente, Transbank sólo puede ser juzgada por el MA, sin que sea en absoluto responsable de las TI o los CM

Previo al análisis de las erradas acusaciones de la Demandante, es importante aclarar que, hoy, la Compañía no es, en caso alguno, responsable por el actual nivel del MD en su totalidad, sino que únicamente de una fracción menor de dicho concepto: el MA. El H. Tribunal fue claro al señalar en su resolución de folio 41 que “(...) *la demanda da cuenta con claridad que la conducta imputada consiste en el alza de tarifas respecto de los PSP en general y de SumUp en particular, tarifa que corresponde al MA*”.

Tal como se describió *supra* en la sección I, desde que Transbank migró hacia un M4P, tanto las TI como los CM escapan por completo de su esfera de control, sin que la Compañía tenga hoy incidencia alguna en la determinación de estas dos últimas tarifas.

Es decir, hoy Transbank únicamente tiene injerencia o control en la determinación de su MA. Éste, como se explicó *supra* en la sección IV, se fija conforme con el *costo económico* de prestar los servicios inherentes a sus actividades de adquirencia y procesamiento adquirente, el cual, a su vez, es determinado de acuerdo con la metodología revisada por el Panel de Expertos¹⁰³.

Ni la Compañía ni ningún Operador están, por ejemplo, en condiciones de fijar unilateralmente unas TI que sean inferiores a las TI fijadas por las Marcas. No es efectivo que para Transbank sea plausible llegar a acuerdos bilaterales con los Emisores para fijar TI distintas, pues éstos no tienen ningún incentivo a otorgar voluntariamente su consentimiento para dichos efectos – particularmente cuando son competidores de Transbank–.

Esto sucede, en primer lugar, porque la Compañía compite directamente con un número importante de esos Emisores; más específicamente, con aquellos que están integrados verticalmente con su propia red de adquirencia y procesamiento adquirente: Getnet de Banco Santander-Chile; BCI Pagos del Banco de Crédito e Inversiones; y Compraquí de Banco Estado; además del proyecto de adquirencia que se encuentra desarrollando Scotiabank–. Estos Emisores integrados verticalmente en toda la cadena de medios de pago representaban conjuntamente a noviembre de 2022 entre un 55% y un 65%¹⁰⁴ de las ventas de Transbank. Así, el hecho de que

¹⁰³ Todo lo dicho es sin perjuicio de que, como se indicó *supra* en la sección V, respecto de unas pocas recomendaciones del Panel de Expertos en particular, la Compañía sigue a la espera de que la FNE le indique cómo, a su juicio, éstas deben implementarse, dados los impactos que éstas tendrían respecto de ciertos tipos de clientes. Esta situación fue reconocida explícitamente por la FNE en los ¶¶73-74 de su escrito de solicitud de cumplimiento forzoso de 3 de octubre de 2022, presentada en los autos Rol NC 463-2020 del H. Tribunal. Transbank ha dado cumplimiento, en todo cuanto le ha sido posible, a las recomendaciones del Panel de Expertos, no pudiendo ser hecha responsable del silencio o inactividad de la FNE sobre la materia.

¹⁰⁴ Véase cifra [9] del Anexo Confidencial.

estos Emisores sean también sus accionistas es completamente irrelevante¹⁰⁵. Los accionistas no competidores representan sólo entre un 25% y un 30%¹⁰⁶ del negocio de medios de pago de Transbank y llegar eventualmente a negociar con ellos potenciales bajas en las TI no cambiará el valor de las TI predominantes en el mercado.

Es decir, una proporción importantísima del parque de tarjetas de pago no estará dispuesta a negociar TI bilaterales que beneficien a su competidor directo en adquisición y procesamiento adquirente; y, de hecho, ni siquiera es evidente que ello sea recomendable que ocurra, por consideraciones de libre competencia (se trataría de negociaciones de precio entre competidores que estarían sujetas a estrictos tests).

Dicho en simple, Transbank no equivale a sus accionistas; de hecho, es lo opuesto a sus accionistas, quienes, en muchos casos, precisamente por ser en la actualidad competidores de la Compañía, han delegado el ejercicio de su propiedad en terceros fideicomisarios. Tal es el caso, en concreto, del Banco Santander-Chile, Banco Estado y Scotiabank¹⁰⁷. Incluso más, el 23 de enero de este año el Ministro de Hacienda, don Mario Marcel, junto al presidente de la Asociación de Bancos, don José Manuel Mena, anunciaron que los principales controladores de Transbank decidieron iniciar el proceso de venta de la Compañía en cuanto el Comité para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio (“Comité TI”) fije los límites definitivos de las referidas TI¹⁰⁸.

En segundo lugar, porque incluso si la propiedad accionaria de determinados Emisores en Transbank fuera relevante –no lo es–, la realidad es que no todos son accionistas en Transbank y algunos de quienes sí lo son tiene una participación ínfima (como Banco Falabella, que cuenta con un 0,000003% de las acciones de Transbank). Luego, no es efectivo que Transbank pueda negociar automáticamente con todos los Emisores existentes en el mercado sólo como consecuencia de su estructura de propiedad.

En tercer lugar, porque inclusive entre los Emisores que sí son accionistas de Transbank, la proporción de las participaciones de mercado en la emisión de tarjetas difiere de la proporción

¹⁰⁵ Al respecto el Oficio Ord. N°6545-2023 de la CMF señala: “*Mal podría la CMF forzar a asumir algún costo directo de la operación de una empresa a sus dueños en su balance, más aún cuando la participación de los distintos emisores bancarios en el uso del servicio de liquidación de Transbank y las participaciones en la propiedad de la SAG son tan disímiles. Tal es el caso de los bancos emisores que poseen una proporción mínima de propiedad y al mismo tiempo mantienen un gran parque de tarjetas que utilizan los servicios de operación de Transbank, y viceversa*”.

¹⁰⁶ Véase cifra [10] del Anexo Confidencial.

¹⁰⁷ En el caso del Banco Santander-Chile, también ha ordenado la venta de la propiedad en Transbank. Este proceso lleva ya varios años y no ha podido concretarse, debido fundamentalmente a la incertidumbre regulatoria que afecta a la Compañía, y a las pérdidas que ésta debió experimentar durante los años 2020 y 2021, producto de la absorción –de extensión temporal no voluntaria– de las alzas de las TI y CM por las Marcas –es decir, el diferencial entre los precios vigentes bajo el M3P y aquellos que imperaron bajo el M4P en ese período–.

¹⁰⁸ Véase la nota de prensa del Diario Financiero “Bancos ponen a Transbank a la venta: el camino que llevó a la decisión y los pasos que siguen”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/ey3l0>> [Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023]; y, la entrevista a don José Manuel Mena del diario La Tercera. Disponible en: <<http://go.fn.cl/v5v6i>> [Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023].

en la propiedad de la Compañía, de suerte que los incentivos que tienen cada uno de ellos son muy diferentes. Por ejemplo, un Emisor que tiene un 0,000003% de las acciones de Transbank, como es el caso de Banco Falabella, pero que tiene entre un 5 y un 10%¹⁰⁹ del total de las ventas con tarjetas (y participa como proveedor de servicios de procesamiento de pago en competencia con Transbank), difícilmente tendrá interés en pactar TI bilaterales más bajas que las TI provisionales vigentes¹¹⁰, pues sus ganancias como accionista de Transbank serían varias veces inferiores a sus pérdidas por concepto de menores TI. Un caso similar se da, entre otros, con Banco Estado, quien tiene un 8,72% de la propiedad en Transbank, mientras que tiene entre un 30% y 40%¹¹¹ del total de ventas con tarjetas, y una participación en débito de 50% (además de tener su filial adquirente Compraqui)¹¹². Esto fue refrendado por la CMF¹¹³.

Y, en cuarto lugar, deben tenerse en cuenta los incentivos que, en general, tienen los Emisores en relación con las TI (sean o no accionistas de Transbank). Siendo éstos ingresos directos para tales Emisores, la competencia no produce el efecto de incentivar a éstos a negociar bilateralmente la reducción de tales ingresos, pues no existen contraprestaciones evidentes que dichos Emisores obtengan como consecuencia de una reducción de las TI (mientras sus competidores siguen recibiendo TI superiores). Esto explica por qué, en la experiencia comparada, estas negociaciones bilaterales son de muy escasa ocurrencia. Suponer entonces que tales acuerdos bilaterales son una solución plausible y viable es ilusorio en lógica de los incentivos de los Emisores (particularmente de todos ellos en su conjunto o de una proporción importante de ellos, que es lo necesario para que dichos acuerdos bilaterales tengan un efecto real).

En definitiva, hoy la Compañía no tiene ningún control sobre la fijación de las TI, así como tampoco lo tiene en relación con los CM que son íntegramente fijados por las Marcas, por lo que únicamente puede hacerse responsable del nivel de su MA. En particular, los fondos de las TI ni siquiera pasan por sus manos, pues son descontados automáticamente al momento de la compensación de las transacciones. Y los CM son definidos por las Marcas por medio de actos jurídicos de adhesión respecto de los cuales un adquirente no tiene intervención alguna.

¹⁰⁹ Véase cifra [11] del Anexo Confidencial.

¹¹⁰ Mediante la Resolución Exenta N°1 de 2022, de fecha 4 de febrero de 2022, el Comité TI fijó límites provisionales a las tasas de intercambio, los que fueron fijados en 0,6% para tarjetas de débito, 1,48% para tarjetas de crédito y 1,04% para tarjetas con provisión de fondos. Sin embargo, cabe señalar que estos valores son superiores incluso a las tasas de intercambio multilaterales fijadas actualmente por las marcas, razón por la cual no introdujeron ningún cambio relevante al mercado, lo que podría cambiar con los límites definitivos a las TI. Véase: <<http://go.fn.cl/203gg>> [fecha de última consulta: 27 de enero de 2023].

¹¹¹ Véase cifra [12] del Anexo Confidencial.

¹¹² Además, Transbank lleva años sin repartir dividendos.

¹¹³ CMF. Oficio Ord. N°6545-2023, §j).

V.1.2. Es jurídica y fácticamente imposible que Transbank incumpla una resolución que, como la Sentencia CS 2022, no contiene ninguna orden o imposición concreta en su parte resolutive susceptible de ser ejecutada forzosamente

La Demanda de SumUp adolece de un problema basal: reclama como incumplida una resolución que no aprobó un plan de autorregulación, pero no lo reemplazó por otro ordenando un quehacer concreto, por lo que es fácticamente imposible de incumplir.

Este es el mismo problema de que adolece la solicitud de cumplimiento forzoso de la FNE de la Sentencia CS 2022, la cual fue rechazada por el H. Tribunal conociendo de un recurso de reposición interpuesto por Transbank en subsidio de la nulidad, por cuanto dicha sentencia, en lo resolutive, no contiene ninguna orden o mandato que sea susceptible de cumplimiento forzoso (solicitud esta última que *carecería de objeto*)¹¹⁴.

Según se indicó *supra* en la sección IV, frente a esta decisión, la FNE optó por presentar un recurso de queja. Este recurso se encuentra actualmente en tramitación ante la Excma. Corte Suprema, bajo el Rol N°141.301-2022.

Tal como lo advirtió este H. Tribunal en el informe que emitió para la Excma. Corte Suprema el 30 de diciembre de 2022 en el contexto del recurso de queja, “(...) *la Sentencia 2022 no contiene orden alguna que pueda ser ejecutada y, por tanto, la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica de cumplimiento forzoso carece de objeto*”¹¹⁵. Enseguida, agregó que “(...) *el cumplimiento forzado de una sentencia judicial requiere que esta haya impuesto una obligación de dar, hacer o no hacer, lo que no ocurre en este caso. Como se señaló, la Sentencia 2022 en su parte resolutive se limita a rechazar el plan tarifario propuesto por Transbank, cuestión plenamente congruente con el objeto del proceso, de conformidad a la consulta efectuada por esa empresa. No hay imposición de obligación alguna*”¹¹⁶. Por lo mismo, concluyó que, en la Sentencia CS 2022, “(...) *la Excma. Corte Suprema lo que hace es establecer criterios, no órdenes perentorias cuyo cumplimiento pueda exigirse forzosamente en un procedimiento incidental en forma pura y simple*”¹¹⁷. Ello, a diferencia de la Sentencia CS 2019, la que “(...) *sí contiene una orden a Transbank de ajustar su sistema tarifario a las instrucciones allí establecidas*”¹¹⁸.

En la misma presentación, el H. Tribunal citó el informe en derecho del profesor Tomás Menchaca Olivares, presentado por Transbank en los autos Rol NC N°463-2020, indicando que éste “(...) *es ilustrativo cuando señala que ‘Es decir, resulta evidente que en el proceso a que se refiere este Informe no se cumple con la situación o supuesto de hecho analizado por el informante [informe de Raúl Nuñez,*

¹¹⁴ Al respecto, véase la resolución de 9 de noviembre de 2022 del H. Tribunal, correspondiente a los autos Rol NC N°463-2020, en aquella parte que acogió el recurso de reposición de Transbank y modificó su decisión inicial de dar lugar a la petición de cumplimiento forzoso antes referida.

¹¹⁵ H. Tribunal. Informe a la Excma. Corte Suprema en los autos Rol N°141.301-2022, ¶7.

¹¹⁶ Ibid., ¶13.

¹¹⁷ Ibid., ¶18.

¹¹⁸ Ibid., ¶18.

acompañado por la FNE a folio 471]. Basta para entender lo anterior constatar que la FNE tuvo que utilizar más de 40 páginas para tratar de establecer qué era lo ordenado, pues eso no está en ninguna parte de la resolución de término cuyo incumplimiento se alega. El problema se resume en que la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema no contiene prestación alguna, no ordena nada en particular, no establece condiciones, y por lo mismo, no puede existir incumplimiento de una sentencia si la misma no ordena nada en particular o, a lo sumo, el único desacato que podría alegarse se daría si Transbank hubiera mantenido el Plan Tarifario declarado contrario a la Libre Competencia, que no es el caso según la misma FNE indicó en su presentación de cumplimiento, pues allí se acompañó correspondencia en que Transbank informaba que había modificado su Plan Tarifario para ajustarlo a las consideraciones de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema'. (folio 488, p. 8)"¹¹⁹.

Por lo tanto, no efectivo lo que señala SumUp en su Demanda en apoyo de su acusación, respecto a que este H. Tribunal habría dado cuenta de que la Compañía estaba en incumplimiento de la Sentencia CS 2022¹²⁰. Lejos de ello, como se mostró, el H. Tribunal ha sido enfático en rechazar fundadamente esa postura.

Así, esta primera imputación de SumUp cae por su propio peso: Transbank no pudo haber infringido la Sentencia CS 2022 sencillamente porque ésta no contiene órdenes que impongan una obligación de hacer o no hacer que la Compañía deba satisfacer de forma obligatoria. Ello necesariamente debería llevar, en la respetuosa opinión de la Compañía, al rechazo de la Demanda en aquella parte que reclama la supuesta vulneración de Transbank del artículo 3º inciso primero del DL 211, derivada de este inexistente y falso incumplimiento de la Sentencia CS 2022.

V.1.3. Las supuestas “órdenes” de la Sentencia CS 2022 que, según SumUp, la Compañía habría violado, no son tales. Pero, incluso si lo fueran, las modificaciones tarifarias de Transbank respetan íntegramente los criterios contenidos en dicha sentencia

Como se explicó, es indubitado que la Sentencia CS 2022 no contiene “órdenes” que puedan ser exigibles a Transbank bajo la amenaza de una ejecución forzosa, lo que se concluye leyendo su parte resolutive. Ello por sí solo basta para concluir que la acción de la Demandante carece de todo mérito.

