



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

TRANSBANK: ORÍGEN, ASCENSO Y OCASO DE UN MONOPOLIO

INFORME JURÍDICO

Por:

NICOLÁS ELTIT MISLEH

Profesor Patrocinante:

DR. CRISTÓBAL BALBONTÍN GALLO

Valdivia, Chile

Enero, 2023.

Trabajo realizado en el marco del curso de pregrado de la carrera de Derecho: “Informe Jurídico”, impartido el segundo semestre del año 2022, a cargo del Profesor Dr. Juan Andrés Varas Braun, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Índice de contenidos

Índice de abreviaturas.....	3
I. Introducción.....	4
II. La historia de <i>Transbank</i> en Chile	7
1) Origen y primeros años: período desde el año 1989 hasta el 2002.....	10
2) Desarrollo y fortalecimiento del Monopolio: período desde el año 2003 hasta el 2016.....	15
3) Apertura del mercado y fin del Monopolio: período desde el año 2017 hasta el 2019	24
4) Cambio de régimen, de un Modelo de 3 Partes (M3P) a uno de 4 Partes (M4P): período desde el año 2020 hasta la actualidad.....	27
III. Conclusiones	29
IV. Bibliografía.....	36

Índice de abreviaturas

FNE	Fiscalía Nacional Económica.
ERN	Expediente de Recomendación Normativa.
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
SBIF	Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
DL N°211	Decreto Ley N°211, Fija normas para la defensa de la libre competencia, 1973.
CPC	Comisión Preventiva Central.
CR	Comisión Resolutiva.
BC	Banco Central.
MD	<i>Merchant discounts</i> . Porcentaje que se le descuenta al comercio por cada venta.
PAR	Plan de Autorregulación Tarifario.
UF	Unidad de Fomento.
M3P	Modelo de 3 Partes.
M4P	Modelo de 4 Partes.
CS	Corte Suprema.
DL N°211	DFL N°1, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973.
MCC	<i>Merchant Category Code</i> .

I. Introducción

Las páginas del presente informe jurídico serán dedicadas a describir y analizar lo que fue la situación monopólica de la empresa *Transbank S.A.* en Chile, cuya duración se extendió desde el año 1991 hasta el 2016. Esta forma de organización monopólica terminó debido a la apertura del mercado de proveedores de servicios de métodos de pago electrónico con tarjetas de crédito; débito y prepago, incentivando así la entrada de nuevas empresas competidoras al rubro de adquirencia, operación y procesamiento de transacciones de pago con tarjetas a nivel nacional.

El régimen monopólico que ostentó *Transbank S.A.* (en adelante: *Transbank*, la adquirente o conglomerado bancario) surgió con la aquiescencia y conformidad de la Administración del Estado, por lo tanto, esta situación de hecho, en la que un solo actor controla, opera y abarca todo el mercado, se ejecutaba de manera autorizada. Sin embargo, ¿quién o quiénes determinan los costos y/o beneficios que tendrán para los consumidores la adopción de uno u otro sistema de organización económica?

Cuestiones como estas se encuentran en zonas grises o fronteras difusas, ya que, en ocasiones la legislación puede ser poco clara o no cubrir ciertos supuestos de hecho, generando problemas interpretativos, ya sea por lagunas normativas o por la obsolescencia y transformación de ciertas prácticas, como, por ejemplo, en este caso, el hecho gradual, pero cierto, de migrar del papel moneda a la moneda digital.

Este cambio de paradigma financiero, obliga a los estados modernos a mantener constantemente actualizadas las legislaciones nacionales¹, y la forma en que estas se relacionan con las normas internacionales y los ordenamientos jurídicos y económicos de los demás países. En esta labor de definir qué sistema de organización económica será el que regirá en cierta área o rubro, se dan espacios potenciales para cometer abusos, los que generan perjuicios a los usuarios y consumidores del bien o servicio.

Durante años en Chile, *Transbank* ostentó, en la práctica, el monopolio autorizado del servicio de proveedor de métodos de pago electrónico, ya sea, de tarjetas de crédito, débito o prepago. Esto significaba que dicha empresa era el único actor en el mercado que realizaba la adscripción, gestión

¹ Senado de la República de Chile. Proyecto de ley: Regulación de competencia en mercado de medios de pago electrónicos, 2014.

y administración al sistema de tarjetas para pago electrónico. Naturalmente en esta situación, el poder relevante de mercado de la adquirente era de gran alcance, y aunque parezca contraintuitivo, la autoridad de aquella época actuó con deferencia frente a los hechos, excusando su pasividad en razones de eficiencia, ya que, hay ocasiones en que los monopolios tienden a disminuir los costos de transacción, favoreciendo en última instancia a los consumidores².

Esta situación de monopolio natural, generado como consecuencia de la interacción de economías de escala global³, es capaz de suscitarse por diversos motivos, entre ellos: industriales, productivos, tecnológicos y/o económicos, debido a que, si hay escasez de cierta tecnología, por ejemplo, puede ser que resulte más eficiente que un solo actor se encargue de la producción, coordinación, distribución, logística y administración de ciertas actividades económicas⁴.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, también es posible o probable que un monopolio tenga lugar o se materialice en cierto mercado por cuestiones de “captura” política⁵, en este sentido, es pertinente preguntarse: ¿por qué la empresa *Transbank S.A.* ostentó durante tan largo tiempo el monopolio del mercado de métodos de pago electrónico en Chile, cuando en realidad no había argumentos razonables para ello? Y esta interrogante no es baladí, ya que, por bastantes años, a la vez que varios organismos públicos y privados presionaban abiertamente abogando por una apertura competitiva de este sector del mercado⁶, la experiencia comparada venía demostrando la eficiencia que significa que esta área de la economía se rija por los principios y directrices de la libre competencia⁷, a *contrario sensu* de un régimen monopólico, ya que, un sistema con varios actores compitiendo beneficia a los usuarios y consumidores, efecto que se observa reflejado principalmente en los precios del servicio.

Previo al año 2016, con el objetivo de abrir el mercado de métodos de pago electrónico a nuevos actores en competencia y terminar con el monopolio de facto que controlaba *Transbank*, es que distintas empresas e instituciones presionaban públicamente a las autoridades para que regulen esta área de la economía. Esta situación de tensión política y económica se vio reflejada en varios aspectos, desde el sector privado, por ejemplo, en el año 2012, la empresa Multicaja S.A.

² MANKIW, 1991, p. 286.

³ MANKIW, 1991, p. 288.

⁴ CASTRO, 2021, p. 2.

⁵ MANKIW, 1991, p. 287.

⁶ Boletín 9.201-03, 2016. Senado de la República de Chile.

⁷ Informe de Gerens S.A. 2012.

encomendó la confección de un informe a la asesora financiera Gerens S.A. en el cual se detallan las desventajas del sistema monopólico que imperaba en el rubro de medios de pago con tarjeta; comparándolo a su vez con las ventajas que implicaría la competencia en este mercado; haciendo también una revisión de legislaciones extranjeras⁸.

