

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, veintinueve de abril de dos mil veinte.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, que rola a fojas 1 de estos autos y sus anexos (“Acuerdo Extrajudicial”);
2. La presentación de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”, indistintamente) y Transbank S.A. (“Transbank”), de fojas 45 y siguientes;
3. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”); y
4. Lo expuesto en la audiencia celebrada el 16 de abril del presente año por los apoderados de la Fiscalía; Transbank; la Asociación de Empresas de Innovación Financiera de Chile, Asociación Gremial; Pst Pago Fácil Spa; Walmart Chile S.A.; Mercadopago S.A.; Flow S.A.; Multicaja S.A.; Farmacias Ahumada S.A.; y Servicios Visa Internacional Limitada.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la FNE y Transbank someten a la aprobación de este Tribunal el Acuerdo Extrajudicial en el que se contempla el sistema tarifario que ésta última pretende aplicar para el denominado “modelo de cuatro partes” en el mercado de medios de pago con tarjetas;

Segundo: Que este nuevo sistema tarifario sustituiría al actual Plan de Autorregulación (“PAR”), aprobado por este Tribunal el 9 de marzo de 2006 en la causa rol C N° 16-04, y sería aplicable a todas las tarjetas de pago (crédito, débito y pago con provisión de fondos, o cualquier otra que exista a futuro) que opere Transbank. Cabe recordar que ésta última se encuentra obligada a autorregularse en razón de lo dispuesto en el avenimiento que suscribió con la FNE y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. el 5 de abril de 2005, en la misma causa rol C N° 16-04, en virtud del cual se comprometió, entre otras obligaciones, a: (i) fijar comisiones a establecimientos de comercios públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplan con las circulares de la SBIF; y (ii) someter a la aprobación de este Tribunal un Plan de Autorregulación Tarifaria (fojas 222, expediente causa Rol C N° 16-04);

Tercero: Que, antes de analizar el contenido del Acuerdo Extrajudicial, se debe determinar (i) si es posible modificar el PAR y (ii) si dicha modificación puede realizarse en un procedimiento distinto al contencioso en el que fue aprobado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuarto: Que la primera cuestión fue resuelta en la Resolución N° 53/2018. En ella se sostuvo que las medidas y condiciones impuestas por el Tribunal pueden modificarse cuando existe un cambio en las circunstancias que las originaron. Al efecto, se señaló que *“las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio”* (párrafo 123);

Quinto: Que, enseguida, en la misma Resolución N° 53/2018 el Tribunal estableció que el procedimiento idóneo para modificar el PAR no debe ser, necesariamente, uno contencioso (como el que le dio origen), sino que es posible modificar las medidas impuestas en una sentencia a través de una resolución dictada en ejercicio de la potestad consultiva de este Tribunal, en el procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 (párrafo 112);

Sexto: Que, siendo claro que la revisión del PAR puede realizarse en un procedimiento contencioso o en uno consultivo, corresponde, para los efectos de esta causa, analizar si dicha revisión procede además en el procedimiento regulado en el artículo 39 letra ñ); esto es, a través de la presentación de un acuerdo extrajudicial. En otras palabras, se debe resolver si este último procedimiento es adecuado para realizar una revisión que permita concluir que las circunstancias que justificaron la aprobación del PAR han cambiado y que las nuevas ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario propuesto;

Séptimo: Que para poder determinar lo anterior, se debe recordar que en el procedimiento contencioso se contempla una fase de discusión y de prueba, en que las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba regulados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y, en general, de cualquier otro indicio o antecedente que, en concepto de este Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes. Adicionalmente, se puede decretar la práctica de diligencias probatorias, cuando resulte necesario para aclarar puntos oscuros o dudosos. De esta forma, por medio de este procedimiento, es posible revisar completamente las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

características del o los mercados en que incidirían las conductas que se someten al conocimiento del Tribunal, sus efectos y las medidas que eventualmente deban ser adoptadas;

Octavo: Que, de modo similar, el procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N° 211 otorga al Tribunal la facultad de oficiar a las autoridades concernidas y a los agentes económicos que pudieran estar relacionados con la materia de la consulta, con el fin de que aporten antecedentes. Además, el Tribunal puede recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes (artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211). En este sentido, la Excm. Corte Suprema ha destacado que *“el procedimiento intentado [consultivo] garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto. En efecto, el artículo 31 del D.L. N°211 contempla las siguientes oportunidades procesales: la notificación y plazo para aportar antecedentes; la circunstancia de que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente; el derecho a ser oído, plasmado en la fijación de una audiencia pública; y la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para recabar los antecedentes que considere pertinentes”* (c.4°, sentencia rol N° 30190-2014). En suma, el procedimiento consultivo faculta al Tribunal para poder enfocarse con gran profundidad en la revisión de las características de lo consultado y del o los mercados en el que incidiría, para así definir las medidas o condiciones que eventualmente deban adoptarse;