Lo que SumUp identifica como “tres órdenes expresas”¹²¹ dirigidas a la Compañía, en realidad no son tales. Son criterios genéricos, principios o, como la propia Demandante no puede sino reconocer, “lineamientos generales”¹²² que, en caso alguno, corresponde interpretar como mandatos específicos a Transbank cuyo cumplimiento le sea exigible forzosamente.

¹¹⁹ Ibid., ¶19.

¹²⁰ Demanda, ¶¶75-76.

¹²¹ Ibid., ¶86.

¹²² Ibid., ¶87.

Pero incluso si lo fueran, la realidad es que el actuar de Transbank ha sido en todo momento consistente con tales criterios o lineamientos, por lo que la Demanda tampoco tiene asidero bajo esa interpretación.

Las tres supuestas “órdenes expresas” y directas de la Excma. Corte Suprema que según la Demandante habrían sido ignoradas por la Compañía serían las siguientes: “(1) *Cualquier modificación de tarifas de Transbank no puede resultar más gravosa para ninguna de las partes involucradas.* (2) *Cualquier modificación de tarifas de Transbank debe estar precedida de una evaluación técnica de las autoridades.* (3) *Las tarifas de Transbank deben ser motivadas, objetivas y reflejar sus costos*”¹²³.

Como se explicará a continuación, ninguno de estos tres supuestos incumplimientos es efectivo. Transbank precisamente ha actuado buscando seguir estos criterios o lineamientos.

En cuanto al primer lineamiento, según el cual se recomendaría que las nuevas tarifas de Transbank no “(...) *result[en] más gravosa[s] para ninguna de las partes involucradas*”, es importante entender que esta frase de la Sentencia CS 2022 no fue pronunciada de forma aislada, sino que se enmarcó en el contexto de un párrafo del considerando trigésimo tercero de alcance más amplio, según el cual el máximo tribunal razonó que cualquier cambio al sistema tarifario de la Compañía debe propender “*a hacer más eficiente el sistema*”.

De acuerdo con la Sentencia CS 2022: “(...) *el cada día mayor acceso de la población a medios de pago electrónicos, hace que resulte importante dejar asentado que cualquier modificación tarifaria o estructural que se realice, no puede resultar más gravosa para ninguna de las partes involucradas. En otras palabras, el respeto de las reglas que gobiernan la libre competencia, implica que eventuales modificaciones de modelo o determinaciones de precios estén precedidas de una evaluación técnica de las autoridades, que examine su pertinencia y conveniencia, velando por que los cambios tiendan a hacer más eficiente el sistema y no provoquen interrupciones que, por el contrario, afecten su normal funcionamiento, interrumpan la cadena de pagos o hagan más costosas las ventas de bienes y servicios*”.

Como se desprende del uso del conector reformulativo “[e]n otras palabras”, la idea de que las modificaciones tarifarias no puedan “*resultar más gravosa para ninguna de las partes involucradas*” debe entenderse como sinónima de la idea de que dichas modificaciones deben tender “*a hacer más eficiente el sistema*”.

Desde esa perspectiva, es perfectamente posible que un cambio tarifario haga del sistema uno más eficiente, sin perjuicio de que excepcionalmente, para uno o más de los clientes de Transbank, ese cambio implique un alza de tarifas. Al final del día, lo importante desde la perspectiva de la libre competencia y lo que razonablemente motivó el principio expuesto por el máximo tribunal, es que, en el global, el sistema completo sea más eficiente y no provoque

¹²³ Ibid., ¶88.

disrupciones. O, lo que es lo mismo, que el cambio tarifario materialice los principios de igualdad, no discriminación y preservación de la competencia¹²⁴.

Inclusive la FNE, en su fallida solicitud de cumplimiento forzoso que tantas veces cita SumUp, fue categórica en señalar que, a su juicio, “(...) *la Excm. Corte no entiende que la prohibición de alzas sea absoluta, sino que concibe la misma vinculada a los principios de igualdad, no discriminación y preservación de la competencia*”¹²⁵. Por lo mismo, explícitamente afirmó que este lineamiento de la Sentencia CS 2022 implica que las modificaciones en las tarifas deben generar “(...) *una reducción sustancial de las actualmente vigentes, para no producir un alza generalizada de comisiones a comercios*”¹²⁶.

Dicho de otro modo, la FNE correctamente consideró que un alza puntual o minoritaria de las tarifas a algunos Comercios o PSP, en la medida en que sea fruto de la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación y preservación de la competencia, es perfectamente compatible con los lineamientos de la Sentencia CS 2022. Sólo si se tratara de un alza “*generalizada*” y no fundada en los principios transcritos, estaríamos frente a un cambio alejado del criterio que el máximo tribunal describe en el segundo párrafo del considerando trigésimo tercero del citado fallo.

La anterior es la única interpretación razonable y armoniosa de los distintos principios contenidos en la Sentencia CS 2022, pues el paso de un sistema de tarifas fijadas sobre la base de una tabla de doble entrada, con descuentos por número de transacciones y ticket promedio, a una tarifa plana y única, sin descuentos, conlleva necesaria e indefectiblemente un alza en lo pagado por algunos Comercios y PSP (precisamente aquellos que se beneficiaban de los descuentos no acogidos por la Sentencia CS 2022, como SumUp).

En efecto, tener una tarifa plana, en vez de múltiples tarifas derivadas de descuentos por volumen y de ticket promedio, hace que la única forma de cumplir con el principio de autofinanciamiento a costo económico de Transbank sea fijar el MA en un punto tal que, para algunos de sus clientes, éste sea inferior al pagado originalmente (tarifa de doble entrada) y que, para otros, sea igual o superior.

¹²⁴ Al respecto el BCCh en su Oficio Ordinario N°362-2022, de fecha 30 de diciembre de 2022, §6, señaló: “*En tal sentido, y si bien el BCCh no tiene atribuciones en materia de tarifas, se hace presente que, como criterio general, resulta esencial considerar efectos no deseados al adoptar criterios de regulación tarifaria. En este sentido resulta especialmente relevante ponderar dentro de esos posibles efectos no deseados la provisión sub-óptima de servicios y un eventual menoscabo en las posibilidades de desarrollo de distintos actores de la industria de medios de pago.*

Así, la eventual fijación de las tarifas a los comercios en los niveles más bajos aplicados bajo el M3P -o cercanos a ellos- en vez de beneficiar a los comercios pudiera terminar afectando a la competencia, en la medida que los otros entrantes no puedan competir con esas tarifas y/o que se generen desincentivos a la participación en este mercado; como también, si acaso los comercios más pequeños o alejados dejasen de ser afiliados a la red por no resultar rentables bajo ese nivel de precios”. Lo que fue refrendado por la CMF en su Oficio Ordinario N°6545-2023, de fecha 19 de enero de 2023, §J).

¹²⁵ FNE. Solicitud de cumplimiento forzoso de 3 de octubre de 2022, presentada en los autos Rol NC N°463-2020 del H. Tribunal, ¶25.

¹²⁶ Ibid., ¶36.

Un ejemplo sencillo sirve para ilustrar lo anterior: supongamos que Transbank tiene tres clientes y que su autofinanciamiento a *costo económico* hace necesario recaudar \$30. Y supongamos también que, en una tabla de doble entrada, la Compañía habría cobrado \$13 al comercio A, \$10 al comercio B y \$7 al comercio C, para así recaudar los mencionados \$30. En tal escenario, ante un cambio del sistema tarifario a uno de tarifa plana, Transbank estaría obligado a cobrar a los tres Comercios los mismos \$10. Como es obvio, siguiendo este ejemplo, el comercio A se vería beneficiado por la modificación tarifaria con una baja de \$3; el comercio C experimentaría un alza en los mismos términos (\$3); y, por su parte, el Comercio B no se vería afectado en modo alguno.

Así las cosas, es lógica y matemáticamente imposible que, debiendo Transbank poder autofinanciarse (también un principio reconocido en el considerando 14° de la Sentencia CS 2022), ninguno de los tres Comercios termine pagando una tarifa superior a la original. La eliminación de los descuentos por volumen y ticket promedio provoca ineludiblemente un alza para algunos clientes de la Compañía.

Sin ir más lejos, la propia sentencia de la Excma. Corte Suprema indica que no se vislumbran razones por las cuales Transbank deba eximir del cobro a las empresas y órganos públicos. Lógicamente, ello implica que existen algunos actores para los que el cambio de tarifa será “más gravoso”, por la sencilla razón de que pasarían de estar en una situación en que recibían el servicio de forma gratuita a una nueva en que deben pagar por él. La FNE también reconoce lo anterior en su solicitud de cumplimiento forzoso¹²⁷.

El caso de los PSP es equivalente: si con las modificaciones tarifarias de Transbank su tarifa subió, ello fue justamente porque las nuevas tarifas son objetivas, razonables y honran los principios antes mencionados –igualdad, no discriminación y preservación de la competencia–. La pretensión de SumUp de que su tarifa no se altere en un escenario en el que (i) se pasa de cobrar una tarifa de doble entrada, con descuentos, a una tarifa única y plana, y (ii) se implementan las recomendaciones del Informe del Panel de Expertos, es injusta, pues de accederse a ella, se estaría avalando un subsidio cruzado en favor de la Demandante, a costa de los Comercios y los demás PSP.

En definitiva, una interpretación literal de la frase de acuerdo con la cual Transbank no podría realizar modificaciones tarifarias que resulten “(...) *más gravosa[s] para ninguna de las partes involucradas*” es errada e impracticable, además de contradecir otros principios claramente establecidos en la Sentencia CS 2022: el criterio de la Excma. Corte Suprema no puede significar una prohibición absoluta, a rajatabla, de aumentos en las tarifas a todos y cada uno de los clientes

¹²⁷ Véase ¶25. La aplicación práctica de este criterio tampoco ha estado exenta de complejidades, ya que como se ha informado a la FNE, Transbank ha enfrentado una férrea oposición del Servicio de Impuestos Internos y Tesorería General de la República, los únicos organismos públicos que gozaban de gratuidad, para la implementación de las nuevas tarifas siguiendo los lineamientos de la Sentencia CS 2022.

de Transbank si aquellos son justificados y fundados en consideraciones objetivas que dicen relación con los costos asociados a prestar los servicios de adquirencia y procesamiento adquirente. Por el contrario, esta idea debe entenderse de forma armónica con los demás principios o criterios a que se refiere la Sentencia CS 2022. Así lo han entendido la CMF y la FNE. Es precisamente la aplicación de esos otros principios lo que explica la modificación que el 22 de agosto de 2022 habría experimentado la tarifa cobrada a los PSP y, por ende, a SumUp.

En cuanto al segundo lineamiento, a juicio de SumUp, Transbank tampoco habría cumplido con el considerando trigésimo tercero de la Sentencia CS 2022 en aquella parte que señala que sus cambios de tarifas requerirían de una evaluación de las autoridades, de carácter técnico, de forma previa a su implementación. Sin embargo, lo cierto es que esa evaluación técnica previa ya se hizo, por intermedio del Panel de Expertos, organismo derivado de lo decidido en la Resolución N°67, independiente y –precisamente– técnico, en la elección de cuyos integrantes participó de forma activa la autoridad –FNE–. Toda la actividad del Panel de Expertos, desde su constitución hasta la dictación de su Informe, y la implementación de sus recomendaciones ha sido estrictamente supervisada por la FNE.

Según se indicó *supra* en la sección IV, este Panel de Expertos fue expresamente validado por el H. Tribunal en su Resolución N°67 como un mecanismo objetivo e idóneo para establecer el MA a pagar por los PSP, de modo de evitar un riesgo de aumento artificial o sobrestimación de los costos de Transbank en su rol de Procesador Adquirente de cara a los segundos¹²⁸. La FNE también hizo lo propio en su Ord. 1431 y en la solicitud de cumplimiento forzoso, según dimos cuenta *supra*.

En concreto, el Panel de Expertos analizó los distintos costos e ingresos de las actividades de la Compañía y determinó la adopción de una serie de cambios metodológicos en la forma en que dichos costos debían contabilizarse, tanto respecto de los Comercios, como respecto de los PSP y Operadores.

Primero lo hizo sobre la base de los costos de Transbank de 2020, lo cual derivó en la modificación tarifaria de 22 de agosto de 2022, que recogió sus recomendaciones salvo algunos puntos muy excepcionales respecto de los cuales la Compañía solicitó –sin éxito– un pronunciamiento de la FNE¹²⁹. Asimismo, este cambio de tarifas de 22 de agosto –así como los dos cambios siguientes– internalizó la eliminación de los descuentos por volumen y por ticket

¹²⁸ TDLC. Resolución 67, ¶254: “Con el objeto de mitigar el riesgo de sobrestimación de los costos asociados a los servicios que Transbank presta a PSP, se ordenará que el informe del panel de consultores independientes a que se refiere la Consulta en las secciones II.1.3, II.3.2.3 y II.4 incorpore, además de los ítem señalados en la Consulta, la revisión de las actividades asociadas al rol adquirente y de procesamiento adquirente de la Consultante, según corresponda, y sus parámetros de costeo, incluyendo el factor ponderador de (i) tarjetas de crédito y (ii) tarjetas de débito y con provisión de fondos, y que ordene las modificaciones que estime necesarias”.

¹²⁹ Específicamente, cuestiones vinculadas a la implementación del cobro separado de las máquinas *pinpad* y al costeo por canal.

promedio de forma acorde al criterio pertinente de la Sentencia CS 2022, resultando en el cobro de una tarifa única y plana en UF.

Posteriormente, el 27 de septiembre del mismo año, Transbank efectuó un nuevo cambio de tarifas –también sobre la base de los costos de 2020–, pero esta vez para implementar una solicitud expresa de la FNE en cuanto a dejar parcialmente sin efecto las recomendaciones del Panel de Expertos cuya materialización por parte de la Compañía derivaba en que el diferencial entre la tarifa cobrada a Comercios y la tarifa PSP debía rondar entre un 6,3% y 9,7% menos respecto de estos últimos –dependiendo del tipo de tarjeta–. Más específicamente, la FNE pidió a Transbank volver a aplicar transitoriamente un diferencial del 27,35%, que era el descuento aplicado a los PSP hasta antes de implementarse las conclusiones de la revisión metodológica del Panel de Expertos. Ello derivó en una nueva tarifa para los PSP, más barata que la de 22 de agosto del pasado año pero que no aplicaba los cambios recomendados en el Informe del Panel de Expertos¹³⁰.

Y, finalmente, a partir del 1° de noviembre de 2022, la Compañía se encuentra aplicando las recomendaciones del Panel de Expertos con los costos revisados para el 2021, pero manteniendo el diferencial de 27,35% solicitado por la FNE, mientras ese criterio de la FNE no sea modificado por ésta o por el H. Tribunal. Ello se tradujo en una nueva rebaja en el MA cobrado a los PSP, en relación con el MA de 27 de septiembre. Esta es la tarifa vigente en la actualidad, salvo para SumUp y Redelcom en virtud de las medidas precautorias vigentes¹³¹.

Como salta a la vista, estos tres cambios tarifarios fueron precedidos, o bien de un estudio técnico de expertos independientes, o bien de una solicitud expresa de la autoridad de libre competencia, por lo que sólo cabe concluir que Transbank actuó tal y como lo delineó la Sentencia CS 2022, implementando de manera objetiva y no discriminatoria los parámetros que tanto el Panel de Expertos como la FNE le informaron *ex ante*. En aquellos pequeños puntos en los cuales Transbank no ha tenido certeza acerca de cómo implementar las recomendaciones del Panel de Expertos, se encuentra a la espera del pronunciamiento solicitado al efecto a la autoridad competente: la FNE.