Por otra parte, desde el sector público, también se comenzaba a vislumbrar la intención de regular de manera competitiva el mercado. Así, en el año 2015, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) redactó el “Expediente de Recomendación Normativa (ERN) sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago”, dirigido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en el cual, se recomienda por razones económicas la apertura competitiva del mercado en cuestión⁹. En el mismo sentido, en octubre del año 2016 el Congreso Nacional promulga y publica la Ley N°20.950¹⁰, la que autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondo por entidades no bancarias.

Teniendo a la vista el contexto general, la hipótesis que plantearemos y desarrollaremos es la siguiente: este problema es producto de un dilema entre un monopolio natural generado por una estructura de costos en un mercado con barreras de entrada altas debido a la concentración de la industria por el control del manejo de la información y los datos, conjugado, por otro lado, con el ofrecimiento por parte de *Transbank* de la prestación de un servicio con tarifas que, en un primer período, eran relativamente bajas, lo cual desincentivaba la entrada de nuevos actores a la competencia. A su vez, siendo la adquirente una empresa eficiente en la gestión de sus costos y en la prestación de sus servicios, sumándole a esto la obsecuencia y connivencia del Estado de Chile frente a los hechos, es que se carecía de razones para desconcentrar la información y/o aumentar los precios, ya que, esto habría provocado un incentivo para que se configure un mercado con pluralidad de actores, lo que hubiera disminuido la posición dominante de *Transbank*.

Habiendo bosquejado un panorama jurídico general, comenzaremos a desarrollar un análisis histórico del Derecho, a fin de realizar algunas aclaraciones estructurales y destacar los puntos relevantes que se puedan identificar para dar respuesta al problema que se ha planteado.

⁸ INFORME DE GERENS S.A., 2012.

⁹ ERN, rol N°20-2014.

¹⁰ Ley 20.950, 2016.

II. La historia de *Transbank* en Chile

Las tarjetas de crédito tuvieron su origen en Europa, a principios del siglo XX, donde algunos hoteles las emitían con el objetivo de garantizar una atención preferente a sus clientes más importantes. En aquella época, la relación que se generaba a partir de la emisión de una tarjeta de crédito era únicamente bilateral, entre la entidad emisora y el tarjetahabiente¹¹. Esta es una gran diferencia con el modelo de funcionamiento actual, en el cual existe interconexión e interoperabilidad entre los diferentes actores del mercado, desde las compañías que operan las redes de pago a nivel internacional, tales como Mastercard y Visa; los bancos, que son los principales emisores de tarjetas; las empresas que ofrecen los servicios de adquirencia, como *Transbank*; y los comercios adheridos al sistema de pago electrónico, que son aquellos en donde se genera el nexo y la transacción con los consumidores (tarjetahabientes).

La primera tarjeta de crédito fue emitida por la empresa estadounidense *Western Union* en el año 1914, la cual otorgaba al cliente una atención preferencial que comprendía la posibilidad de diferir los pagos, opción que no era otorgada a las personas que no poseían una tarjeta de crédito. Posteriormente, otras empresas siguieron los pasos de *Western Union* y emitieron tarjetas con funciones similares entre las que destaca la *General Petroleum Company* de California al igual que varios establecimientos turísticos y de transporte, así como también diversas tiendas que, en general, dirigían sus servicios a los segmentos socioeconómicos de mayores ingresos¹².

Debido a la “Gran Depresión” provocada por la crisis bursátil del año 1929, se produjo un estancamiento en la emisión de tarjetas de crédito que se prolongó hasta pasada la Segunda Guerra Mundial. Finalizada esta guerra, comenzaron a reaparecer empresas interesadas en la emisión del incipiente dinero plástico¹³. En 1950, Frank McNamara y Ralph Schneider crearon la tarjeta *Diners Club*, la primera destinada a uso internacional, pensada básicamente para el pago de servicios comerciales y de turismo. El funcionamiento de esta tarjeta era bastante sencillo, y consistía en que todas las compras y gastos realizados durante el mes se acumulaban en una sola cuenta la cual debía ser pagada por el tarjetahabiente al final de dicho período¹⁴.

¹¹ SANDOVAL, 1994, p. 11.

¹² YOPO, 2012, p. 9.

¹³ ÁLVAREZ, 2003, p. 19.

¹⁴ FERNÁNDEZ, 2003, p. 23.

En un principio, los bancos se marginaron del proceso de emisión de dinero plástico, y no fue hasta el año 1951 en que el *Franklin National Bank* comenzó a emitir tarjetas asociadas a una cuenta corriente y a una línea de crédito. Sin embargo, esta tarjeta tenía un sistema de funcionamiento sustancialmente diferente al que presentan las utilizadas actualmente. La tarjeta de crédito emitida por el *Franklin National Bank* sólo podía ser usada en establecimientos comerciales que, al igual que el tarjetahabiente, tuviesen cuenta corriente en dicho banco. De esta forma, el cliente usaba su tarjeta de crédito en un establecimiento comercial, el cual procedía a llenar un formulario con los datos del usuario y del gasto realizado, información que se enviaba al banco que, previa deducción de una comisión anteriormente pactada procedía a descontar el monto del gasto de la cuenta del tarjetahabiente para depositarlo en la cuenta corriente del establecimiento comercial¹⁵.

A partir de la experiencia del *Franklin National Bank* muchos bancos comenzaron a implementar este sistema. En 1958, el *Bank of América* llevó a cabo un programa de tarjetas de crédito que comprendía la totalidad del territorio del Estado de California. La tarjeta asociada a este programa fue conocida como *BankAmericard*. Paralelamente al desarrollo de la *BankAmericard*, un grupo de bancos del Estado de Illinois y de California crearon la tarjeta de crédito *Master Charge*¹⁶. En el año 1970, ya existían más de 1.700 bancos que ofrecían las tarjetas de crédito *BankAmericard* o *Master Charge*, toda vez que, las instituciones bancarias se habían dado cuenta de que la implementación del dinero plástico sólo podría alcanzar su máxima potencialidad y rentabilidad una vez que su uso estuviese universalizado¹⁷.

Junto a la masificación de la oferta de tarjetas de crédito comenzaron a surgir problemas, ya que, a ciertos bancos les molestaba comercializar tarjetas con los nombres de sus competidores. Producto de lo anterior, en el año 1977 se produjo uno de los cambios de nombre más conocidos en la historia de las tarjetas, así, la tarjeta *BankAmericard* paso a llamarse *Visa*, y de forma casi simultánea, la tarjeta *Master Charge* cambió su nombre a *Mastercard*¹⁸.

En Chile, no fue sino hasta fines de la década de los 70 que aparecieron las tarjetas de crédito con la introducción de la tarjeta *Diners Club*, a principios de 1979. En abril de ese año, se autorizó a la empresa *Bancard S.A. (Bancard)* para actuar como emisora y administradora de tarjetas de crédito.

¹⁵ YOPO, 2012, p. 11.

¹⁶ ESCÁRATE, 2015, p. 22.

¹⁷ YOPO, 2012, p. 12.

¹⁸ SANDOVAL, 1994, p. 13.

Ese mismo año, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) autorizó a los bancos para participar en el sistema de tarjetas de crédito, iniciándose así en el país la emisión de las tarjetas *Visa*, *Mastercard* y *Magna*¹⁹.