Noveno: Que, a diferencia de los anteriores, y tal como se señaló en los autos rol AE N° 16-18, en el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 el Tribunal sólo ejerce una potestad de control, cuyo objeto es verificar si el acuerdo cautela la libre competencia (considerando 2°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076), pero no *“[...] una función de revisión judicial y, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo”* (considerando 3°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076, rol AE N° 16-18). De aquí que este procedimiento sea de carácter simplificado, sin forma de juicio, y que sólo contemple la realización de una audiencia al quinto día hábil de recibidos los antecedentes. Asimismo, en marcado contraste con los anteriormente descritos, este procedimiento no permite que el Tribunal pueda recabar o recibir más antecedentes que aquellos expuestos por las partes o interesados en dicha audiencia;

Décimo: Que, por tanto, el procedimiento regulado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 difiere sustancialmente del procedimiento contencioso regulado en los artículos 20 y siguientes de dicho decreto ley, así como del procedimiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecido en el artículo 31 del mismo cuerpo legal, los que permiten al Tribunal realizar un examen exhaustivo de los hechos sometidos a su conocimiento. En concreto, el procedimiento de autos no permite evaluar en forma rigurosa y profunda si existen nuevas circunstancias de hecho distintas a aquellas imperantes cuando el PAR fue aprobado y, menos aún, si estas nuevas circunstancias ameritan la adopción del nuevo sistema tarifario en los términos planteados por el Acuerdo Extrajudicial;

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, en este caso particular el mercado de medios de pago con tarjetas es un mercado complejo, caracterizado como uno de dos lados (Resolución N° 53/2018, párrafo 151), con varios actores (emisores, marcas de tarjetas, comercios, proveedores de servicios para procesamiento de pagos, adquirentes, entre otros) y que, según indica el Acuerdo Extrajudicial, enfrenta un escenario de cambio de estructura desde un modelo de tres partes a uno de cuatro partes. Estas son cuestiones que requieren de una revisión profunda de los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal, que evidentemente no puede ser realizada en el presente procedimiento;

Duodécimo: Que en nada cambia la conclusión anterior el hecho que el Tribunal en la Resolución N° 53/2018 se haya pronunciado acerca de las características del mercado de pago con tarjetas y sobre la necesidad de modificación del PAR. En efecto, aun teniendo presente lo razonado en ese momento, el procedimiento de autos no permite tener presente antecedentes adicionales que son necesarios para analizar, con la debida diligencia, si el nuevo modelo tarifario presentado en el Acuerdo Extrajudicial se ajusta a la normativa de libre competencia en las condiciones actuales que rigen el mercado;

Decimotercero: Que, finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ), en este procedimiento el Tribunal únicamente puede aprobar o rechazar el Acuerdo Extrajudicial, sin que pueda imponer las medidas que eventualmente sean necesarias para mitigar los riesgos anticompetitivos de éste, si los hubiera;

Decimocuarto: Que, por todo lo señalado, el procedimiento establecido en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 no resulta la vía procesal idónea para que el Tribunal se pronuncie sobre la adopción del nuevo sistema tarifario sometido a su aprobación y las condiciones en que ha sido planteado;

Decimoquinto: Que, en virtud de lo anterior, no procede pronunciarse sobre el contenido del Acuerdo Extrajudicial;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE: Rechazar el Acuerdo Extrajudicial alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica y Transbank S.A., que rola a fojas 1.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol AE N° 17-20

JAVIER ALONSO TAPIA CANALES
Firmado digitalmente por JAVIER ALONSO TAPIA CANALES
Fecha: 2020.04.29 12:47:21 -04'00'

ENRIQUE VERGARA VIAL
Firmado digitalmente por ENRIQUE VERGARA VIAL
Fecha: 2020.04.29 12:03:58 -04'00'

EDUARDO HUMBERTO SAAVEDRA PARRA
Firmado digitalmente por EDUARDO HUMBERTO SAAVEDRA PARRA
Fecha: 2020.04.29 12:31:57 -04'00'

DANIELA ALEJANDRA GORAB SABAT
Firmado digitalmente por DANIELA ALEJANDRA GORAB SABAT
Fecha: 2020.04.29 12:52:13 -04'00'

MARIA DE LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ
Firmado digitalmente por MARIA DE LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ
Fecha: 2020.04.29 14:53:34 -04'00'

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.

MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Firmado digitalmente por MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.04.29 15:14:16 -04'00'

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Firmado digitalmente por MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.04.29 15:13:46 -04'00'