Por lo demás, lo que se viene señalando es la única interpretación razonable del considerando trigésimo tercero de la Sentencia CS 2022, pues sólo de esta forma se vuelve factible materializar los criterios enunciados por la Excma. Corte Suprema de forma expedita. Cabe recordar que en su solicitud de cumplimiento forzoso la FNE es explícita en señalar que, a su juicio, Transbank estaba obligada a cumplir con la Sentencia CS 2022 desde el 18 de agosto de 2022, fecha en que

¹³⁰ FNE. Ord. 1431, ¶41.

¹³¹ En lo sucesivo, en abril de cada año se actualizarán las tarifas para reflejar los costos del año anterior.

el H. Tribunal dictó el *cúmplase*¹³². Así se lo hizo saber a Transbank incluso desde la dictación de la Sentencia CS 2022.

Cualquier otro curso de acción hubiera implicado una demora de años antes de poder efectuar una actualización de tarifas, ya que habría sido necesario formular previamente una nueva consulta ante este H. Tribunal. Ello, habida cuenta de la reticencia mostrada por la FNE para cumplir con su rol de *autoridad competente* en los términos del considerando trigésimo tercero de la Sentencia CS 2022; reticencia que se ha traducido en su firme decisión de radicar la evaluación técnica de las tarifas de la Compañía en las manos exclusivas del H Tribunal¹³³.

La verdad es que la tramitación de un procedimiento no contencioso, de alrededor de dos años de duración, en forma previa a toda modificación tarifaria de Transbank, es un escenario que lejos de favorecer la libre competencia, la perjudica, sobre todo si se considera que las tarifas de la Compañía buscan reflejar su *costo económico* y permitir únicamente su autofinanciamiento. Como los costos de Transbank cambian anualmente, lo lógico es actualizar las tarifas con la misma periodicidad. No hacerlo supondría necesariamente la supervivencia de tarifas desancladas con el *costo económico* de la Compañía, lo que iría en contra del principio basal de su autorregulación tarifaria. Por otro lado, según lo indicara la misma Sentencia CS 2022, lo lógico sería que dicha consulta se produzca en cuanto ya se hayan fijado por las *autoridades correspondientes* todos los componentes del MD y haya por lo tanto total claridad regulatoria sobre los distintos ítems de las comisiones a ser cobradas bajo el M4P, según el criterio contemplado sobre el particular en el considerando trigésimo tercero de la referida sentencia.

Francamente, si Transbank hubiera mantenido sus tarifas inalteradas después del 18 de agosto de 2022, como pretende SumUp, a la espera de que la FNE –que se rehusaba a entregar cualquier pronunciamiento o criterio orientador– o este H. Tribunal se pronunciase en el contexto de un procedimiento no contencioso sobre una nueva estructura tarifaria que diera cumplimiento a la Sentencia CS 2022, indudablemente habría sido acusada ante este H. Tribunal, tanto por la FNE como por otros actores que se verían beneficiados por las tarifas que recogieran los lineamientos de la Sentencia CS 2022. Ese es un riesgo que la Compañía simplemente no podía asumir.

Y es que, ¿cuáles serían entonces las tarifas que la Compañía habría de cobrar una vez dictado el *cúmplase* por parte del H. Tribunal? No podrían ser las tarifas vigentes hasta antes del 22 de agosto de 2022, por cuanto la Sentencia CS 2022 rechazó la Consulta de Transbank y, por consiguiente, declinó validar dichas tarifas. ¿O acaso SumUp pretende seguir pagando una tarifa que la Excma. Corte Suprema no aprobó? Esperaríamos que no, pues ello sí que sería contrario a la libre competencia al configurar la única hipótesis en que Transbank podría incumplir la Sentencia CS

¹³² FNE. Solicitud de cumplimiento forzoso de 3 de octubre de 2022, presentada en los autos Rol NC 463-2020 del H. Tribunal, ¶254.

¹³³ Así lo prueba la interposición de un recurso de queja por parte de la FNE, para intentar revertir el rechazo de la solicitud de cumplimiento forzoso de 3 de octubre de 2022, presentada en los autos Rol NC 463-2020 del H. Tribunal.

2022, a saber, el seguir ejecutando un sistema tarifario rechazado expresamente por el máximo tribunal.

Tampoco podrían ser, en concepto de la Demandante, las nuevas tarifas de Transbank, pues éstas supuestamente vulnerarían, en su opinión, los lineamientos de la Excm. Corte Suprema.

Entonces, ¿qué tarifas habría de pagar SumUp? La Demanda nada dice respecto a cómo resolver este problema en la práctica. Y no lo hace, pues no tiene una respuesta. Esto deja en evidencia que su reclamo adolece de una manifiesta falta de fundamentos, y que su interpretación del considerando trigésimo tercero de la Sentencia CS 2022 carece de todo sentido.

Finalmente, en cuanto al tercer lineamiento, podemos ser categóricos en indicar que, contrariamente a lo sostenido por SumUp en su Demanda, el MA cobrado por Transbank a los PSP se encuentra sólidamente motivado, es objetivo y refleja fielmente sus *costos económicos*, asegurando únicamente su autofinanciamiento.

Sobre este punto, sin perjuicio de remitimos a lo explicado *supra* en la sección IV, cabe señalar que la modificación tarifaria del 22 de agosto de 2022, tanto para Comercios como PSP, fue el resultado de, por una parte, **(i)** aplicar las recomendaciones del Panel de Expertos; y, por la otra, **(ii)** recoger los criterios generales planteados por la Excm. Corte Suprema en la Sentencia CS 2022.

Respecto del punto **(i)**, es importante tener presente que el Panel de Expertos trabajó con los datos de costos de 2020 de Transbank recopilados y sistematizados por una empresa externa e independiente, con experiencia en la industria financiera, Nebari Consultores¹³⁴; y, asimismo, que fue el propio Panel de Expertos el que determinó que, para los efectos de calcular la tarifa de los PSP, era necesario tomar en consideración una serie de partidas de costos que, hasta ese momento, la Compañía no imputaba para esos efectos o bien modificar los factores de prorratio que Transbank había estado aplicando hasta ese momento. Esto último, junto con la eliminación de los descuentos que antes se contemplaban en la tabla de doble entrada, es lo que explica que el diferencial entre la tarifa a Comercios y la tarifa a PSP se haya reducido de un 27,35%, a alrededor de un 6,3% y 9,7%, dependiendo de la tarjeta de que se trate. Como salta a la vista, esa disminución del diferencial no fue una decisión caprichosa de Transbank, sino que el resultado de aplicar de forma objetiva, general y no discriminatoria las recomendaciones del Informe del Panel de Expertos.

Y, respecto del punto **(ii)**, resulta relevante destacar que, para honrar los criterios de la Excm. Corte Suprema, la Compañía pasó de aplicar un sistema tarifario de doble entrada, con descuentos por volumen y ticket promedio, a un MA constitutivo de un monto fijo y plano, en

¹³⁴ Véase: <<http://go.fn.cl/9t4wf>> [Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023].

UF, igual para todos los Comercios, por un lado, y para todos los PSP, por el otro. Este nuevo MA cumplió plenamente con los principios de ser público, motivado, objetivo, razonable, de general aplicación, no discriminatorio y respetuoso de la garantía de igualdad. Particularmente, el hecho de que se tratara de un monto fijo y plano, en UF, en vez de una tarifa porcentual, tiene su explicación en que esta segunda alternativa adolecía de serios problemas anticompetitivos y generaba graves distorsiones que ya hemos explicado *supra* en la sección IV.

Así las cosas, la acusación de un supuesto ánimo excluyente de la Compañía es completamente falsa: lejos de una motivación anticompetitiva, la modificación tarifaria de 22 de agosto de 2022 simplemente buscó reemplazar el sistema tarifario cuya consulta había sido rechazada días antes por la Excma. Corte Suprema –el 8 de agosto de 2022–, por uno que, en el mejor saber y entender de Transbank, aplicaba sustantiva y formalmente los parámetros antes señalados.

El que a consecuencia de la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos y lineamientos generales de la Sentencia CS 2022, la tarifa de SumUp haya subido, no es algo respecto de lo cual Transbank pueda ser hecho responsable y menos refleja la existencia de un ánimo excluyente que, por lo demás, según la tesis de la Demandante, habría surgido recién en agosto de 2022. Cabría preguntarse H. Tribunal, ¿por qué los incentivos de Transbank habrían cambiado antes y después de agosto de 2022, según alega la Demandante? Es absurdo pensar que antes del 22 de agosto Transbank no tenía incentivos excluyentes respecto de los PSP y después de esa fecha, repentinamente, la Compañía se habría dado cuenta de que resultaría supuestamente conveniente a sus intereses excluir a los PSP del mercado. Ello no tiene ninguna lógica y, por lo tanto, descarta que ésta haya sido la motivación de Transbank al implementar la referida modificación tarifaria.

Respecto de la modificación tarifaria del 27 de septiembre de 2022, ésta también obedece a la voluntad de la Compañía de colaborar de buena fe con la FNE. En ningún caso se trató de una modificación arbitraria o carente de fundamentos, como erradamente lo intenta hacer ver SumUp en su Demanda.

Específicamente, lo que ocurrió fue que, como ya se explicó latamente *supra* en la sección IV, la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos llevó a que el diferencial entre la tarifa de los Comercios y los PSP se redujera de un 27,35% a entre un 6,3% y 9,7%, según el tipo de tarjeta. El cambio tarifario de 22 de agosto, aplicando dichas recomendaciones, reflejó ese nuevo diferencial.

Sin embargo, la FNE fue de la opinión de que, a pesar de lo concluido por el Panel de Expertos, consideraba conveniente mantener, al menos transitoriamente, “(...) *el diferencial aplicado hasta*

antes del 22 de agosto (...)”¹³⁵. Ello al menos hasta que dicha autoridad pudiera concluir su revisión de toda la información puesta a su disposición por parte de Transbank sobre la forma en que había implementado las recomendaciones del Panel de Expertos.

Si bien estimamos que la demora de la FNE en cumplir con su función fiscalizadora no puede ser responsabilidad de Transbank, y con el sólo ánimo de cumplir con la FNE, la Compañía accedió a implementar nuevamente el diferencial del 27,35% que había estado vigente hasta antes de la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos, según fuera solicitado por la FNE en su Ord. 1431, sin perjuicio de mantener el paso de una tarifa con descuentos a una de precio único y plano, en UF, calculada sobre la base de los costos de la Compañía de 2020. Esto llevó a una rebaja de la tarifa de los PSP, la que fue implementada el mencionado 27 de septiembre de 2022, sólo unos días después de recibido el Ord. 1431, de 22 de septiembre.

Por último, respecto de la modificación tarifaria del 1º de noviembre de 2022, ésta simplemente responde a la actualización a la baja de las tarifas de Transbank, explicada por la contabilización de los costos de Transbank de 2021, en reemplazo de los de 2020, siguiendo el criterio planteado por la FNE en el sentido de que se debían utilizar los costos más actualizados al efecto. Como se mencionó, estas tarifas, que son las actualmente cobradas por la Compañía a Comercios y PSP, mantienen su estructura fija y plana en UF y –según lo solicitara la FNE– un diferencial del 27,35% entre ambas categorías de clientes.

En definitiva, no hay dudas de que todas las modificaciones tarifarias aquí explicadas fueron públicas, motivadas, objetivas, razonables, de general aplicación, no discriminatorias y respetuosas de la garantía de igualdad. Y, por lo mismo, la Demanda de SumUp carece de todo asidero, debiendo rechazarse por tal razón.

Ahora bien, la Compañía está consciente de que, con ocasión de la implementación del nuevo sistema de tarifa única y plana en UF, se puede haber producido un efecto indeseado respecto de algunos PSP que, como SumUp y Redelcom, se beneficiaban de los descuentos anteriormente otorgados en función del número de transacciones o el valor de ticket promedio.

Se trata de una situación que Transbank no desea ni menos buscó, pero que no es más que la consecuencia de conjugar de manera objetiva las recomendaciones del Informe del Panel de Expertos, las opiniones de la FNE respecto al diferencial entre Comercios y PSP y los lineamientos de la Sentencia CS 2022.

Tan cierto es lo anterior, que la Compañía presentó para la validación de la FNE dos propuestas tarifarias alternativas, buscando precisamente mitigar el alza que para un PSP como SumUp, que

¹³⁵ FNE. Oficio Ordinario N°1.431-2022 de 23 de agosto de 2022, investigación Rol N°2.710-22 FNE sobre “Fiscalización del cumplimiento de la Sentencia Rol N°82.422 de la Excma. Corte Suprema”, ¶41.

antes se favorecía significativamente de los descuentos de la tabla de doble entrada –al igual que Redelcom–, supuso el paso a una tarifa única y plana, igual para todos los Comercios, por un lado, y para todos los PSP, por el otro.

En efecto, como se mencionó *supra*, con fecha 13 de octubre de 2022 (fecha anterior a la presentación de la Demanda, la que se ingresó al sistema de tramitación electrónica de causas del H. Tribunal el 24 del mismo mes y año), Transbank solicitó a la FNE pronunciarse sobre la factibilidad de adoptar estructuras alternativas para la determinación de un MA único y plano. En esa presentación, a la que nos referimos *supra* en la sección IV, Transbank planteó a la FNE los efectos adversos para la competencia e inclusión en el sistema de tarjetas que tendría la implementación de un MA plano porcentual, que era la opción preferida por la FNE. En vez de ello, se le planteó que la implementación de un MA mixto, con una base fija en UF más un MA porcentual adicional era preferible pues, a juicio de la Compañía, esta opción permitiría, por una parte, que dos tercios de los Comercios bajen o mantengan sus tarifas (en relación con aquellas vigentes antes del 22 de agosto de 2022) y, por otra parte, que ningún Comercio opere bajo su CMV, como sucedería si se implementa un MA porcentual único y plano. Asimismo, bajo este escenario, el 44% de los PSP bajarían sus tarifas y ningún PSP quedaría operando bajo el CMV de la Compañía.

Lamentablemente, la FNE ha declinado dar una respuesta a lo planteado por Transbank, limitándose a guardar silencio respecto de esta y otras materias.

No obstante, quisiéramos destacar que la Compañía mantiene su plena apertura a evaluar la implementación de una tarifa mixta como la recién indicada, si la FNE o este H. Tribunal lo estimaran procedente, para minimizar los impactos de las nuevas tarifas en Comercios y PSP, pero seguir asegurando el autofinanciamiento de Transbank y la preservación de la competencia con otros Adquirentes.

Ello, por sí solo, ratifica la total ausencia de intencionalidad anticompetitiva en el actuar de Transbank: sus acciones son completamente inconsistentes con el supuesto afán exclusorio que erradamente acusa SumUp y, por lo mismo, su Demanda carece de todo fundamento.

V.1.4. Transbank tampoco ha desobedecido la Sentencia CS 2019; resolución que, en cualquier caso, SumUp no reclamó como incumplida en su Demanda

Finalmente, si bien SumUp no alega un incumplimiento de la Sentencia CS 2019 –sino que sólo de la Sentencia CS 2022–, incluso en la hipótesis de que lo hubiera hecho, no sería efectivo que las nuevas tarifas de Transbank, ya sea del 22 de agosto, del 27 de septiembre o de 1° de noviembre de 2022, hayan incumplido con lo ordenado por el máximo tribunal en los autos Rol CS N°24.828-2018.

Ello, por las mismas razones ya expuestas anteriormente, las cuales por motivos de economía procesal damos por reproducidas para lo relativo al cumplimiento de la Sentencia CS 2019.