A fines de 1989 ingresó al mercado *Transbank S.A.*, empresa formada por ocho bancos unidos en la Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito S.A., con el objetivo de administrar las operaciones de la tarjeta de crédito *Visa* en el país, adquiriendo en 1990 la licencia para dicho fin. Posteriormente, el conglomerado alcanzó dos acuerdos que fueron determinantes para materializar el monopolio. El primero de ellos, fue con la empresa Tarjetas de Chile S.A., la cual poseía la licencia para operar la tarjeta *Diners Club* en el territorio nacional; el segundo, se realizó en paralelo en 1991 con la empresa *Bancard*, en virtud del cual se autorizaba a *Transbank* para operar de forma exclusiva las tarjetas *Mastercard* y *Magna*²⁰.

En el subapartado siguiente, analizaremos estos dos acuerdos en vista de las normas del DL N°211 vigente desde el año 1973 hasta el 2003. El DL N°211 fue promulgado en 1973, y, aunque ya existía desde 1959 un estatuto de protección de la libre competencia creado mediante la Ley N°13.305²¹, remontar el análisis hasta aquella época es algo que excede nuestro objeto de estudio. Para efectos de este trabajo, lo relevante es acotar el examen desde la fecha en que se crea la sociedad interbancaria de adquirencia hasta la actualidad, estudiando la evolución de la empresa y comparando este proceso en un análisis crítico en base a las normas sobre protección de la libre competencia vigentes en la época de cada acontecimiento.

Por su parte, el DL N°211 ha sido sometido a varias reformas legales que han transformado tanto su contenido como la orgánica institucional a la que se aplican sus normas²². En lo sucesivo, se tomarán como puntos de referencia estas modificaciones legislativas para unirlo al análisis histórico de *Transbank*, por lo tanto, es preciso desde ya distinguir estos períodos de la legislación sobre protección de la libre competencia en Chile.

Año 1959, origen del Derecho de la Competencia mediante la publicación de la Ley N°13.305, de técnica sumamente básica y rudimentaria; año 1973, se publica el DL N°211, que fija normas para

¹⁹ COLLAO, 2011, p. 3.

²⁰ YOPO, 2012, p. 14.

²¹ Ley 13.305, 1959.

²² MCDONNELL, 2019, p. 12.

la defensa de la libre competencia; año 2003, se publica la Ley N°19.911, que crea el TDLC; año 2009, se crea la Ley N°20.361, la cual modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre el TDLC; y por último, en el año 2016, se publica la Ley N°20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

1) Origen y primeros años: período desde el año 1989 hasta el 2002

El 4 de agosto del año 1989, y como resultado de la alianza entre ocho bancos, se crea la Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito S.A., la que en 1998 se fusiona con *Edibank*, institución dedicada al intercambio electrónico de información. A raíz de esta unión, la empresa modifica su nombre social dando nacimiento a la marca *Transbank*. Los bancos que en 1989 se aliaron para crear la sociedad que luego pasaría a llamarse *Transbank S.A.* fueron: Banco de Chile; Banco de Crédito e Inversiones; Banco Concepción; Banco Español-Chile; Banco de A. Edwards; Banco Osorno y La Unión; Banco Sud Americano y Centrobanco.

Antes de que se formara el monopolio de *Transbank* en el año 1991, había tres empresas más que ya operaban en el rubro de adquirencia y procesamiento de transacciones de pago electrónico en el país desde la década de 1980. Las dos con mayor presencia en el mercado eran, Tarjetas de Chile S.A., representante de *Diners Club*, y, *Bancard S.A.*, empresa que administraba las tarjetas *MasterCard* y *Magna*. En el año 1990, Tarjetas de Chile S.A. traspasa al conglomerado bancario la administración de *Diners Club* y, un año después, a consecuencia de un acuerdo con *Bancard* se incorpora la administración de las tarjetas *MasterCard* y *Magna*²³.

En el año 1991, casi inmediatamente después de concretados estos acuerdos, la CPC, órgano de carácter preventivo de infracciones a la libre competencia establecido en el DL N°211 original de 1973²⁴, autoriza y concede a *Transbank* por medio del dictamen N°757/262 de 18 de abril de 1991, la facultad exclusiva para administrar el sistema de tarjetas de pago en Chile²⁵. Esto le permitió expresamente a la Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito S.A. consolidar una situación monopólica que, siendo natural o de facto en un principio, se transforma rápidamente en una circunstancia autorizada por la Administración del Estado²⁶.

²³ Transbank, 2023. Portal Público.

²⁴ DL 211, 1973. Texto Original.

²⁵ Dictamen N°757/262, 1991.

²⁶ MANKIW, 1991, p. 294.

Lo curioso de esta situación, es la prácticamente nula justificación jurídica del dictamen N°757/262 de la CPC, ya que, las normas sobre libre competencia del DL N°211 original eran estrictas en cuanto a la prohibición de monopolios como regla general. Así, el párrafo primero del encabezado del Decreto Ley de 1973 establecía que las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados, ya que, mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor²⁷.

Es virtualmente nula la justificación del mencionado dictamen, porque a pesar de que la normativa de la época sí admitía ciertas excepciones a las reglas de proscripción del monopolio, como la que contenía el párrafo cuarto del encabezado del Decreto Ley de 1973, solo se reservaba esta estructura de organización económica a empresas del Estado, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad; y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa²⁸.

Tres cuestiones que en este caso estaban lejos de ser así, ya que, la Sociedad es de capitales privados, a su vez que los fines perseguidos por *Transbank* en un comienzo jamás fueron beneficiar a la comunidad toda, sino más bien, desarrollar y masificar en el territorio nacional un modelo de negocios que hasta ese momento se encontraba en fase embrionaria en Chile y al cual solo tenía acceso un mínimo segmento de la población. Y respecto al funcionamiento y resguardos previstos mediante ley expresa, esto tampoco se cumplió, ya que, un dictamen se encuentra en menor jerarquía que la ley²⁹, y a pesar de esto, el monopolio de *Transbank* se consolidó y blindó con un mero dictamen, que más bien vino a ratificar una situación de hecho, que fue la absorción por parte de *Transbank* de sus dos mayores competidoras de la época: *Tarjetas de Chile S.A.* y *Bancard S.A.*

A mediados del año 1990, *Transbank* ya contaba con una cartera de clientes de aproximadamente 2.600 establecimientos comerciales que se habían afiliado al conglomerado con el fin de poder aceptar pagos electrónicos por parte de los consumidores tarjetahabientes de la marca *Visa*. En noviembre de ese mismo año, *Tarjetas de Chile S.A.*, que tenía unos 3.000 clientes afiliados, vendió y traspasó a *Transbank* la administración de los establecimientos de su tarjeta *Diners Club* y los contratos respectivos. A fines de 1991, a través de una negociación con *Bancard S.A.*, la red de

²⁷ DL 211, 1973.

²⁸ DL 211, 1973.

²⁹ FIGUEROA, 2010, p. 21.

comercios afiliados incrementó a 35.000 establecimientos y se incorporó el servicio de administración para las tarjetas *MasterCard* y *Magna*³⁰. Estos fueron los dos movimientos estratégicos de la Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito S.A., que le permitieron posicionarse como la mayor y prácticamente única (por lo tanto, monopólica) red de adquirencia a nivel nacional.