V.2. Transbank no ha estrangulado márgenes a SumUp ni a ningún otro PSP

Como veremos, la segunda acusación de SumUp, referida a un supuesto estrangulamiento por parte de Transbank de los márgenes de la primera (y de los PSP en general), también adolece de una completa falta de sustento económico, fáctico y jurídico. Ello queda en evidencia al revisar los requisitos que la doctrina y jurisprudencia especializada exigen para la configuración de este ilícito anticompetitivo, los cuales, en su gran mayoría, salvo parcialmente uno, no se cumplen en este caso.

V.2.1. Requisitos de la figura del estrangulamiento de márgenes

El estrangulamiento de márgenes es un ilícito cuyos contornos conceptuales son bastante pacíficos en la literatura especializada, que lo delinea como de un tipo de conducta unilateral exclusoria por medio de la cual una empresa integrada verticalmente busca excluir a sus rivales en el mercado *aguas abajo*, al subir a los segundos sus costos de adquisición de un *insumo esencial* –provisto por la empresa integrada–, reduciendo con ello sus márgenes y, en definitiva, haciendo de su negocio uno económicamente inviable –lo que beneficia a la empresa integrada, que logra captar para sí la clientela *aguas abajo* de sus ex competidores–.

Así lo explican, por ejemplo, Faull y Nikpay:

“En lugar de negarse a suministrar, una empresa integrada verticalmente que es dominante en el suministro de insumos esenciales aguas arriba puede fijar los precios tanto aguas arriba como aguas abajo de manera que el margen entre dicho precios sea insuficiente para que un competidor aguas abajo pueda cubrir sus costos. Si estos precios excluyen a competidores aguas abajo al menos igual de eficientes, entonces pueden perjudicar a los consumidores finales y constituir un abuso (...)”¹³⁶.

Por su parte, O’Donoghue y Padilla agregan que:

“Un ejemplo común de exclusión vertical es el abuso de estrangulamiento de márgenes (o precios). Se trata de una estrategia por la que una empresa dominante integrada verticalmente puede utilizar su control del precio de un insumo para ‘estrangular’ los márgenes de sus rivales aguas abajo a los que también suministra el insumo. La empresa

¹³⁶ Faull, Jonathan y Nikpay, Ali (editores). *The EU Law of Competition*, Tercera Edición, Oxford University Press, 2014, p. 480. Traducción libre del original: “*Instead of refusing to supply, a vertically integrated firm that is dominant in the supply of essential upstream inputs may set prices at the upstream and downstream levels so that the margin between these prices is insufficient for a downstream competitor to cover its costs. If such pricing forecloses as efficient downstream competitors, then it may harm end costumers and constitute an abuse (...)*”.

dominante puede utilizar el hecho de su integración vertical y el control sobre el precio del insumo para excluir aguas abajo a rivales no integrados”¹³⁷.

“El estrangulamiento de márgenes describe una situación en la que una empresa integrada verticalmente con una posición dominante en un mercado aguas arriba impide que sus rivales aguas abajo (no integrados verticalmente) alcancen un margen precio-costo económicamente viable. El resultado de un estrangulamiento de márgenes exitoso es que algunos o todos los rivales aguas abajo son expulsados del mercado, o quedan marginalizados con posiciones competitivas significativamente más débiles. Esta práctica constituye una forma constructiva de negativa de venta y puede caracterizarse como ‘aumento de los costos de los rivales’ o exclusión vertical”¹³⁸.

Dado este marco conceptual, también es pacífico que, para la configuración exitosa de una estrategia de estrangulamiento de márgenes, se requiere la convergencia simultánea de varios requisitos, ninguno de los cuales se verifica en el caso de Transbank, según se pasa a explicar a continuación.

Concretamente, la doctrina y jurisprudencia de referencia exigen la concurrencia de cinco requisitos para la configuración de un estrangulamiento de márgenes, a saber: **(i)** que exista una empresa verticalmente integrada, dominante *aguas arriba* y con algún grado de poder de mercado *aguas abajo*; **(ii)** que dicha empresa controle el acceso a un *insumo esencial* para operar *aguas abajo*; **(iii)** que los precios cobrados por ésta provoquen que rivales al menos tan eficientes como ella no sean rentables *aguas abajo*; **(iv)** que la mencionada estrategia de precios no tenga una justificación objetiva; y, **(v)** que la conducta genere, actual o potencialmente, efectos anticompetitivos concretos.

En efecto:

“[S]egún ha indicado la doctrina europea, la figura de estrangulamiento de márgenes constituye un abuso de posición dominante que requiere para su procedencia el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) el proveedor de un insumo debe estar integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta (R.

¹³⁷ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Tercera Edición, Hart Publishing, 2020, p.435. Cita interna omitida. Traducción libre del original: “A commonly-cited example of vertical foreclosure is the abuse of margin (or price) squeeze. This is a strategy whereby a vertically integrated dominant firm can use its control of the input price to ‘squeeze’ the profit margins of downstream rivals to whom it also supplies the input. The dominant firm can use the fact of its vertical integration and control over the input price to foreclose non-integrated downstream rivals”.

¹³⁸ Ibid., p.437. Cita interna omitida. Traducción libre del original: “Margin squeeze describes a situation in which a vertically integrated firm with a dominant position in an upstream market prevents its (non-vertically-integrated) downstream rivals from achieving an economically viable price-cost margin. The result of a successful margin squeeze is that some or all downstream rivals are driven out of the market, or remain marginalised with significantly weaker competitive positions. This practice constitutes a form of constructive refusal to deal and can be characterised as ‘raising rivals’ costs’ or vertical foreclosure”.

O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 372)¹³⁹.

Como se explica a continuación, en la especie sólo se verifica parcialmente el primero de estos cinco requisitos, por lo que necesariamente la acusación de SumUp debe ser rechazada en todas sus partes.

V.2.2. En la especie, sólo concurre parcialmente el primero de los cinco requisitos del estrangulamiento de márgenes: la integración vertical de Transbank en adquirencia y procesamiento adquirente

Como se explicó en la Imagen N°1, en la industria de pagos con tarjetas intervienen múltiples sujetos o entidades: **(i)** los *Tarjetababientes*, **(ii)** los *Emisores*, **(iii)** las *Marcas*, **(iv)** los *Procesadores Adquirentes*, **(v)** los *Adquirentes* y *Subadquirentes* (PSP), de ser el caso, compitiendo en el mismo eslabón; y, finalmente, **(vi)** los *Comercios*.

Asimismo, según también se expuso en la sección III, en este caso son especialmente relevantes dos de los eslabones que conforman esta industria: **(iv)** *aguas arriba*, el servicio de procesamiento adquirente que prestan los Operadores; y, **(v)** *aguas abajo*, el servicio de adquirencia o subadquirencia, que prestan Operadores y PSP a los Comercios. Se trata de mercados que, aun siendo conexos, se rigen por lógicas competitivas distintas, sin que la estructura, características y evolución de uno de ellos permita sacar conclusiones respecto del otro.

En tal sentido, remitiéndonos a la detallada explicación efectuada *supra* en la sección ya referida, es un hecho no controvertido el que la Compañía opera integrada verticalmente en los eslabones **(iv)** y **(v)** descritos en el párrafo anterior, participando tanto en el mercado del procesamiento adquirente, *aguas arriba*, como el mercado de la adquirencia y subadquirencia, *aguas abajo*.

Como se verá, este es el único requisito de un potencial ilícito de estrangulamiento de márgenes que se da en la especie; ninguno más. Ello resulta, indefectiblemente, en el descarte de la segunda imputación efectuada en contra de la Compañía.

¹³⁹ H. Tribunal. Sentencia N°151/2016, considerando 21°. Las mismas condiciones de configuración del *estrangulamiento de márgenes* se citan en las Sentencias N°156/2017 y N°158/2017 de este H. Tribunal, considerandos 59° y 93°, respectivamente. Por su parte, en igual sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018, dictada en los autos ingreso corte N°41.801-2017, considerando 15°.

V.2.3. Los restantes requisitos del estrangulamiento de márgenes no se cumplen bajo ninguna perspectiva de análisis

V.2.3.1. *Transbank no tiene una posición dominante en el mercado aguas arriba de provisión del servicio de procesamiento adquirente: se trata de un mercado competitivo, al igual que el mercado aguas abajo de adquirencia y subadquirencia*

Como se adelantó, el primer requisito para entender configurado un estrangulamiento de márgenes no se limita a constatar la existencia de una integración vertical de la firma acusada, sino que, adicionalmente, para su concreción se necesita que la empresa integrada verticalmente tenga una posición dominante en el mercado *aguas arriba*; y, algún grado de poder de mercado *aguas abajo*.

Como describen O'Donoghue y Padilla:

“La teoría económica ayuda a identificar ciertas condiciones que hacen que el estrangulamiento de márgenes sea factible y rentable, respectivamente. Las condiciones mínimas son las siguientes

1. *Significativo poder de mercado aguas arriba.* Una empresa integrada verticalmente debe tener un poder de mercado significativo en el mercado aguas arriba para llevar a cabo un estrangulamiento de márgenes. Por lo general, la empresa integrada verticalmente debe gozar de una posición dominante en el mercado aguas arriba, derivada del hecho de que suministra un insumo ‘esencial’ o de tipo ‘cuello de botella’. Dicho bien no tiene sustitutos efectivos en la producción (o sólo sustitutos inferiores); ni tampoco puede ser reproducido a bajo costo y en un corto periodo de tiempo. Si no existiera un poder de mercado de este tipo, las empresas aguas abajo podrían simplemente abastecerse de empresas competidoras aguas arriba, con insumos de la misma calidad.

2. *Un cierto grado de poder de mercado aguas abajo.* Además de un muy alto grado de poder de mercado aguas arriba, para llevar a cabo un estrangulamiento de márgenes de forma exitosa, una empresa integrada verticalmente requiere de un cierto grado de poder de mercado en el mercado relevante aguas abajo. Sin embargo, hay cierto desacuerdo sobre cuánto poder de mercado aguas abajo es necesario en un caso de estrangulamiento de márgenes. Los economistas tienden a pensar que algo de poder de mercado se requiere aguas abajo, ya que la empresa integrada verticalmente debería tener una fuerte expectativa de captar la mayoría de las ventas de los rivales desplazados. Si la empresa integrada verticalmente no goza de cierto poder aguas abajo, los rivales pueden, de hecho, terminar beneficiándose más de un intento de estrangulamiento de márgenes al captar las ventas de la empresa saliente o marginada en mayor medida que la empresa integrada verticalmente. Otra razón relacionada es que la empresa integrada verticalmente debe poder influir en el margen entre los precios mayoristas y minoristas. Un precio elevado de los insumos será ineficaz como instrumento de estrangulamiento de márgenes si los rivales aguas abajo pueden traspasar el costo a los consumidores. Para asegurarse de que los rivales sufran pérdidas, la empresa debe impedir este traspaso utilizando su propio precio minorista, es decir, la empresa integrada verticalmente debe tener suficiente influencia sobre el precio en el mercado aguas abajo.

3. *Barreras a la entrada y a la reentrada.* Deben existir barreras a la entrada y reentrada en los mercados aguas arriba y aguas abajo. Estas barreras garantizan que las empresas no entrarán

al mercado aguas abajo, en el que la empresa integrada verticalmente y cualquier rival restante suben los precios una vez que se pone término al estrangulamiento de márgenes. Las barreras a la entrada en el mercado aguas arriba son necesarias para que la empresa integrada verticalmente obtenga los beneficios adicionales derivados del estrangulamiento de márgenes sin tener que enfrentarse a competidores entrantes y para garantizar que no se eluda su estrategia de estrangulamiento¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

La necesidad de que la empresa verticalmente integrada sea dominante *aguas arriba* y tenga, al mismo tiempo, algún grado de poder de mercado *aguas abajo* ha sido, por lo demás, explícitamente ratificada por la jurisprudencia de este H. Tribunal:

¹⁴⁰ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, Op. Cit., p.438. Cursivas en el original. Citas internas omitidas. Traducción libre del original: "Economic theory helps identify certain conditions that make margin squeeze feasible and profitable, respectively. The minimum conditions are as follows: 1. Significant upstream market power. A vertically integrated firm must have significant market power in the upstream market to carry out a margin squeeze. Typically, the vertically integrated firm would need to enjoy a dominant position in the upstream market derived from the fact that it supplies an 'essential' input, or 'bottleneck' good. Such a good does not have effective substitutes in production (or only inferior ones); nor can it be replicated at low cost and in a short period of time. Absent market power of this kind, downstream firms could simply source at the same quality from competing upstream firms. 2. A degree of market power downstream. In addition to a very high degree of upstream market power, a vertically integrated firm requires a degree of market power on the relevant downstream market in order to carry out a margin squeeze successfully. There is some disagreement, however, as to how much market power is required in the downstream market in a margin squeeze case. Economists tend to think that some downstream power is also required, since the vertically integrated firm would need to have a strong expectation of capturing most sales from the displaced rivals. If the vertically integrated firm does not enjoy a degree of downstream power, rivals may in fact profit more from an attempted margin squeeze by capturing the exiting or marginalized firm's sales to a greater extent than the vertically integrated firm. Another related reason is that the vertically integrated firm must be able to influence the margin between the wholesale and retail prices. A high input price will be ineffective as a margin squeeze tool if downstream rivals can pass the cost on to consumers. In order to make sure that rivals make a loss, the company must prevent this pass-on using its own retail price, i.e., the vertically integrated firm must have sufficient influence over price in the downstream market. 3. Barriers to entry and re-entry. There must be barriers to entry and re-entry in both upstream and downstream markets. Such barriers ensure that firms will not enter the downstream market where the vertically integrated firm and any remaining rivals raise prices once the margin squeeze is discontinued. Entry barriers in the upstream market are necessary for the vertically integrated firm to reap the additional profits accruing from the margin squeeze without being confronted with entrants and to ensure that its squeezing strategy is not bypassed".

¹⁴¹ Profundizando sobre las razones para exigir un cierto grado de poder de mercado aguas abajo, O'Donoghue y Padilla agregan que: "[t]ambién hay argumentos convincentes de que la existencia de una dominancia aguas abajo no es una mera casualidad. En primer lugar, la dominancia aguas abajo parece inherente al concepto básico de estrangulamiento de márgenes—que una empresa controla los precios en dos mercados relacionados verticalmente y, por lo tanto, puede estrangular el margen entre esos dos precios. Si una empresa sólo tiene poder de mercado en relación con los precios de uno de los mercados en cuestión, es difícil ver cómo podría producirse un estrangulamiento de márgenes. Como mínimo, habría que demostrar que la empresa dominante tiene más poder sobre los precios en el mercado aguas abajo que cualquiera de sus rivales. En segundo lugar, a menos que la empresa integrada verticalmente goce de suficiente poder de mercado en el mercado aguas abajo, sus esfuerzos por excluir a un competidor aguas abajo pueden resultar ineficaces o incluso contraproducentes. De hecho, el monopolista aguas arriba no tendrá incentivos para excluir o marginar a un competidor con una oferta diferenciada o una base de clientes complementaria. Por último, llama la atención que los casos en los que se ha constatado un abuso de estrangulamiento de márgenes han involucrado generalmente una posición dominante tanto en el mercado aguas arriba como aguas abajo. Los casos en los que se han rechazado las alegaciones de estrangulamiento de márgenes han involucrado, por regla general, únicamente una dominancia aguas arriba". Ibid., p.446. Citas internas omitidas. Traducción libre del original: "[t]here are also compelling arguments that the presence of downstream dominance is not merely happenstance. First, downstream dominance seems inherent in the basic notion of a margin squeeze—that a firm controls the prices on two vertically-related markets and can therefore squeeze the margin between those two prices. If a firm only has market power in relation to prices on one of the markets concerned, it is difficult to see how a margin squeeze could arise. At the very least, it would need to be shown that the dominant firm has more power over price in the downstream market than any of its rivals. Second, unless the vertically integrated firm enjoys sufficient market power downstream, its efforts to exclude a downstream competitor may prove ineffective or even counterproductive. In fact, the upstream monopolist will not have the incentive to exclude or marginalise a competitor with a differentiated offering or a complementary customer base. Finally, it is notable that cases in which a margin squeeze abuse has been found have generally involved dominance on both the upstream and downstream markets. Cases in which margin squeeze allegations have been rejected have generally involved dominance on the upstream market only".

“El estrangulamiento de márgenes —enmarcado en la letra b) de la citada disposición— requiere, en cambio, que una firma verticalmente integrada detente una posición dominante en el mercado aguas arriba y tenga, además, algún grado de poder de mercado aguas abajo o lo adquiera producto del estrangulamiento”¹⁴².

En el caso de Transbank, sin embargo, sencillamente no se verifica este supuesto básico o primordial que hace del estrangulamiento de márgenes una estrategia económicamente plausible.

En primer lugar, hoy la Compañía carece de una posición dominante *aguas arriba*. Tanto es así, que, en la actualidad, los PSP como SumUp disponen de múltiples alternativas de procesamiento adquirente, pudiendo perfectamente operar con ellas en vez de con la Compañía.

En efecto, a fines de 2022 y principios de 2023, existen al menos otros cinco Operadores que prestan servicios de procesamiento adquirente, cuatro de los cuales (descartando a MercadoPago) que por regulación sectorial están obligados a dar acceso abierto a cualquier PSP que así se lo solicite.

Al respecto, cabe considerar que el Capítulo III.J.2. del CNF del BCCh¹⁴³ establece un deber de interconexión para los Operadores, que incluye a los PSP (en estricto rigor en este caso sería un deber de acceso abierto), en los siguientes términos:

“El Operador que ofrezca los servicios propios de su giro a Emisores, a otros Operadores, o a entidades afiliadas no relacionadas, deberá establecer, para la provisión de tales servicios, condiciones y exigencias públicas, generales, objetivas y no discriminatorias de contratación, por lo que una vez aceptadas dichas condiciones y exigencias, el Operador deberá otorgar acceso a los servicios que provea, sin exclusión alguna. Además, y en los mismos términos, deberá disponer de mecanismos que permitan su interconexión con otras redes y entidades relacionadas con la operación de Tarjetas, incluidas en su caso las empresas PSP, en las condiciones técnicas y de seguridad que sean acordes con su carácter de medio de pago conforme a estándares internacionales aplicables en materia de seguridad de medios de pago electrónicos. Lo indicado es sin perjuicio de observar la legislación y reglamentación que resulte aplicable a dicho Operador en caso que se encuentre constituido como sociedad de apoyo al giro bancario, en los términos y condiciones que establezca la Comisión de conformidad con sus atribuciones legales.

En todo caso, los Operadores no podrán imponer a otros Operadores o PSP con quienes contraten, condiciones, restricciones o limitaciones arbitrarias, por ejemplo, respecto de la clase de actividades o relaciones comerciales que éstos podrán mantener con sus clientes propios y demás contrapartes. Se entenderán arbitrarias para estos efectos, aquellas condiciones, restricciones o limitaciones que carezcan de una base razonable y objetiva, esto es, que no se encuentren debidamente fundadas en requerimientos normativos o técnicos, tales como la seguridad o adecuada gestión de los riesgos que afecten el normal funcionamiento del sistema de Tarjetas de Pago respectivo.

¹⁴² H. Tribunal. Sentencia N°151/2016, considerando 9°.

¹⁴³ El CNF del BCCh regula la contratación de los PSP con Emisores u Operadores que cumplan con todos los requisitos establecidos en dicha normativa para operar en Chile.

Asimismo, lo dispuesto en este numeral en ningún caso conlleva la obligación del respectivo Operador o del PSP u otro Operador con el que contrate, según sea el caso, de divulgar secretos empresariales o industriales protegidos de acuerdo a la legislación que resulte aplicable.

En el caso que un Operador decida denegar la solicitud de celebrar un contrato formulada por otro Operador y/o PSP, deberá comunicar tal decisión por escrito a la entidad solicitante, precisando las razones que la funden, las que deberán encontrarse acordes con lo dispuesto en este numeral¹⁴⁴.

Así las cosas, *aguas arriba*, todos los Operadores, salvo MercadoPago¹⁴⁵, deben ofrecer a los PSP, en igualdad de condiciones, el acceso a sus redes de procesamiento adquirente para que aquellos puedan subadquirir transacciones de las Marcas. Para lo anterior, el único requisito que debe cumplir un Operador es tener una licencia adquirente válida de alguna de las Marcas. En otras palabras, los PSP que quieran subadquirir transacciones de Amex, Mastercard o Visa pueden recurrir indistintamente a cualquiera de los Operadores que tengan una licencia adquirente de dichas Marcas, quienes no solamente pueden recibirlos, sino que están obligados a hacerlo¹⁴⁶.

Para estos efectos, sus redes de procesamiento adquirente son sustancialmente equivalentes a las de Transbank habiéndose alcanzado la plena interoperabilidad técnica con las Marcas por parte de todos los actores del sistema. Esto último fue informado muy recientemente por la CMF a la Excm. Corte Suprema, quien luego de recabar antecedentes, concluyó que:

“Conexión al switch de las marcas: Respecto a la instrucción [instrucción 1.a contenida en las ICG N°5] referida a que los emisores deben conectarse al switch de las Marcas de tarjetas (VISA y MASTERCARD), a octubre del año 2022, el 100% de las entidades a las cuales les es aplicable esta instrucción, la cumplen. En cuanto a la instrucción referida a la interconexión con AMEX, el único banco emisor de esta marca de tarjetas ya se encuentra conectado”¹⁴⁷.

Más generalmente, la CMF resumió todos los avances en materia de interoperabilidad a agosto de 2022, en el siguiente cuadro:

¹⁴⁴ Capítulo III.J.2. del CNF, ¶III.2.

¹⁴⁵ MercadoPago subcontrató los servicios de operación de Transbank bajo la alternativa contemplada en el Capítulo III.J.2. del CNF, ¶I.3 (iii), es decir, un contrato Operador-Operador. En consecuencia, ante las Marcas, MercadoPago tiene el carácter de un *Payment Facilitator* (el equivalente a un PSP) lo que, de acuerdo con las reglas de las Marcas le impide subcontratar con otros PSP. Esta última prohibición es materia de recursos de reclamación en contra de las ICG N°5 por parte de MercadoPago y Flow.

¹⁴⁶ La relevancia de estas obligaciones para la interoperabilidad en el sistema fue constatada por el propio BCCh, quien en el Oficio Ordinario N°362-2022, de 30 de diciembre de 2022 señaló: “*Por su parte, conviene recordar que el Capítulo III.J.2 del CNF contiene obligaciones para los Operadores en materia de interconexión de acuerdo con lo previsto en el artículo 82 de la LOC y demás disposiciones legales precitadas. Lo anterior en atención a la relevancia que tiene la interoperabilidad para el correcto funcionamiento del sistema de pagos*”. p.6.

¹⁴⁷ CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023, p.6.

Imagen N°5

Estado de avance de interoperabilidad a agosto de 2022

Cuadro 1 Detalle de la implementación de las medidas solicitadas por el TDLC				
N° Instrucción	Título instrucción	Descripción resumida	Dirigida a	Implementación
1	Interoperabilidad técnica	Los emisores deben conectarse al switch de las Marcas de tarjetas.	Emisores	Implementado en un 100% por todos los emisores.
2	Calidad de la Interoperabilidad en Transacciones No Presenciales Domésticas	Protocolo de Autenticación: Los emisores deberán adoptar el protocolo 3DS. Ello no implica que los emisores y adquirentes deben utilizar como única alternativa dicho protocolo de autenticación	Emisores bancarios	Tarjetas de crédito: Implementado en prácticamente el 100% del monto transado en agosto del 2022. Tarjeta de débito: implementado en el 93% del monto transado en agosto de 2022.
			Emisores de tarjetas de crédito no bancarios	Tarjetas de crédito: Implementado en el 83% del monto transado en agosto del 2022.
			Emisores de tarjetas de pago con provisión de fondos no bancarios	Tarjetas de prepago: Implementado en prácticamente el 100% del monto transado en agosto del 2022.
3	Calidad de la interoperabilidad en transacciones domésticas: cuotas comercio y cuotas promoción emisor	Los emisores o las empresas en quienes estos hubieren delegado los procesos de habilitación de cuotas comercio y cuotas emisor, deberán habilitar la funcionalidad cuotas comercio y cuotas promoción emisor.	Emisores	el 100% de las entidades a las cuales les aplica esta instrucción, tienen habilitada la funcionalidad de cuotas comercio y cuota emisor para cualquier operador que curse transacciones de dichos emisores.

Fuente: CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023, p.7.

Como salta a la vista, hace ya seis meses la interoperabilidad técnica era total, mientras que la interoperabilidad en la calidad de transacciones de distinta índole era prácticamente completa. Esto refuta por completo las erradas apreciaciones de SumUp sobre el punto, basadas en información obsoleta. La aplicación de la regulación vigente para los Operadores en materia de procesamiento adquirente, que es la propia de los negocios de infraestructura a través del establecimiento explícito de deberes de acceso abierto¹⁴⁸, es hoy una realidad innegable.

¹⁴⁸ Véase, por ejemplo: artículo 19 bis de la Ley N°18.168 (Ley General de Telecomunicaciones); artículo 11 del Decreto Suprema N°263/1995 (Reglamento Sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución Y Transporte de Gas); artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley N°4/2007 (Ley General de Servicios Eléctricos); artículo 14 de la Ley N°19.542 (Ley que Moderniza el Sector Portuario Estatal).

En adición a eso, cabe destacar que en el mercado del procesamiento adquirente no existe ninguna clase de limitación al *multiboming*, es decir, un mismo PSP puede contratar simultáneamente con más de un procesador adquirente. Lo anterior, no es una simple posibilidad teórica, sino que, de hecho, existen PSP que han reconocido expresamente en otros procesos ante este H. Tribunal tener contratos vigentes con Transbank y Klap en paralelo¹⁴⁹. Como demostraremos en la instancia procesal pertinente, algunos PSP conectados a Transbank efectivamente han comenzado a procesar al menos parte de sus transacciones con otros Operadores, arbitrando según la conveniencia de las tarifas establecidas por cada uno de ellos para el tipo de transacción de que se trate (por ejemplo, este es el caso de MercadoPago, matriz de Redelcom).

Por lo tanto, aun cuando, a la fecha, Transbank todavía tenga una presencia preponderante en el mercado del procesamiento adquirente, de ello no se deriva que tenga una posición dominante por cuanto es perfectamente sustituible por cualquier otro de los cuatro Operadores presentes en el mercado, los cuales tienen el deber de otorgar acceso abierto a sus redes. Hoy existe una plena interoperabilidad e interconexión entre distintas redes de procesamiento, las Marcas y los Emisores, por los que los PSP pueden operar perfectamente –y, de hecho, lo hacen– con competidores de Transbank como Klap (ex Multicaja), Getnet (Banco Santander-Chile), BCI Pagos (Banco BCI) y Compraquí (Banco Estado).

Sobre este punto, y a pesar de que lo anterior es de público conocimiento, de forma incomprensible la Demanda plantea equivocadamente que tales opciones no existirían. Como apoyo, SumUp se limita a citar datos del año 2020; es decir, de más de dos años de antigüedad y previos a la entrada de la mayoría de los Operadores que actualmente participan en el M4P¹⁵⁰. Esto es relevante, pues precisamente dicho rezago es el que lleva a SumUp a confundirse y afirmar como ciertas cosas que, en la actualidad, no son efectivas. En ese sentido, la CMF recientemente indicó a la Excma. Corte Suprema que:

“[L]a industria de medios de pago también ha experimentado importantes cambios en el número de emisores y operadores. Estos cambios han impactado la posición relativa de Transbank en el mercado de los operadores, donde su participación pasó desde 95% en el monto total de pagos en 2021, a 85% en septiembre de 2022. El mismo fenómeno se puede observar en el número de transacciones liquidadas por Transbank que era 95% en 2021,

¹⁴⁹ Este es el caso de, por ejemplo, Dlocal y PayU. En sus respectivas demandas de las causas Rol C N°451-2022 y Rol C N°449-2022, ambos PSP han señalado que contratan servicios de procesamiento adquirente, a lo menos, con Transbank y Klap. Paygol también ha señalado en los autos Rol C N°457-2022 tener contrato con Klap, aunque no es claro si operan como PSP a su respecto.

¹⁵⁰ Así se constata al revisar el capítulo I.D. de la Demanda (§§24-29), en el que se cita profusamente la Resolución N°67. Esta resolución del H. Tribunal se basó, según se lee expresamente en el §24 de la Demanda, en datos “(...) a diciembre de 2020 (...)”. La Sentencia CS 2022, que revocó la Resolución N°67, se apoyó en los mismos datos, totalmente desactualizados y que no reflejan la realidad actual del mercado.

llegando a poco más de 80% en 2022. De esta manera, la entrada de nuevos operadores ha generado un entorno más competitivo, especialmente en los últimos años¹⁵¹.

En el mismo sentido también se ha pronunciado el BCCh, señalando que:

“Como se indica en el Informe de Sistemas de Pago del BCCh publicado en julio de 2022, (...) los avances tecnológicos y diversos cambios regulatorios han permitido que la industria de medios de pago de bajo valor crezca en número de actores, transacciones y penetración en general, lo que contribuye a la inclusión financiera.

Es especialmente destacable que diversos esfuerzos de política han promovido cambios en el funcionamiento del mercado de pagos minorista, facilitando la entrada de nuevos actores al mercado de emisión y adquirencia, lo que se ha ido materializando gradualmente durante los últimos años¹⁵².

“(…) hasta hace pocos años había un único adquirente que afiliaba a la gran mayoría de los comercios, mientras que en la actualidad existen 6 Operadores autorizados por la CMF¹⁵³.

“En efecto, el mercado de tarjetas de pago en Chile se aleja de aquel en que había un solo actor principal en la adquirencia e integrado verticalmente con los emisores, y empieza a asimilarse al de otras jurisdicciones, con multiplicidad de emisores bancarios y no bancarios, diversas alternativas de adquirencia y PSP que contribuyen a ampliar las redes de comercios afiliados, con sus ventajas y desafíos.

Esto debería ser internalizado por todos los participantes del mercado, así como también por los reguladores y autoridades competentes. De lo contrario, existe el riesgo de adoptar medidas que puedan tener efectos contraproducentes y llevar a un eventual retroceso en los avances que se han logrado en términos de desarrollo del sistema de pagos, entrada de nuevos actores, inclusión financiera y masificación de medios de pago electrónicos¹⁵⁴.

En efecto, si bien es cierto que, en 2020, la Compañía enfrentaba menos competencia *aguas arriba*, pues en esa época la mayoría de los Operadores listados *supra* todavía no comenzaban a prestar servicios de procesamiento adquirente, ello nada dice ni prejuzga respecto de la evolución del mercado en los años posteriores, en los cuales fueron paulatinamente ingresando o incrementando su presencia los ya mencionados Klap (ex Multicaja), Getnet (Banco Santander-Chile), BCI Pagos (Banco BCI) y Compraquí (BancoEstado). Así las cosas, la entrada de estos otros Operadores deja en evidencia que no se verifica el requisito de barreras a la entrada en el mercado *aguas arriba*.

La Demanda adolece entonces de un grave error basal: se sustenta en datos completamente desactualizados, que distorsionan de forma indefectible sus análisis y conclusiones, restándoles toda validez.