Hasta ese momento, aún quedaba una empresa que seguía dedicándose a la afiliación y operación de tarjetas de crédito, era *Amex*, la cual tenía una baja cuota de participación en el mercado. En el año 2000, *Amex* acuerda traspasar la afiliación y operación de sus tarjetas a *Transbank*, consolidándose así, en sentido estricto, un monopolio carente de hasta la más mínima competencia, antijurídicamente autorizado por la CPC.

Respecto a este punto, se torna relevante lo que disponía el Título I, Disposiciones Generales, del DL N°211 original, ya que, los mencionados acuerdos y el posterior dictamen que ratificó la situación monopólica en cuestión vulneraban varias normas de protección de la libre competencia en aquel período histórico. El artículo primero señalaba que la ejecución o celebración, individual o colectivamente, de cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados³¹. En este sentido, los acuerdos realizados por *Transbank* con Tarjetas de Chile S.A. y con *Bancard S.A.*, eran perfectamente subsumibles en el supuesto de hecho de esta norma, y, si bien las penas de presidio por infracciones a la libre competencia nunca fueron aplicadas en ningún conflicto jurídico, por lo menos en teoría, era una situación que cumplía las condiciones para ser subsumida en el campo de aplicación de esta norma.

El artículo segundo del DL N°211, vigente en aquella época, entregaba una lista abierta de situaciones susceptibles de considerarse atentatorias contra la libre competencia. En el literal c), se refería a la prohibición de comerciar, distribuir y/o repartir cuotas o asignar zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad. En el literal e), se establecía una fórmula abierta, la cual decía que, en general, cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, podría ser considerado un atentado contra esta³².

³⁰ SALAZAR, 2020, p. 6.

³¹ DL 211, 1973.

³² DL 211, 1973.

De acuerdo al tenor de la ley, los acuerdos ejecutados entre *Transbank* y sus dos mayores competidoras en el rubro de adquirencia a principios de la década de 1990, coherentemente pudieron haber sido catalogados de ilegales por atentar contra la libre competencia, ya que, literalmente se negoció para que una sola entidad se apropiara de todo el mercado, cuestión que la ley ya en ese entonces prohibía expresamente.

También resulta apropiado analizar la tensión generada entre el dictamen N°757/262 de 18 de abril de 1991, emitido por la CPC, que autoriza la situación de monopolio; y el artículo cuarto del DL N°211 de 1973. Este artículo cuarto, establecía la prohibición de otorgarse a los particulares la concesión de un monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios; y si bien en el inciso tercero del mismo artículo la ley mencionaba una excepción para aquellos actos o contratos necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales, resulta que este debía ser autorizado por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la CR, siempre que el interés nacional lo exija³³.

Aunque lo del interés nacional pueda ser debatible, debido a que la modernización de los medios de pago cada vez se vuelve más necesaria en un sociedad globalizada, lo cierto es que respecto a los demás requisitos ninguno se cumplió. Por lo tanto, el dictamen N°757/262 vino a constituir una errónea ratificación del estado de la cuestión, porque jurídicamente hablando, lo correcto hubiese sido que esta situación se regulara mediante decreto supremo debidamente fundado, lo que podría haber ocurrido si se hubiera constatado verdadera transparencia en las negociaciones.

Particularmente respecto al dictamen N°757/262 y los antecedentes que lo fundaron, la CPC autorizó a *Bancard* para que cediera a *Transbank* los contratos de afiliación, administración y operación de tarjetas que mantenía con los establecimientos comerciales y con los emisores para las marcas de tarjetas de crédito *Mastercard* (internacional) y *Magna* (local). La CPC aprobó dicha cesión de contratos en razón de los siguientes antecedentes: (i) informe favorable de la FNE, que indicaba que la cesión no afectaría la libre competencia en el mercado en el que participan las tarjetas de crédito; (ii) el informe favorable de la SBIF, que indicaba que la transacción sólo aceleraba un proceso de concentración inevitable, determinado por el cese de la vigencia de los contratos de *Bancard* con los emisores financieros; (iii) la apertura del mercado de las tarjetas de crédito a nuevos emisores y operadores; y (iv) el impacto positivo que debería tener la integración

³³ DL 211, 1973.

vertical en los costos de administración, que se traducirían en una mayor competencia en la emisión y, por ende, en condiciones más beneficiosas para los usuarios³⁴.

Además, se pactó una cláusula de no competir entre *Transbank* y *Bancard*, que incluía a su relacionada *Fincard*, y aunque en un principio la CPC objetó esta disposición presente en aquellos contratos, posteriormente sí fue aprobada mediante el dictamen N°787/985, de 19 de noviembre de 1991, con una duración máxima de cinco años³⁵.

En el año 1994, el Banco Central (BC) autorizó a *Transbank* a operar tarjetas de débito, lo que daría lugar a que en abril de 1995 naciera el sistema Redcompra, cuyo titular del registro de marca es *Transbank*. Ese mismo año se cuestionó el actuar de la adquirente ante los organismos de libre competencia. En efecto, el Hotel Acacias de Vitacura denunció a esa empresa y a *Amex* por un eventual cobro de *merchant discounts* (MD) abusivos (6,3% más IVA para *Visa* y *Mastercard*; y 5,5% más IVA para *Diners Club*), en comparación con otras jurisdicciones (Estados Unidos y Alemania, 2% y 1,9%, respectivamente). La CPC, sin embargo, desestimó la denuncia, considerando que las diferencias entre las comisiones cobradas en el país y aquellas existentes en Europa y Estados Unidos no serían evidencia de un abuso de posición dominante, y podrían explicarse por factores propios de cada país, especialmente en cuanto a los niveles de masificación de las tecnologías necesarias para llevar a cabo el servicio en el territorio³⁶.

Durante los años siguientes, *Transbank* se dedicó a expandir su presencia en los comercios de Chile a través de la afiliación de cada vez más clientes, y, a pesar de que los MD eran mayores en comparación a los que cobraban las empresas de este tipo en Estados Unidos y en Europa, lo cierto es que seguían siendo menores a las tarifas que se cobraban en el resto de Latinoamérica. De hecho, desde el año 1991 *Transbank* adoptó implícitamente un plan de autorregulación tarifario (PAR), cuestión que no fue regulada por la autoridad sino hasta el año 2004³⁷. En este período, la adquirente fue paulatinamente disminuyendo los MD, justamente con el objetivo de fortalecer su posición dominante.

³⁴ CPC, N°757/262, 1991.

³⁵ CPC, N°787/985, 1991.

³⁶ TDLC, N°67/2021.

³⁷ TDLC, rol N°16/04.

Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que, si un monopolio cobra precios menores al promedio del mercado global, esto en ningún caso significa que la corporación que domina aquel régimen monopólico lo haga “conforme a Derecho”. Es decir, no porque los precios que cobra un monopolista sean comparativamente bajos, significa que los actos o conductas sean legales, debido a que el DL N°211 en ninguna de sus versiones ha establecido que el precio será un criterio para determinar si existe o no abuso de posición dominante, y mucho menos para establecer la conformidad a Derecho de un monopolio.