¹⁵¹ CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023. p.10.

¹⁵² BCCh. Oficio Ordinario N°362-2022, de 30 de diciembre de 2022. p.2.

¹⁵³ Ibid., p.4.

¹⁵⁴ Ibid., p.10.

Lo más llamativo, sin embargo, es que SumUp se permite afirmar que “(...) ***la FNE ha reconocido la clara posición de dominio que detenta Transbank en octubre de 2022***, tanto en el mercado relevante de autos (adquirencia), como en el de procesamiento adquirente (...)”¹⁵⁵, citando a continuación lo que SumUp identifica como los supuestos ¶¶55, 58 y 60 del documento “Fiscalía Nacional Económica, escrito de solicitud de cumplimiento forzoso de sentencia, de fecha 3 de octubre de 2022, folio 479, en causa rol NC-463-2020 seguida ante este H. Tribunal, caratulada ‘Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020’”¹⁵⁶.

Esto es sorprendente pues las supuestas citas al escrito de solicitud de cumplimiento forzoso de la FNE de octubre de 2022 no son tales: en realidad, corresponden al escrito de aporte de antecedentes de la FNE en la Consulta de Transbank, presentado el 9 de julio de 2020.

En otras palabras, lo que SumUp dice que serían citas de un escrito de la FNE de “(...) ***octubre de 2022*** (...)”¹⁵⁷, para fundamentar una supuesta posición dominante de Transbank, en realidad corresponden a referencias de julio de 2020, esto es, inclusive más antiguas y no representativas de la realidad actual del mercado que aquellas de diciembre de 2020 citadas en la Resolución N°67 y en la Sentencia CS 2022.

Por lo tanto, rechazamos categóricamente la afirmación de que, en la actualidad, Transbank tendría una posición monopólica, cuasi monopólica o dominante en la prestación de servicios de procesamiento adquirente. La realidad es una completamente distinta: hoy la Compañía enfrenta intensa competencia de al menos cuatro redes rivales, las que están en condiciones de entregar a los PSP exactamente los mismos servicios de procesamiento que provee Transbank, ya que cuentan con licencias de todas las Marcas, así como con plena interoperabilidad e interconexión, según esto último ha sido reconocido por la CMF.

En este sentido, el mercado *aguas arriba* de servicios de procesamiento adquirente es plenamente desafiante. Por definición, entonces, no es posible que exista un actor dominante, como equivocadamente lo expresa la Demandante.

Y, en segundo lugar, respecto a la situación de Transbank en el mercado *aguas abajo* de la adquirencia y subadquirencia de pagos con tarjeta a Comercios, es necesario recordar que la posición de un adquirente en el mercado *aguas abajo* nada dice acerca de su participación *aguas arriba*, y menos de su supuesto carácter de contraparte indispensable en tanto proveedor de insumos.

¹⁵⁵ Demanda, ¶28. Énfasis en el original.

¹⁵⁶ Demanda, ¶28, notas al pie N°26-28.

¹⁵⁷ Demanda, ¶28. Énfasis en el original.

Pero inclusive si lo anterior no fuera cierto, la realidad del mercado *aguas abajo* es que se trata de un mercado competitivo, en el que los seis Operadores existentes deben enfrentar también la presión competitiva de cerca de 30 PSP en sus actividades de afiliación de Comercios. Es decir, en el mercado *aguas abajo* tampoco se observan barreras a la entrada que pudieran afectar a potenciales entrantes, pues de otro modo no se entiende cómo ha podido ingresar tal número de actores al mercado de la adquirencia y subadquirencia.

Así lo demuestra el hecho de que la participación de Transbank en el mercado de la adquirencia y subadquirencia sea de 77,8%¹⁵⁸; y que, en tan solo 10 meses, la Compañía haya perdido más de 10 puntos porcentuales de participación.

La creciente competitividad de este mercado *aguas abajo* fue constatada por el H. Tribunal en las ICG N°5¹⁵⁹ y, también, en la Resolución N°67, la que determinó que la vigencia del sistema tarifario de la Compañía para los Comercios sólo regiría hasta la determinación definitiva de los límites a las TI conforme a la Ley N°21.365 que Regula las Tasas de Intercambio de Tarjetas de Pago, dado que el H. Tribunal entendió que dicho hito terminaría por reducir significativamente –si es que no eliminar por completo– cualquier grado de barreras a la entrada y expansión que pudiera haber existido en las actividades de adquirencia, no justificándose, en consecuencia, una autorregulación tarifaria del MA de Transbank en dicho contexto de competencia¹⁶⁰. En ese mismo sentido el BCCh señaló que:

“[L]as circunstancias que llevaron a que por años las tarifas de Transbank hayan estado sujetas a un plan de autorregulación, sujeto a la aprobación del TDLC, han variado de manera evidente, tanto por los ajustes al marco legal y normativo, como por la evolución del mercado de medios de pago minoristas que dichos cambios regulatorios han permitido”¹⁶¹.

Es por su parte un hecho público y notorio que tal determinación definitiva de los límites a las TI está muy pronta a ser dictada, como lo indicó en octubre de 2022 ante el Congreso Nacional, don Alejandro Puente, coordinador de Mercado de Capitales del Ministerio de Hacienda y secretario técnico del Comité TI¹⁶². Y ha sido reiterado en las últimas semanas por don José Manuel Mena, presidente de la Asociación de Bancos, quien con ocasión del anuncio de los accionistas de Transbank acerca de la puesta en venta de la Compañía, señaló que “[s]i el Comité

¹⁵⁸ Participación a octubre de 2022, calculada sobre la base de los datos publicados por la CMF y datos internos de la Compañía, sin considerar en el cálculo las transacciones de PSP y operadores con contrato operador/operador. Sin embargo, es fundamental tener presente que, entre diciembre de 2021 y octubre de 2022, la Compañía perdió 10 puntos porcentuales de participación de mercado, existiendo una clara tendencia a la baja, situación que se explica por la creciente competencia *aguas abajo*. La participación de las ventas de los PSP en la venta total de Transbank, a octubre de 2022, es de 10,38%.

¹⁵⁹ Véase, en particular, la §II.D.4 de las ICG N°5.

¹⁶⁰ Resolución N°67, considerando 329°.

¹⁶¹ BCCh. Oficio Ordinario N°362-2022, de 30 de diciembre de 2022. §.6. Consideraciones refrendadas por la CMF en su Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023. § j).

¹⁶² Nota de prensa de Diario La Tercera: “*Tasas de intercambio para cobro de tarjetas estarían definidas dentro de los próximos dos meses*”, de 18 de octubre de 2022. Disponible en <<http://go.fn.cl/v9994>> [Fecha de última consulta: 28 de enero de 2023].

para la Fijación de Límites a las Tasas de Intercambio termina su trabajo, entiendo que en días o semanas, pero no un mes, también acaba un grado de las incertezas respecto a cuáles son las reglas del juego”¹⁶³.

En consecuencia, los hechos son claros en cuanto a que, hoy, la Compañía no tiene una posición dominante en un mercado *aguas arriba*; mientras que ha ido perdiendo sistemáticamente participación de mercado *aguas abajo*; esto último, especialmente dado el acaecimiento reciente o inminente de modificaciones regulatorias destinadas a fomentar la entrada y la expansión efectiva de competidores al mercado de la adquirencia y subadquirencia. Esto ha sucedido de manera clara y evidente, como tuvieron la oportunidad de constatarlo y expresarlo recientemente la CMF¹⁶⁴ y el BCCh¹⁶⁵.

V.2.3.2. *El servicio de procesamiento adquirente de Transbank no es un insumo esencial para competir en el mercado aguas abajo de adquirencia y subadquirencia*

En efecto, en los hechos, tampoco se verifica el segundo requisito exigido por la doctrina y jurisprudencia autorizada para la configuración de un estrangulamiento de márgenes: que el insumo en cuestión sea esencial para competir *aguas abajo* —en este caso, en el mercado de la adquirencia—.

Al respecto, es importante recordar que la jurisprudencia de este H. Tribunal ha establecido que, para calificar un activo de *insumo esencial*, se requiere que se cumpla copulativamente con que: (i) el *insumo* sea controlado por una única firma; (ii) éste no sea replicable a costo y plazo razonable; y, (iii) el acceso al *insumo* resulte indispensable para operar aguas abajo¹⁶⁶.

Si bien contar con un servicio de procesamiento adquirente es indispensable para poder prestar servicios de adquirencia y subadquirencia, de ello no se deriva, en caso alguno, que el servicio de procesamiento adquirente de Transbank sea esencial para esos efectos.

¹⁶³ Entrevista del Diario La Tercera a Jose Manuel Mena. Disponible en <<http://go.fn.cl/v5v6i>> [Fecha de última consulta: 28 de enero de 2023].

¹⁶⁴ CMF. Oficio Ordinario N°6545-2023, de 19 de enero de 2023. § c): “En cuanto al desarrollo producido a partir de la implementación del M4P, se aprecia que en los últimos años se han autorizado 5 operadores de tarjetas de pago, existiendo 3 operadores más en proceso de autorización por parte de la CMF”. Y § l): “A partir de los mencionados cambios en la ley y en la regulación del Banco Central, la industria de medios de pago también ha experimentado importantes cambios en el número de emisores y operadores. Estos cambios han impactado la posición relativa de Transbank en el mercado de los operadores, donde su participación pasó desde 95% en el monto total de pagos en 2021, a 85% en septiembre de 2022. El mismo fenómeno se puede observar en el número de transacciones liquidadas por Transbank que era 95% en 2021, llegando a poco más de 80% en 2022. De esta manera, la entrada de nuevos operadores ha generado un entorno más competitivo, especialmente en los últimos años”.

¹⁶⁵ BCCh. Oficio Ordinario N°362-2022, de 30 de diciembre de 2022, §.2: “Es especialmente destacable que diversos esfuerzos de política han promovido cambios en el funcionamiento del mercado de pagos minorista, facilitando la entrada de nuevos actores al mercado de emisión y adquirencia, lo que se ha ido materializando gradualmente durante los últimos años”.

¹⁶⁶ H. Tribunal. Sentencias N°s 64/2008, 124/2012 y 129/2013.

Ello, por cuanto, el insumo en cuestión (servicios de procesamiento adquirente) no es controlado por una única firma, sino que, por el contrario, sí es replicable a costo y plazo razonable por terceros

Tanto es así que, de hecho, según se vio *supra*, la red de procesamiento adquirente de la Compañía ha sido efectivamente replicada por al menos cuatro competidores *aguas arriba*, todos los cuales cuentan con licencias de las tres Marcas y plena interoperabilidad e interconexión tanto con las Marcas como con los Emisores¹⁶⁷. Hoy es un hecho que varios PSP procesan sus transacciones con otros Operadores presentes en el mercado, como Klap (ex Multicaja) y Getnet (Banco Santander-Chile), entre otros. MercadoPago, matriz de Redelcom, es uno de ellos.

Lo cierto es que no existe ningún argumento mínimamente plausible que permita justificar la consideración de los servicios de procesamiento adquirente de la Compañía como un *insumo esencial*. Por el contrario, múltiples y concordantes antecedentes prueban que no lo es. Por tanto, al no concurrir este requisito básico para entender configurada una conducta de estrangulamiento de márgenes, la Demanda también debe desestimarse íntegramente.

V.2.3.3. *El MA cobrado por Transbank no hace que las actividades de un PSP eficiente dejen de ser rentables*

Tampoco es efectivo que el MA cobrado por Transbank impida que aquellos PSP que resulten al menos igualmente eficientes que la Compañía en el mercado *aguas abajo* sean rentables.

Esto, pues, según se ha explicado *supra* en la sección IV, para la definición del MA cobrado a los PSP, la Compañía ha seguido un proceso de tarificación a *costo económico*, en el que no hay expectativas de ganancias monopólicas en el corto (*aguas arriba*), ni mediano o largo plazo (*aguas abajo*).

Si tanto el precio *aguas arriba* (MA PSP) como el precio *aguas abajo* (MA Comercios) están fijados a *costo económico*, y en esto Transbank ha aplicado las recomendaciones del Panel de Expertos para asegurarse que así sea, conceptualmente es imposible que se produzca una exclusión de competidores igualmente eficientes que Transbank. El hecho de que competidores menos

¹⁶⁷ Incluso en el hipotético caso de que lo dicho no fuera cierto –lo es–, es necesario considerar que la posibilidad de replicar un determinado activo a costo y plazo razonable no se contrapone con que pueda no ser *conveniente* hacerlo. Nadie está obligado a ver limitados sus derechos porque a un agente económico no le parece conveniente invertir en un determinado activo. En ese sentido, jurisprudencia europea de larga data ha señalado que: “[a] este respecto, conviene subrayar que, para demostrar que la creación de un sistema de este tipo no es una alternativa potencial realista y que, por lo tanto, el acceso al sistema existente es indispensable, no basta con alegar que no es económicamente viable en razón de la escasa difusión del diario o de los diarios que se van a distribuir”. Bronner v. Mediaprint. Asunto C-7/97 (1998). Disponible en: <http://go.fn.cl/072dg> [Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023], ¶45. Es más, para decidir el caso, las autoridades europeas tuvieron en cuenta que: “(...) no parece que exista ningún obstáculo técnico, jurídico o incluso económico que pueda imposibilitar, o incluso dificultar injustificadamente, que cualquier otro (...) establezca, solo o en colaboración con otros (...), su propio sistema (...) y lo utilice (...)”. Ibid., ¶44.

eficientes salgan del mercado no necesariamente es contrario a la libre competencia, pues ello no produce un perjuicio al bienestar de los consumidores.

En su Demanda, SumUp omite ostensiblemente el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia de referencia están contestes en afirmar que el test de imputación más apropiado para evaluar una acusación de estrangulamiento de márgenes consiste en determinar si acaso el precio del insumo comercializado por la empresa verticalmente integrada permite o no que un *rival igualmente eficiente* pueda competir con ella *aguas abajo* (“Test CIE”).

El Test CIE requiere que el análisis se haga sobre la base de los costos de la empresa demandada –en este caso, de Transbank–, y no con los costos propios de la Demandante, los que bien podrían ser ineficientes; situación que, lógicamente, no podría ser protegida en esta sede, pues sería ir precisamente en contra de lo que está llamada a tutelar y promover.

Resulta llamativo que SumUp no mencione en ningún momento la importancia analítica del Test CIE, siendo que éste es el estándar de consenso para realizar una evaluación objetiva de la capacidad exclusoria de la política de precios de una empresa verticalmente integrada. No está nombrado siquiera una vez.

Por el contrario, en la Demanda abundan referencias a conceptos ajenos al estudio técnico de un eventual estrangulamiento de márgenes para determinar si las nuevas tarifas de MA de Transbank tienen efectos anticompetitivos actuales o potenciales.

Así, por ejemplo, la Demandante señala que, “[p]ara que un PSP pueda operar rentablemente, debe existir una diferencia relevante entre el cobro que le hace Transbank, con el cobro que dicha empresa le hace a los Comercios que afilia directamente (lo cual se justifica en la diferencia de los servicios prestados por Transbank a los PSP y a los Comercios), ya que de esa diferencia, el PSP debe costear la adquirencia del comercio, y obtener su propia ganancia. Si esa diferencia es muy pequeña, el PSP simplemente no puede operar rentablemente”¹⁶⁸.

Pero la verdad es que el impreciso y vago concepto de “*diferencia relevante*” es ajeno al análisis doctrinario, económico y jurisprudencial de una conducta de estrangulamiento. Simplemente no es efectivo que ese sea el *benchmark* aplicable en la especie. Para evitar incurrir en un estrangulamiento de márgenes anticompetitivo, la diferencia entre el precio del insumo *aguas arriba* y el precio *aguas abajo* no debe ser *relevante*, sino que basta con que sea *suficiente* para cubrir los costos económicos de una empresa *aguas abajo al menos igualmente eficiente que Transbank* –es decir, usando como referencia los costos de la Compañía–. De lo contrario, H. Tribunal, se estaría protegiendo a empresas ineficientes, lo que sin duda generaría una grave afectación al bien jurídico protegido en esta sede.

¹⁶⁸ Demanda, ¶170.

Y resulta que los costos de Transbank son precisamente los que explican y fundamentan tanto el MA de los PSP como el MA de los Comercios. En ese escenario, es imposible que dichas tarifas puedan excluir a un competidor igualmente eficiente que Transbank.

La Demandante también argumenta que “(...) *las nuevas tarifas informadas en la Carta de Transbank hacen inviable para un PSP como SumUp el poder actuar rentablemente en el mercado. En cualquier caso, dicho riesgo no es exclusivo de nuestra representada*”¹⁶⁹.

Nuevamente, SumUp argumenta desde el error: asume sin más que sería un competidor eficiente, como si tuviera una suerte de derecho adquirido a estar en el mercado sin necesidad de justificar que su estructura de costos es competitiva. En la lógica de la Demandante, basta que el MA de Transbank no le permita a ella ser rentable, considerando sus propios costos reales, para que automáticamente se configure un estrangulamiento con efectos anticompetitivos de tipo exclusorio.

Pero ello es un flagrante error porque como lo hemos explicado, los costos a considerar en el análisis de esta conducta no son los de SumUp, sino que los de Transbank, utilizando el mencionado Test CIE. Esto, pues, como constatan O'Donoghue y Padilla, “[*Los tribunales de la UE han respaldado el test del ‘competidor igualmente eficiente’ basada en los costos de la propia empresa dominante, al menos como la regla general en los casos de estrangulamiento de márgenes*”¹⁷⁰]; aproximación que ha sido seguida íntegramente por la consolidada jurisprudencia sobre estrangulamiento de márgenes de este H. Tribunal:

“[P]ara determinar la existencia de un estrangulamiento de márgenes se debe efectuar un test económico que dependerá de la definición de competidor eficiente. (...) [E]l estándar de eficiencia que debe utilizarse para un correcto análisis de esta materia desde la perspectiva de la libre competencia es el de un competidor al menos tan eficiente como las incumbentes. El Test CIE ha sido seguido, por lo demás, por la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia (‘CEJ’) en los casos *Deutsche Telekom v. Commission* (Caso C-280/08 [2010] ECR I-9555) y *Telefónica* (Caso T-336/07 [2012] ECR II-nyr). (...) [L]a utilización del Test CIE obedece a que éste permite determinar si los precios de la oferta mayorista fueron establecidos por el OMR con la finalidad de excluir a un competidor tan eficiente como él mismo o si dichos precios le permitirían establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades. Este análisis es económicamente razonable dado que, en ausencia de colusión o traspaso de información sensible de costos, los costos del OMR representan su mejor estimación de los costos de sus competidores, y además es concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el ingreso de nuevos competidores por el solo hecho de incrementar el número de participantes en el mercado”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Demanda, ¶172.

¹⁷⁰ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, Op. Cit., p.448. Traducción libre del original: “[*the EU Courts have endorsed this ‘as-efficient competitor’ test based on the dominant firm’s own costs, at least as a general rule in margin squeeze cases*”.

¹⁷¹ H. Tribunal. Sentencia N°156/2017, considerandos 96° a 98°.

Lo anterior echa por tierra todo el análisis de la Demanda sobre este punto, el que se basa precisamente en un equivocado ejercicio de determinación de si, habida cuenta de sus costos reales, SumUp habría dejado de ser rentable con las tarifas a *costo económico* de Transbank a partir del 22 de agosto de 2022.

Por lo mismo, es curioso que SumUp afirme que “(...) *el alza significativa de las tarifas no fue un problema exclusivo de SumUp, sino que el alza afectó enormemente a toda la industria en general, perjudicando a todos los PSP*”¹⁷². En realidad, sólo dos de los más de 20 PSP afiliados a Transbank presentaron demandas contra la Compañía. La tesis del supuesto ánimo exclusorio generalizado de la Compañía contra los PSP se cae por su propio peso.

Tanto es así, que la errada argumentación de SumUp hace necesario recordar que la libre competencia no busca proteger a uno o más agentes económicos en particular, sino que a la competencia en sí misma y, por esa vía, al bienestar de los consumidores¹⁷³⁻¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

Sobre este punto, la doctrina más autorizada sostiene que:

“La Guía [Guía sobre las prioridades de actuación de la Comisión en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a los abusos exclusorios de empresas dominantes, DO 2009 C 45/2] confirma que, en general, el artículo 102 TFUE sólo se refiere a las conductas que excluyen a empresas que son al menos tan eficientes como la empresa dominante, es decir,

¹⁷² Demanda, ¶166.

¹⁷³ Existe un amplio consenso en cuanto a que su objetivo es promover el bienestar de los consumidores finales y no, en cambio, proteger a los agentes económicos en tanto tales. Así, por ejemplo, autoridades de competencia han afirmado que: “[l]a política de competencia tiene un solo objetivo: garantizar que los mercados funcionen de la manera más eficiente posible en beneficio de nuestros ciudadanos. (...) El bienestar de los consumidores está ya establecido como el criterio que la Comisión aplica al evaluar las fusiones y las infracciones de las normas del Tratado sobre cárteles y monopolios. Nuestro objetivo es sencillo: proteger la competencia en el mercado como medio de aumentar el bienestar de los consumidores y garantizar una asignación eficiente de los recursos”. Kroes, Neelie. “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”, discurso pronunciado en: European Consumer and Competition Day London, 15 de septiembre de 2005. Disponible para descarga en: <<http://go.fn.cl/gqfbk>> [Fecha de última consulta: 27 de enero de 2023]. Traducción libre del original: “[c]ompetition policy serves one goal – to make sure that markets can operate as efficiently as possible to deliver these outcomes for our citizens. (...) Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources”.

¹⁷⁴ En un sentido similar se ha pronunciado la doctrina más autorizada: “[a]unque existe un debate considerable sobre hasta qué punto el bienestar del consumidor es el objetivo de la ley de competencia de la UE, o simplemente uno de los objetivos importantes, está claro que el derecho de la competencia de la UE no se basa ni en el bienestar del productor ni en el bienestar total”. O’Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, Op. Cit., p.6. Traducción libre del original: “[w]hile there is considerable debate as to what extent consumer welfare is the objective of EU competition law, or simply one of a number of important objectives, it is clear that EU competition law is not based on either producer welfare or total welfare”.

¹⁷⁵ La jurisprudencia nacional ha refrendado este principio básico del derecho de la libre competencia en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, el H. Tribunal ha fallado que “(...) en toda actividad económica, incluso las reguladas, existen riesgos, entre los que se cuenta la aparición de nuevas tecnologías que puedan sustituir a las tradicionales, lo que obliga a las empresas preexistentes a adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad. Ello es lo propio de nuestro sistema económico y no sólo es legítimo sino también positivo desde el punto de vista del bienestar social, pues lleva al desplazamiento de los recursos productivos hacia sus usos más eficientes”. H. Tribunal. Sentencia N°45/2006, considerando 56°. En la misma línea, la Excm. Corte Suprema ha resuelto que “(...) no es un objetivo de las normas de defensa de la libre competencia el proteger sólo a un agente económico determinado, aun cuando haya podido ser afectado por determinadas conductas, en la medida que -como ocurre en el caso de autos- no se haya atentado contra la libre concurrencia de los mercados”. Excm. Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2010 dictada en los autos Rol N°1813-2010, considerando 18°.

con los mismos o menores costos. Por lo general, el bienestar de los consumidores no se ve favorecido si se permite que empresas menos eficientes que la empresa dominante busquen protección frente a la competencia de precios en virtud del artículo 102 TFUE¹⁷⁶.

“En consecuencia, el criterio del competidor igualmente eficiente garantiza que las intervenciones destinadas a evitar un estrangulamiento de márgenes no abren la puerta a la entrada de rivales ineficientes ni permitan la sobrevivencia de los competidores ineficientes existentes. (...) Obsérvese que la libre competencia aumenta el bienestar a largo plazo al premiar a las empresas eficientes y obligar a aquellas ineficientes a abandonar el mercado”¹⁷⁷.

Por ende, si el negocio de un determinado PSP llegase a no ser rentable con tarifas de procesamiento adquirente determinadas a *costo económico* –esto es, las más bajas posibles, permitiendo el autofinanciamiento, pero evitando prestar servicios bajo los costos evitables–, lo que de todas formas no consta en autos, esto únicamente puede deberse a que su diseño o modelo de negocios es ineficiente, no estando acorde con el funcionamiento de un mercado competitivo. En caso alguno se debe ni podría deberse a algún supuesto afán exclusorio de Transbank, el que categóricamente afirmamos que no existe.

V.2.3.4. El MA cobrado por Transbank a los PSP tiene una justificación objetiva

Si bien es efectivo, H. Tribunal, que el MA cobrado a SumUp aumentó en agosto de 2022, lo cierto es que, en la especie, concurren justificaciones objetivas que explican esa alza y, asimismo, las posteriores rebajas en las tarifas de septiembre y noviembre del mismo año.

Como se explicó latamente *supra* en la sección IV, el aumento de 22 de agosto de 2022 se debió, en resumidas cuentas, (i) al cambio de la estructura de tarifas de Transbank desde un sistema de tabla de doble entrada, con descuentos por volumen y ticket promedio, a un MA único, fijo y plano, en UF (aplicando de buena fe los criterios generales referidos en la Sentencia CS 2022); y (ii) a la implementación de las recomendaciones del Panel de Expertos que dieron cuenta de que inicialmente se había subvalorado el costo de los servicios prestados a los PSP. Es decir, el cambio tarifario en comento no es el resultado de una decisión antojadiza, ni menos todavía de un afán exclusorio de la Compañía, sino que tiene una justificación objetiva.

¹⁷⁶ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, Op. Cit., p.448. Cita interna omitida. Traducción libre del original: “*The Guidance Paper [Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ 2009 C 45/2] confirms that, in general, Article 102 TFEU is only concerned with conduct that would exclude firms that are as efficient as the dominant firm, i.e., with the same or lower costs. Consumer welfare is not generally well-served by allowing firms that are less efficient than the dominant firm to seek protection from price competition under Article 102 TFEU*”.

¹⁷⁷ Ibid., p.452. Traducción libre del original: “*Accordingly, the equally-efficient competitor standard guarantees that interventions aimed at preventing a margin squeeze do not open the door to the entry of inefficient rivals or enable inefficient existing competitors to survive. (...) Note that unfettered competition enhances long-run welfare by rewarding efficient firms while forcing inefficient firms to leave the market*”.

Un MA fijo y único para todos los PSP, lógicamente tiene una incidencia distinta de acuerdo con el tipo de Comercios secundarios a los que tales PSP presten servicios, y en particular, el valor del ticket promedio de sus transacciones. Así las cosas, no es lo mismo tener que pagar un MA de \$X sobre transacciones por montos de \$1.000 –compra que podría darse, por ejemplo, en una feria–, que pagar ese mismo MA respecto de transacciones de \$10.000.000 –por ejemplo, para comprar un automóvil o pagar una cuenta por atenciones médicas en una clínica–. Este aspecto fue explicado a la Excma. Corte Suprema en detalle en estrados, lo que no alteró el hecho de que la Sentencia CS 2022 estableciera el criterio de una tarifa de MA única y sin descuentos de ningún tipo.

En ese entendido, el cobro de un MA fijo en UF, único y plano puede efectivamente resultar menos rentable para aquellos PSP que preponderantemente tengan una cartera de Comercios secundarios afiliados con ventas promedio de bajo monto, como es el caso de SumUp y Redelcom, *versus* otros PSP enfocados en Comercios secundarios con ventas de valor promedio medio o alto. Sin embargo, ello es la consecuencia inevitable de la aplicación de los criterios contenidos en la Sentencia CS 2022 y no es resorte de Transbank¹⁷⁸.

Por ello, resulta a lo menos paradójico que SumUp pretenda con su Demanda que la Compañía cumpla con las supuestas “órdenes” de la Sentencia CS 2022; cuando, en realidad, son precisamente los considerandos del fallo –que no son “órdenes”, sino que criterios o principios generales– los que, interpretados en su conjunto y armónicamente, explican y justifican objetivamente el cambio tarifario contra el cual reclama la Demandante.

Por su lado, las sucesivas rebajas de 27 de septiembre y 1º de noviembre de 2022 también estuvieron objetivamente justificadas en solicitudes de la FNE y ajustes a nuevas estructuras de costos. Esas razones se encuentran desarrolladas *supra* en la sección IV, a la que nos remitimos expresamente.

En definitiva, tal como se puede observar, los cambios tarifarios de la Compañía están debidamente apoyados en antecedentes objetivos y legítimos, sin que exista prueba alguna que permita sostener que éstos tengan su razón de ser en las supuestas motivaciones exclusorias y anticompetitivas de Transbank que se permite alegar SumUp –completamente falsas y desancladas de la realidad–.

¹⁷⁸ La alternativa a un MA único, fijo y plano, en UF, habría sido cobrar un MA porcentual. Sin embargo, como se explicó *supra* en la sección IV.6, ello habría producido efectos aún peores pues las transacciones de alto monto terminarían pagando un MA exorbitante que no tendría justificación alguna y que, en definitiva, terminaría por excluirlas del pago con tarjetas. Por otra parte, las transacciones de bajo monto pagarían un MA que no sería suficiente para cubrir los CMV de Transbank, afectando con ello su autofinanciamiento y produciendo efectos potencialmente exclusorios respecto de los demás Operadores y Procesadores Adquirentes. En definitiva, ante la disyuntiva de optar por un MA único fijo en UF *versus* uno porcentual, Transbank estimó –y sigue estimando– que la opción menos problemática era –y sigue siendo– la primera. No obstante, y entendiendo la problemática que se genera para los Comercios y PSP que tienen ticket promedio de bajo monto, Transbank ha propuesto a la FNE implementar un MA mixto, con un monto base en UF y luego un MA porcentual adicional. A la fecha, la Compañía no ha recibido respuesta de la FNE sobre la posibilidad de implementar esta alternativa.

V.2.3.5. *El MA cobrado por Transbank a los PSP no genera efectos anticompetitivos ni actual ni potencialmente*

Por último, negamos con énfasis lo sostenido por la Demandante en cuanto a la supuesta existencia de efectos anticompetitivos derivados de las modificaciones tarifarias de Transbank.

Sobre este quinto y último requisito, la doctrina autorizada ha explicado que:

“A pesar de las contradicciones iniciales en la jurisprudencia sobre el estrangulamiento de márgenes, las decisiones y sentencias más recientes confirman claramente que el efecto anticompetitivo real o probable es una condición relevante para un abuso de estrangulamiento de márgenes. Aparte de esto, también está claro que la Comisión, en la práctica, siempre considerará la cuestión de los efectos anticompetitivos en los casos de estrangulamiento de márgenes. Además, es muy probable que, con independencia de la práctica de la Comisión a este respecto y basándose en el fallo del caso Intel, los demandados en casos de estrangulamiento de márgenes busquen presentar pruebas que sugieran la ausencia de un efecto material de exclusión y que la Comisión, al menos por una cuestión de equidad procesal, estará obligada a considerar”¹⁷⁹.

Al respecto, la verdad es que SumUp no ha presentado siquiera indicios de la existencia de efectos anticompetitivos, actuales o potenciales, contrarios al bienestar de los clientes finales.