2) Desarrollo y fortalecimiento del Monopolio: período desde el año 2003 hasta el 2016

Después de estos cambios en el mercado y la concentración de las funciones de adquirencia en *Transbank* (tanto respecto de tarjetas de débito como de crédito), la CPC recibió nuevas denuncias en contra de dicha empresa. Lo anterior, derivó en el dictamen N°1270, de 28 de agosto de 2003. En dicho dictamen, la CPC afirmó que, a esa época, la emisión de tarjetas de crédito bancarias generaba un mercado relevante por sí solo, pues, se distinguía de otros medios de pago por actuar simultáneamente como un crédito, ofrecer ventajas de manipulación y seguridad, y por la posibilidad de efectuar compras remotas (las últimas dos ventajas las compartía con las tarjetas de débito). Además, en comparación con las tarjetas de crédito de casas comerciales, las tarjetas de crédito bancarias se caracterizaban por ser aceptadas en un mayor universo de comercios por su concentración en usuarios de mayores ingresos y por su cobertura internacional³⁸.

Como consecuencia de esa definición de mercado relevante, la CPC estimó que había surgido un segundo mercado relevante formado por la adquirencia de comercios para la aceptación de tarjetas bancarias. De acuerdo con la CPC, *Transbank* tenía una posición de dominio en dicho segundo mercado debido a que era la única empresa que cumplía las funciones de adquirencia, porque existían barreras a la entrada causadas por las economías de escala existentes en el mercado, y por la integración vertical de *Transbank* con los bancos emisores. En este último caso, los emisores, de no estar integrados, podrían ser una alternativa viable de competencia en la adquirencia.

De acuerdo con lo analizado por la CPC en el dictamen N°1270, la política tarifaria de *Transbank* revelaba su poder de mercado, ya que, los MD que cobraba no estaban fundados en costos; discriminaban a comercios según industrias y entre ellas; no eran públicos; y, no estaban destinados

³⁸ CPC, N°1270, 2003.

a cubrir los costos de dicha empresa, sino que eran traspasados a los emisores. Así, la discriminación de precios fue utilizada para extraer rentas monopólicas, lo que se reflejaba en las utilidades de *Transbank* sobre el capital neto (49,6% promedio entre 2001 y 2002). En lo que respecta a las tarifas pagadas por *Transbank* a los bancos emisores, la CPC objetó la existencia de un pago por transacción plano. Ese pago, justificado por *Transbank* como un incentivo para que los emisores fomentaran las transacciones, actuaba en realidad como una forma de repartir rentas entre los dueños de *Transbank* que no quedaba expresada en las utilidades públicamente declaradas por la empresa³⁹.

Asimismo, la CPC señaló que la estructura del mercado permitía aprovechar economías de escala (lo que explicaría que las comisiones de *Transbank* no fueran excesivas a nivel latinoamericano), pero que existía espacio significativo para que esas economías fueran traspasadas a menores precios. Por lo tanto, era necesario suprimir toda barrera que impidiera la entrada de competidores y, en consecuencia, también las rentas monopólicas percibidas por los bancos a través de *Transbank*, pues, eso podría generar incentivos para operar por medios alternativos. La CPC también propuso permitir a los comercios adherir sólo a algunas de las marcas de tarjetas que administraba la adquirente. Finalmente, se señaló que la desagregación de los servicios ofrecidos por el conglomerado bancario podría permitir la apertura de espacios para la competencia en los servicios en los que no existen economías de escala.

A su vez, pese a la objeción de la FNE a la integración vertical entre *Transbank* y los bancos, la CPC indicó que no existían antecedentes suficientes para forzar una desintegración, pero que la estructura de propiedad altamente concentrada en los dos bancos de mayor tamaño habría dado origen a tarifas discriminatorias favorables a ellos y podría originar otras formas de discriminación. Por tanto, propuso limitar a un 15% la participación de un emisor en la propiedad de *Transbank*. Finalmente, siempre en el mismo dictamen⁴⁰, la CPC solicitó a la FNE presentar un requerimiento contra *Transbank*, solicitando a la Comisión Resolutiva, predecesora del TDLC, la aplicación de sanciones y la adopción de diversas medidas.

El 3 de septiembre de 2003 *Transbank* presentó un recurso de reclamación ante la Comisión Resolutiva, solicitando que dejara sin efecto en todas sus partes el mencionado dictamen. Ante

³⁹ TDLC, 12.9.2005, rol 29-2005.

⁴⁰ CPC, N°1270, 2003.

esto, el 1 de octubre de 2003 la Comisión Resolutiva decidió avocarse de oficio al conocimiento de los hechos y materia del dictamen N°1270, con independencia de lo pedido por la recurrente, solicitando para estos efectos informe a la FNE⁴¹.

El 20 de enero de 2004 la FNE evacuó el informe solicitado, y además, requirió a *Transbank* por lo siguiente: (i) impedir la libre adquisición de equipos procesadores por parte de los comercios; (ii) efectuar un doble cobro a emisores y comercios por los servicios de autorización y captura de transacciones con tarjetas bancarias; (iii) la ausencia de competencia en la adquirencia, que se reflejaría en altas comisiones a los comercios; (iv) la afiliación conjunta de distintas marcas de tarjetas de crédito; (v) el cobro de la misma comisión para tarjetas de crédito y débito, pese a las diferencias de costos existentes entre ambas; (vi) cobros de 0,0008 UF efectuados por *Transbank* a los emisores socios por cada operación capturada, que discriminaría a emisores no socios (como Coopeuch en aquel entonces), lo cual disminuiría contablemente sus utilidades; y (vii) la integración vertical en el procesamiento, que constituiría una barrera a la entrada para operadores, adquirentes y emisores (en la medida que los emisores socios de *Transbank* podían negarle el acceso a un entrante a las economías de red y escala alcanzadas por el conglomerado).

Debido a la reforma legal e institucional que entró a regir en el año 2003, con la implementación de la Ley N°19.911, que crea el TDLC⁴², ambos asuntos pasaron a ser conocidos por el TDLC, en el procedimiento contencioso rol C N°16/04 del año 2004, causa remota del Plan de Autorregulación Tarifario de *Transbank*, según se explicará a continuación.

En el marco de ese procedimiento, el 5 de abril de 2005, la FNE; *Transbank* y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G., alcanzaron un avenimiento parcial, en virtud del cual la adquirente se obligó, entre otras cosas, a: (i) rebajar la comisión máxima por aceptación de tarjetas de crédito y débito a 3,5% y 2,5%, respectivamente, sobre el monto total de cada operación, no pudiendo compensarse estas rebajas con el aumento de las tarifas por otros servicios o por aceptación de tarjetas; (ii) otorgar acceso a cualquier establecimiento que desee incorporarse a la aceptación de tarjetas de crédito y débito; (iii) establecer comisiones a establecimientos de comercios que sean públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplan con las circulares de la SBIF; (iv) cobrar comisiones diferenciadas para

⁴¹ TDLC, N°67/2021.

⁴² Ley 19.911, 2003.

tarjetas de débito y crédito, debiendo ser las primeras razonablemente menores que las segundas, en atención a los distintos costos de administración y procesamiento involucrados en cada una de ellas; (v) cobrar a los emisores tarifas públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplan con las circulares de la SBIF; y (vi) someter a la aprobación del TDLC un plan de autorregulación tarifario⁴³.

Luego de su aprobación, y en cumplimiento de la última obligación consignada en el mencionado avenimiento, el 30 de mayo de 2005 *Transbank* presentó al TDLC, para su revisión, una primera versión del PAR. El 12 de septiembre de 2005, el tribunal dictó la sentencia N°29/2005, que se pronunció sobre los aspectos no incluidos en el avenimiento y acerca de la primera versión del PAR. Este último fue rechazado, obligándose a *Transbank* a presentar uno nuevo sobre la base de lo expuesto en la misma sentencia.

La sentencia N°29/2005, caracterizó al mercado de servicios de tarjetas de crédito y de débito como uno de dos lados. En aquel fallo, se señaló que los análisis tradicionales de competencia pueden conducir a conclusiones equivocadas en atención a la interdependencia de las decisiones de los clientes de cada submercado, por lo que, se debe evitar considerar a cada submercado por separado. En consecuencia, las estructuras de precios no necesariamente guardan una relación directa u obvia con los costos en que se debe incurrir para servir a cada tipo de cliente⁴⁴.

En lo que respecta al mercado relevante, la sentencia concluyó que las tarjetas de crédito y de débito bancarias se distinguen de otros medios de pago, tanto para los tarjetahabientes como para los comercios. Consecuencia de ese análisis, definió el mercado relevante como el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito. La sentencia también se refirió a la competencia entre los distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias, señalando que los indicios apuntaban a la inexistencia de competencia.

Asimismo, el TDLC analizó la diferenciación de tarifas que aplicaba *Transbank* en los cobros de los MD y concluyó que la diferenciación de precios no es *per se* anticompetitiva. En particular, en cuanto a la manera como podría una empresa de adquisición tarifificar, explicó que en una firma que exhibe economías de escala, la forma eficiente de traficar es a costo marginal, pero al establecer

⁴³ TDLC, 1.12.2005, rol 16-2004.

⁴⁴ TDLC, 12.9.2005, rol 29-2005.

un cargo variable igual al costo marginal se produce una insuficiencia de ingresos que es necesario financiar entre todos los usuarios. Una forma de hacerlo sería fijando precios más altos a quienes tienen una demanda más inelástica (la denominada “Tarificación Ramsey”), agregando que otra forma consiste en financiar la brecha de ingresos a través de cargos fijos a los usuarios en proporción al excedente que los diferentes usuarios derivan de consumir el bien o servicio que provee la firma⁴⁵.

En la misma línea, en el considerando N°49 se da cuenta que en el año 2002 las comisiones al comercio fluctuaban fuertemente dependiendo del volumen de ventas, y aun cuando el Tribunal reconoce que dichas diferencias podrían tener fundamento económico, estima que éstas requieren de sólidas y empíricas razones económicas⁴⁶.

En lo que respecta al Plan de Autorregulación Tarifario, este fue rechazado debido a la magnitud de las diferencias en las tarifas, las que variaban en hasta un 250%, dependiendo del volumen de transacciones realizadas; y en hasta un 56%, respecto de la tarifa de procesamiento transaccional. Hechos así requieren de una razonable justificación, pues, son de una magnitud tal que, de no tener fundamentos económicos serían contrarios a la libre competencia⁴⁷. Como se puede apreciar, la sentencia N°29/2005 obligó a *Transbank* a presentar un nuevo PAR.

El 12 de octubre de 2005, *Transbank* presentó una segunda versión del Plan de Autorregulación Tarifario y tres informes económicos fundantes del mismo. Sin embargo, con fecha 1 de diciembre de 2005 el tribunal rechazó nuevamente la propuesta y ordenó acompañar uno nuevo, señalando que:

«los argumentos de teoría económica presentados por *Transbank S.A.* para justificar las diferencias observadas en las tarifas cobradas a los distintos establecimientos afiliados a dicha compañía, no son suficientes para respaldar las conclusiones presentadas en el informe económico acompañado en el segundo otrosí de fojas 185, toda vez que no se han adjuntado al mismo

⁴⁵ TDLC, N°67/2021.

⁴⁶ TDLC, 12.9.2005, rol 29-2005.

⁴⁷ TDLC, 12.9.2005, rol 29-2005.

antecedentes cuantitativos que permitan al Tribunal conocer los datos que lo sustentan»⁴⁸.

El 11 de enero de 2006, la adquirente puso en conocimiento del TDLC el documento denominado “Antecedentes Cualitativos de Tarifas a Establecimientos Comerciales por aceptación de Tarjetas de Crédito y Débito - Enero 2006”⁴⁹. El 18 de enero de ese mismo año, el tribunal señaló que dicho documento constituye una descripción de tarifas que no es complementada con razonamiento alguno y que, por lo tanto, no puede ser considerada como una fundamentación o justificación económica de la diferenciación de tarifas a establecimientos afiliados a la compañía y que pertenecen a un mismo rubro. Por estas razones, el TDLC reiteró a *Transbank* la orden de acompañar un nuevo Plan de Autorregulación.

El 31 de enero de 2006, *Transbank* acompañó su nuevo Plan y un documento denominado “Consideraciones del Plan de Autorregulación”, que contenía la justificación económica de la diferenciación de tarifas a los establecimientos afiliados a los sistemas de tarjetas de crédito y débito, y que pertenecen al mismo rubro, así como las consideraciones que se tuvieron en vista en la elaboración del esquema de tarifas por aceptación de tarjetas. El 9 de marzo del mismo año, el tribunal aprobó dicho documento, con el voto en contra del ministro señor Pablo Serra, quien estuvo por rechazarlo, ya que, en su opinión, no se habría dado suficiente justificación económica para las diferencias tarifarias que se comprenden dentro de cada rubro comercial⁵⁰.

En cumplimiento del avenimiento, *Transbank* estructuró el PAR estableciendo en él un sistema tarifario que determina las comisiones que son cobradas a los comercios. Todo el sistema está basado en un porcentaje que se aplica sobre el monto total de la operación, el que considera descuentos por distintas variables. Para determinar el porcentaje aplicable a cada establecimiento, los comercios son agrupados en categorías según rubro de actividad económica. La determinación del rubro específico al que pertenece un negocio se hizo conforme al giro principal de dicho comercio, definido por el cliente al momento de afiliarse a *Transbank*. Además, las categorías son verificadas con la información sobre el giro declarado ante el Servicio de Impuestos Internos, para la patente municipal y/o al giro consignado en la correspondiente escritura pública.

⁴⁸ TDLC, 1.12.2005, rol 16-2004.

⁴⁹ Informe de Antecedentes dirigido al TDLC, *Transbank*, 2006.

⁵⁰ TDLC, rol C N°16/04.

Además, aquel PAR, diferenciaba las categorías dependiendo de si el pago se efectúa con tarjeta de crédito o tarjeta de débito. Para cada una de estas categorías se dispone de un porcentaje máximo de comisión y de descuentos por volumen. Estos descuentos en las tarifas de establecimientos que se encuentran en una misma categoría se fundan en los volúmenes de operaciones con las tarjetas, sea por monto promedio de las transacciones; volumen promedio de ventas con las tarjetas y/o número promedio de transacciones⁵¹.