Lo único que ha hecho la Demandante, en su acción, es alegar un supuesto derecho adquirido a estar presente en el mercado *aguas abajo* de la adquirencia y subadquirencia, sin importar si su operación es eficiente o no.

Pero, como este H. Tribunal bien sabe, una eventual salida del mercado de SumUp debido a una estructura de costos ineficiente en un contexto regulatorio como el descrito, cuya plausibilidad la Demandante tendrá que probar en estos autos, no sería más que la consecuencia lógica y normal de las leyes del mercado. La libre competencia, aunque a SumUp le pese, no protege a las firmas ineficientes.

En definitiva, no cumpliéndose en la especie con ninguno de los requisitos que la literatura especializada y la jurisprudencia nacional y extranjera listan como imprescindibles para la configuración de un estrangulamiento de márgenes anticompetitivo, la acusación de SumUp de que Transbank habría incurrido en esta conducta anticompetitiva debe desestimarse del todo.

¹⁷⁹ O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, Op. Cit., p.464. Citas internas omitidas. Traducción libre del original: “Despite earlier contradictions in the case law on margin squeeze, more recent decisions and judgments now clearly confirm that actual or likely anticompetitive effect is a relevant condition for an abusive margin squeeze. Quite apart from this, it is also clear that the Commission will now in practice always consider the issue of anticompetitive effects in margin squeeze cases. And it is furthermore very likely that, irrespective of the Commission's practice in this regard, defendants in margin squeeze cases will, relying on the Intel judgment, seek to advance evidence tending to suggest an absence of material foreclosure effect that the Commission will, at least as a matter of procedural fairness, then be obliged to consider”.

VI. Conclusiones

En su Demanda, SumUp alegó que Transbank había incurrido en dos ilícitos anticompetitivos mediante la misma conducta, esto es, un supuesto incumplimiento de la Sentencia CS 2022 y, además, el haber estrangulado sus márgenes. De la misma manera, invocó que estas infracciones habrían “*perjudicado a todos los PSP*”¹⁸⁰.

H. Tribunal, a partir de lo expuesto en esta contestación, y tal como se evidenciará en el proceso, estas acusaciones carecen de todo mérito. Es más, estimamos que la pretensión de SumUp debe ser rechazada en todas sus partes, con costas, pues concurren poderosos motivos que ratifican que la Compañía no ha vulnerado el artículo 3° inciso primero del DL 211, ni tampoco su inciso segundo letra b); y que, por el contrario, ha actuado apegada en todo momento al ordenamiento jurídico vigente, interpretado por los órganos encargados de velar por la defensa de la libre competencia en nuestro país.

En relación con la primera imputación, tal como se ha referido en esta presentación, y se acreditará a lo largo de este proceso:

- (i) Las tarifas cobradas a SumUp –y todas las tarifas cobradas por Transbank a Comercios, por un lado, y PSP y Operadores, por el otro– se encuentran fijadas según el *costo económico* de los servicios prestados, de conformidad con la metodología recomendada por el Panel de Expertos;
- (ii) La Compañía ha implementado, en lo que respecta al MA que es el único componente del MD que está dentro de su esfera de control, los lineamientos o criterios de la Sentencia CS 2022, pese a que la resolución referida no le impone obligación específica alguna de hacer o no hacer –más allá de no seguir aplicando el sistema tarifario que fue objeto de la Consulta de Transbank–; y,
- (iii) En cualquier caso, todas las modificaciones tarifarias fueron públicas, motivadas, objetivas, razonables, de general aplicación, no discriminatorias y respetuosas de la garantía de igualdad.

Por su parte, respecto a la segunda imputación sobre un supuesto intento de la Compañía por estrangular los márgenes de SumUp, según expusimos, ésta carece de todo sustento jurídico, económico y fáctico.

¹⁸⁰ Demanda, ¶166.

De partida, Transbank no tiene incentivos para excluir a SumUp ni a ningún otro PSP del mercado. No los tenía antes del 22 de agosto de 2022 y tampoco pasó a tenerlos repentina e inexplicablemente a partir de esa fecha. Entre Operadores (como Transbank) y los PSP existe una relación de complementariedad significativa, que viene dada por el hecho de que, por regla general, los PSP afilian Comercios que típicamente no habían sido parte del sistema de pagos con tarjetas, o bien ciertos Comercios de nicho que requieren servicios de valor agregado que forman parte de la oferta de los PSP. Dichos actores dotan de capilaridad y atraen una gran cantidad de transacciones a la red de los Operadores que, de otro modo, no procesarían ni recibirían una tarifa por ello. De este modo, es dudoso que la posición de Transbank se vea beneficiada con la salida de SumUp o cualquier otro PSP que actualmente procesa sus transacciones a través de la Compañía.

Además, en el caso particular de Transbank, sus servicios, tanto de adquirencia como de procesamiento adquirente, están tarificados a *costo económico*, lo que determina que ambos le sean rentables (al mismo tiempo que descarta la existencia de rentas sobrenormales). No existen incentivos económicos para excluir a los PSP. Por el contrario, éstos son verdaderos socios comerciales de la Compañía, por lo que la tesis del ánimo exclusorio carece de toda plausibilidad y razonabilidad.

Tampoco podría configurarse un estrangulamiento de márgenes anticompetitivo porque el servicio de procesamiento adquirente de Transbank, que la Demandante apunta como herramienta de implementación del ilícito, no es, en caso alguno, un *insumo esencial* para su giro. SumUp puede perfectamente integrarse con uno o más Operadores competidores de Transbank y dejar de procesar sus transacciones a través de la Compañía. No se trata de un proceso extremadamente lento ni costoso (es factible realizarlo en sólo algunos meses), como lo han hecho otros PSP. Ello, por sí solo, ratifica que la red de procesamiento adquirente de la Compañía **(i)** es un insumo perfectamente replicable y, en los hechos, **(ii)** ha sido exitosamente replicado por los demás Operadores presentes en el mercado, no siendo entonces controlado por una única firma.

En definitiva, la presente causa no es otra cosa que un intento de SumUp por seguir pagando una tarifa de acceso a los servicios de procesamiento adquirente de la Compañía que fue declarada por la Excm. Corte Suprema como incompatible con los principios de igualdad, no discriminación y preservación de la competencia; esto es, de evitar que se le aplique la tarifa única y plana actualmente vigente para el MA de Transbank, tanto para PSP como para Comercios, aun cuando dicha tarifa honra los lineamientos generales de la Sentencia CS 2022 y, además, implementa las recomendaciones del Panel de Expertos en cuanto instancia técnica que verificó en detalle que las tarifas de la Compañía reflejaran fielmente su *costo económico*. Las pretensiones de SumUp son simplemente incompatibles con el DL 211 y, por ende, deben ser desechadas.

POR TANTO,

por las consideraciones de hecho, jurídicas y económicas desarrolladas en esta presentación, y en virtud de las disposiciones legales citadas en su cuerpo, así como de los artículos 1º, 2º, 3º, 18, 26 y 39, entre otros, del DL 211,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por contestada la demanda presentada en estos autos en contra de Transbank S.A. y, en definitiva, en base al mérito de lo expuesto:

- a) Rechazar en todas sus partes, con costas, la demanda presentada por SumUp Chile SpA; y,
- b) Ratificar que el margen adquirente cobrado por Transbank S.A. a SumUp Chile SpA se encuentra conforme con la normativa de defensa de la libre competencia; o, en el evento de estimarse por el H. Tribunal que existe un mecanismo de cobro más idóneo para implementar los principios dispuestos por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia de fecha 8 de agosto de 2022 dictada en los autos Rol N°82.422-2021 –alguno de los propuestos por Transbank S.A. a la Fiscalía Nacional Económica u otro–, precisar cuál sería ese mecanismo.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

- 1. Anexo “Información Comercial Sensible y Confidencial”.
- 2. Recurso de reposición presentado por Transbank en sede administrativa, en contra del Ord. 1431, de fecha 26 de septiembre de 2022.
- 3. Oficio Ordinario N°1461 de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 30 de septiembre de 2022.
- 4. Resolución Exenta N°544 de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 30 de septiembre de 2022.
- 5. Informe Final de Panel de Expertos Independientes, de fecha 29 de abril de 2022.
- 6. Oficio Ordinario N°6545 de la Comisión para el Mercado Financiero, de fecha 19 de enero de 2023.
- 7. Oficio Ordinario N°362 del Banco Central, de fecha 30 de diciembre de 2022.

Solicitamos al H. Tribunal: tener por acompañados los documentos listados, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: En atención a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto Ley N°211 y en el Auto Acordado N°16/2017, “*sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos*” (“AA 16”), solicitamos al H. Tribunal que declare la confidencialidad de los documentos acompañados en el primer otrosí por las razones que a continuación se indican.

Tabla N°1
Solicitud de confidencialidad

Documento y naturaleza de la información	Titulares de la información	Sección del documento respecto de la cual se solicita confidencialidad	Motivos que justifican la solicitud de confidencialidad
Documento individualizado en el número 1 del primer otrosí como: <i>“Anexo Confidencial”.</i>	Transbank, SumUp, y Bancos accionistas de Transbank.	Totalidad del documento.	La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) costos de producción; (ii) ventas; (iii) márgenes; (iv) número de clientes; y, (v) otra información a través de la cual se pueden deducir los datos anteriores, los que se presumen confidenciales de acuerdo con el AA 16.
Documento individualizado en el número 5 del primer otrosí como: <i>“Informe Final del Panel de Expertos Independientes”.</i>	Transbank.	Guarismos monetarios contenidos en la Figura 3 de la página 12.	La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) costos de producción; y, (ii) volúmenes de venta; todo lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16. Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.

		<p>Guarismos monetarios y porcentuales contenidos en la Figura 5 de la página 17, y en la página 18.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) secretos comerciales; y, (ii) costos de producción; todo lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismo porcentual contenido en la página 19, y en la nota al pie n°21 de la página 21.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos contenidos en la Figura 8 de las páginas 26 y 106, y en las columnas “Costos económicos PSP (MM\$)*” y “Nro transacciones (MM trx)*” de la Figura 9 de la página 26.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) secretos comerciales relativos a fórmulas de la Compañía asignar costos; y, (ii) costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismos contenidos en la fila “Suma/promedio” de la Figura 9 de la página 26.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos monetarios y porcentuales contenidos en la página 27.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos monetarios de la página 29, y en la Figura 11 de la página 30.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismos monetarios contenidos en la Figura 12 de la página 31, en la Figura 15 de la página 33 y en la Figura 36 de la página 108.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos asociados a las variables “Kd”, “E” y “D” contenidos en la página 35.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos porcentuales vinculados al WACC contenidos en las páginas 29, 35, 38, 41, 42, 89 y 111.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismos contenidos en el primer párrafo de la sección “Composición de la financiación (E y D)” de la página 36.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con secretos comerciales sobre la forma de financiación de la Compañía y su estructura de costos, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismo porcentual contenido en la sección “Costo de la Deuda - Kd” y pie de página 49, de la página 37.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con secretos comerciales sobre la forma de financiamiento de la Compañía y su estructura de costos, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos monetarios contenidos en la página 38.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con la rentabilidad y costos de producción de la Compañía, todo lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismos porcentuales contenidos en el segundo párrafo de la página 39.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con secretos comerciales sobre la forma de financiamiento de la Compañía y su estructura de costos, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos expresados en pesos y en UF en la página 46.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) rentabilidad; (ii) estrategias de <i>pricing</i>; y, (iii) secretos comerciales relativos a la forma de asignar costos de la Compañía, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos monetarios contenidos en el primer párrafo de la página 47.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con: (i) rentabilidad; (ii) estrategias de <i>pricing</i>; y, (iii) secretos comerciales relativos a la forma de asignar costos de la Compañía, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismo expresado en UF contenido en la última línea del cuarto párrafo de la sección “Los descuentos en el MA deben aplicarse a las transacciones marginales” de la página 50.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con; (i) rentabilidad; y, (ii) costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismo monetario asociado al costo medio variable considerado por Transbank para PSP contenido en las páginas 57, 58, 59 y 62.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con fórmulas para calcular costos de producción de la Compañía, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos expresados en UF contenidos en el último párrafo de la sección “Las tarifas asociadas a transacciones de débito o prepago deben ser inferiores a las de crédito” de la página 58.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 34 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

		<p>Guarismos contenidos en las columnas “No PSP”, “PSP”, “Sin Apertura” y “MM\$” de la Figura 26 de la página 66, y en las columnas “MM\$” y “MM\$ (tot categoría)” de la Figura 27, Figura 28, y Figura 29 de las páginas 67, 68, 69, 70, 71 y en las columnas “MM\$” y “MM\$ (tot categoría)” de las Figuras 30, 31, 32, 33 y 34 entre las páginas 71 y 76.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folios 34 y 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos contenidos en la tabla de la página 102.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, ya que dice relación con costos de producción, lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>
		<p>Guarismos de las columnas “Venta UF”, “N°de Trx”, “Vale Prom”, “MA UF”, y “MA CLP por Trx” de la página 113.</p>	<p>La divulgación de esta información afectaría el desenvolvimiento competitivo de Transbank, ya que dice relación con: (i) identificación de clientes; (ii) información desagregada de ventas; y, (iii) la rentabilidad de la Compañía, todo lo cual se presume confidencial de acuerdo con el AA 16.</p> <p>Cabe destacar que estas secciones fueron ya declaradas confidenciales a folio 38 de los autos Rol C N°458-2022, correspondientes a la medida prejudicial interpuesta por SumUp.</p>

De conformidad con lo dispuesto en el Auto Acordado N°19/2019 y en el “Protocolo de Funcionamiento” del H. Tribunal, emitido con fecha 13 de octubre de 2022, los referidos

documentos cuya confidencialidad se solicita se acompañaran en un dispositivo de almacenamiento electrónico entregado en las dependencias del H. Tribunal.

Solicitamos al H. Tribunal: acceder a lo pedido y declarar la confidencialidad de los documentos indicados, en los términos antes expuestos.

TERCER OTROSÍ: De conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 21 del DL 211, solicitamos la designación como ministros de fe de los receptores judiciales que se indican a continuación, para que practiquen, dentro de su competencia territorial, todas aquellas diligencias en las que sea necesaria su intervención durante el curso del presente procedimiento:

1. Doña **Zayda Rodríguez Fuentes**, cédula nacional de identidad N°7.810.864-9, correo electrónico <receptorazrodriguez@gmail.com>, domiciliada en Huérfanos N°1.400, oficina 609, torre B, comuna de Santiago Centro;
2. Don **Marco Marihuán Garrido**, cédula nacional de identidad N°9.020.401-7, correo electrónico <marcomarihuan@hotmail.com>, domiciliado en Doctor Sótero del Río N°508, oficina 506, comuna de Santiago Centro;
3. Doña **Myriam Manríquez de la Fuente**, cédula nacional de identidad N°12.777.140-5, correo electrónico myriamreceptora@gmail.com, domiciliada en Rosa Rodríguez N°1375, oficina 515, comuna de Santiago Centro;
4. Doña **Marianela Ponce Hermosilla**, cédula nacional de identidad N°6.247.222-7, correo electrónico <marianelaponcereceptora@tie.cl>, domiciliada en pasaje Rosa Rodríguez N°1.375, oficina 313, comuna de Santiago Centro; y,
5. Don **Eduardo Löbel Aracena**, cédula nacional de identidad N°6.053.101-3, correo electrónico <edolobel@gmail.com>, domiciliado en Sotero del Río N°541, oficina N°920, comuna de Santiago Centro.

Solicitamos al H. Tribunal: acceder a lo pedido y tener por designados a los receptores antes individualizados.