Con todo, *Transbank* no aplicó por igual estos criterios en tarjetas de crédito y de débito. En el caso de las primeras, los descuentos se realizan en función del monto promedio mensual de ventas y del monto promedio por transacción. En el PAR del 2006, se indicaba que a mayor volumen de operaciones y/o vale promedio, aumenta el descuento con un tope que corresponde al descuento máximo que se puede aplicar. En cambio, en el caso de las tarjetas de débito los descuentos se generan en función del promedio mensual del número de operaciones y del monto promedio por transacción⁵².

Esta definición de los descuentos condujo a la creación de tablas de doble entrada, en las que se contempla, por un lado, el promedio mensual de ventas (en el caso de las tarjetas de crédito) o el número promedio mensual de transacciones (en el caso de las tarjetas de débito), y por otro, el vale o ticket promedio de transacción. En la intersección de ambos criterios se ubica el porcentaje de comisión a cobrar. De este modo, para definir la comisión que le será cobrada a cada establecimiento comercial, se aplica el tramo que le corresponde según las variables de cada columna y fila.

Las tablas de doble entrada fueron incluidas como un apéndice en el PAR, en el que se detallan las categorías tarifarias y sectoriales aplicables a la operación de las tarjetas de crédito o débito, las comisiones máximas para cada actividad y los descuentos aplicables. A su vez, el sistema contemplado en el PAR establecía tarifas o comisiones máximas para el MD, según lo acordado en el avenimiento, en el que se dispuso que las comisiones tendrían un máximo de 3,5% para las tarjetas de crédito y de 2,5% para las de débito. En ciertas categorías, sin embargo, *Transbank* implementó una comisión máxima menor⁵³.

⁵¹ PAR, Transbank. 2006.

⁵² PAR, Transbank. 2006.

⁵³ TDLC, N°29/2005.

Finalmente, en su párrafo 1.3.1, el PAR estableció la facultad de Transbank de modificar el modelo tarifario o las tarifas y comisiones cobradas, siempre que: (i) los cambios se sujeten a las disposiciones establecidas en el avenimiento y en las Circulares de la SBIF; y (ii) que sean valores inferiores a los establecidos en el PAR aprobado en el año 2006⁵⁴.

Ni el avenimiento ni la sentencia N°29/2005 establecieron un procedimiento de revisión periódica del PAR, ni siquiera para el caso en que se presentaren nuevas circunstancias o las condiciones de mercado fueran esencialmente distintas a las existentes al momento de su aprobación. Con todo, dicho modelo tarifario ha sido objeto de varias investigaciones realizadas por la FNE. Por ejemplo, la Investigación rol N°901/07, a través de la cual se revisó el cumplimiento de *Transbank* del avenimiento, archivada en abril de 2009⁵⁵; la investigación rol N°021/07, archivada el 24 de octubre de 2008, con el compromiso de Transbank de aumentar la cobertura de las tarjetas de crédito a establecimientos de menores ingresos⁵⁶; y la investigación rol N°815/06, iniciada por denuncia y que trató sobre la regulación tarifaria impuesta a *Transbank* y el cumplimiento de ésta, archivada el 1 de julio de 2008⁵⁷.

En el año 2013, La FNE, interpuso ante el TDLC el procedimiento no contencioso N°418/13, para que se pronuncie respecto de la autorización con que cuentan los bancos e instituciones financieras para actuar conjuntamente, a través de *Transbank*, en el mercado de los servicios de adquierecia a establecimientos comerciales para la admisión en éstos de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal⁵⁸. La entidad investigadora, solicitó que el TDLC diera cuenta si dicha acción infringía las disposiciones del DL N° 211 vigente en aquel período, y en el caso de ser así, efectivamente, modificara o dejare sin efecto tal autorización, fijando las nuevas condiciones que debían cumplir en el futuro los hechos, actos o contratos relacionados con los servicios de adquierecia en Chile.

En aquel período histórico, todos los bancos e instituciones financieras emisores de tarjetas de crédito y débito actuaban conjuntamente en materia de adquierecia por medio de *Transbank*, sociedad de apoyo al giro bancario controlada por los principales bancos de la plaza. Según la FNE, esta actuación conjunta, que fuera autorizada por la CPC mediante su dictamen N°757/262 de 18

⁵⁴ PAR, Transbank, 2006.

⁵⁵ FNE, rol N°901/07.

⁵⁶ FNE, rol N°021/07.

⁵⁷ FNE, rol N°815/06.

⁵⁸ FNE, N°418/13.

de abril de 1991, ha implicado que existiera un monopolio en los servicios de adquirencia, lo que se traduce en que los comercios solo pueden optar entre adherir a las condiciones comerciales que fija *Transbank* por encargo de los bancos, o marginarse de contar con el sistema de pagos mediante tarjetas de crédito y débito.

Esta falta de competencia ha conllevado a que la comisión o MD cobrada a los establecimientos de comercio presente niveles supra competitivos, afectando no sólo a éstos, sino que también a los consumidores finales, dado el traspaso de costos que efectúan los comercios. De acuerdo la FNE de la época, la revisión de la señalada autorización⁵⁹ a la luz de una serie de antecedentes económicos y de hecho buscaba generar competencia en el mercado de los servicios de adquirencia a comercios, sea en precios u otras condiciones comerciales o de servicios, así como propiciar un aumento de la cobertura del sistema, incorporando a establecimientos de comercio que no formaban parte del mismo, y posibilitar el ingreso de nuevas tecnologías a la cadena de pagos, lo que traería beneficios para los consumidores.

Para lograr la referida apertura del mercado de los servicios de adquirencia, la consulta somete a consideración del TDLC la adopción de una serie de medidas o condiciones, destacando entre ellas: (i) que los bancos e instituciones financieras solo podrán actuar conjuntamente en materia de adquirencia, en tanto la suma de sus participaciones de mercado no superen el 30% de las transacciones de crédito o débito, según corresponda; (ii) prohibir que los contratos de afiliación contengan cláusulas que impliquen costos de cambio tales que impidan, restrinjan o entorpezcan el ingreso de competidores; y (iii) el establecimiento de una obligación de interconexión para todos los actores del sistema a fin de garantizar la circulación de las transacciones⁶⁰.

En este escenario, se puede apreciar una considerable carencia de seguridad jurídica para los clientes y usuarios de *Transbank* de aquella época, ya que, por una parte el sistema financiero empujaba a los comercios a afiliarse a la red de adquirencia, pero, por otra, sin embargo, los usuarios ignoraban las condiciones de contratación específicas hasta que se encontraban con la realidad del servicio en la práctica, en la cual la relación se basa en la unilateralidad de las decisiones de *Transbank*.

⁵⁹ CPC, N°757/262, 1991.

⁶⁰ FNE, N°418/13.

3) Apertura del mercado y fin del Monopolio: período desde el año 2017 hasta el 2019

En el año 2016, la empresa Multicaja S.A., dedicada al servicio de interconexión de canales de pago electrónico, intenta entrar al mercado de adquirencia, sin embargo, la presión de los bancos ejercida a través del Modelo de 3 Partes (M3P) vertical presente hasta ese momento entre emisores y *Transbank*, impidieron la entrada de Multicaja al mercado de proveedores del servicio de métodos de pago electrónico. Esto, debido principalmente a las dificultades para Multicaja, de acceder a la red interconectada de datos de los clientes de los emisores bancarios, cuestión que era consecuencia de la integración vertical entre la emisión y la adquirencia en el mercado de métodos de pago electrónico en Chile.

En 2016 se publica la Ley N°20.945, que pretendió blindar el sistema de defensa de la libre competencia en Chile. Ese mismo año, el Congreso Nacional promulga y publica la Ley N°20.950, la cual autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondo por entidades no bancarias⁶¹. A su vez, el Banco Central realizó modificaciones al Compendio de Normas Financieras, específicamente, en el apartado de Sociedades de Apoyo al Giro Bancario, lo que permitió que empresas no emisoras pudieran entrar a operar, por lo tanto, a competir al mercado de adquirencia a nivel nacional. Así, en el año 2017, dos empresas: Banco Estado, por medio de Caja Vecina, y Multicaja, a través de Klap, comenzaron a competir directamente con *Transbank*, terminando de esta forma un monopolio de casi 26 años.

Con motivo de una consulta presentada por Cruz Verde S.A., se dio inicio al procedimiento rol NC N°435/16, en el cual por primera vez el TDLC realizó una revisión íntegra de los fundamentos económicos del PAR. Dicho procedimiento culminó con la resolución N°53/2018, en que se declaró que el Plan de Autorregulación Tarifario de *Transbank* no cumplía con establecer MD públicos, objetivos, de general aplicación y no discriminatorios y, por tanto, que no era compatible con la normativa de libre competencia. Sobre esa base, se indicó que *Transbank* debía proponer un nuevo Plan de Autorregulación a ser presentado ante la FNE en un plazo de tres meses desde que dicha resolución se encontrase firme⁶².

⁶¹ Ley 20.950, 2016.

⁶² Resolución N°53/2018, TDLC.

Adicionalmente, el nuevo PAR debía, como mínimo, cumplir con los siguientes criterios: a) no debía discriminar por categorías ni por rubros; b) sólo podía establecer descuentos en el *merchant discounts* basados en el número de transacciones con tarjeta de cada comercio; c) los *merchant discounts* podían aplicar descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta del comercio; d) los descuentos aplicados a los *merchant discounts* debían ser marginales; e) se debía definir qué se entiende por número de transacciones y monto (o valor) de la venta promedio de un determinado comercio; f) la tabla única de doble entrada con los *merchant discounts* aplicables a tarjetas de crédito podía aplicar un descuento, porcentual al valor de la venta, cuando se trate de una transacción con tarjeta de débito; y g) ningún *merchant discount* en tarjetas podía ser superior al mayor *merchant discount* cobrado en ese entonces a transacciones con el respectivo tipo de tarjeta.

Contra la resolución N°53/2018, *Transbank* dedujo recurso de reclamación, conocido por la Excm. Corte Suprema (CS) en los autos rol N°24.828/2018, y resuelto por sentencia de 27 de diciembre de 2019. La Corte acogió el recurso, dejó sin efecto la resolución N°53/2018 y declaró en su lugar que:

«por no resultar compatible con la normativa de libre competencia, *Transbank* deberá adaptar el Plan de Autorregulación Tarifario a las instrucciones contenidas en el presente fallo, conforme a las cuales habrá de establecer MD 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»⁶³.

El 30 de enero de 2020, en la causa rol NC N°435/16, la FNE solicitó al TDLC dictar las medidas conducentes al cumplimiento de *Transbank S.A.* de la sentencia dictada por la CS, proponiendo para tales efectos que se ordene a la adquirente la aplicación de una única comisión por tipo de tarjeta, equivalente a 0,4% sobre el valor de la transacción para las operaciones con tarjeta de

⁶³ CS, 27.12.2019, rol 24.828-2018.

crédito; y de 0,3% sobre el valor de la transacción para las operaciones con tarjeta de débito y prepago⁶⁴.

Por su parte, *Transbank* solicitó el rechazo de las peticiones de la FNE e indicó que presentaría en el mismo procedimiento un plan de cumplimiento de la sentencia de la CS. El 4 de febrero de 2020 se rechazó la solicitud de la Fiscalía atendido que, en virtud de la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del DL N° 211, las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no serían aplicables a los procedimientos no contenciosos. Además, el artículo 39 letra d) del DL N° 211 confiere a la FNE la potestad de velar por el cumplimiento de las decisiones que dicte el tribunal, entre ellas, la posibilidad de iniciar un procedimiento regulado en los artículos 20 y siguientes del mencionado Decreto Ley, por un eventual incumplimiento de la resolución dictada en un procedimiento de consulta⁶⁵.

El 13 de febrero de 2020, en el mismo procedimiento referido en el párrafo anterior, *Transbank* presentó un plan de cumplimiento de la sentencia de la CS. Por resolución de 25 de febrero se rechazó su presentación, sobre la base de los siguientes argumentos: (i) la naturaleza no jurisdiccional del procedimiento reglado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 implica que las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de las resoluciones no son aplicables; y (ii) un eventual procedimiento de ejecución de la resolución no puede ser iniciado por el obligado por ella, quien debe, simplemente, proceder a cumplir sus obligaciones. Asimismo, de oficio, atendido lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del DL N° 211, se ordenó desglosar las presentaciones y documentos acompañados y remitirlos a la FNE. El 6 de abril de 2020 la FNE y *Transbank* presentaron para aprobación del TDLC un acuerdo extrajudicial, que dio origen a la causa rol AE N°17/20.

Los solicitantes, indicaron que convinieron dicho acuerdo con el objeto de que se sustituya integralmente el PAR vigente por un nuevo sistema tarifario basado en la autorregulación de *Transbank* a regir bajo el Modelo de 4 Partes (M4P). El acuerdo fue rechazado por resolución de 29 de abril de 2020, sobre la base de que el procedimiento establecido en el artículo 39 letra ñ) del DL 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.

⁶⁴ TDLC, rol NC N°435/16.

⁶⁵ TDLC, rol N°435/16.

- 4) Cambio de régimen, de un Modelo de 3 Partes (M3P) a uno de 4 Partes (M4P): período desde el año 2020 hasta la actualidad

A partir del año 2020, el conglomerado bancario obtuvo las licencias por parte de *Mastercard*, *Visa* y *American Express* para operar sus marcas internacionales de tarjetas de crédito, débito y prepago, comenzando a operar en Chile bajo el M4P, y asegurando la interconexión e interoperabilidad en el ecosistema de medios de pagos.

Antes de conocer en qué consiste el M4P, debemos tener en cuenta los actores que participan: (i) clientes o tarjetahabientes: son quienes compran en un negocio y poseen una o más tarjetas que utilizan como medio de pago; (ii) comercios: empresas, negocios o locales (físico o digital), donde se venden los productos o se presta un servicio dirigido a los clientes; (iii) adquirentes: son las instituciones autorizadas por los bancos y la red de tarjetas para procesar las compras con tarjetas utilizadas en un país; (iv) red: es el sistema de marcas de tarjetas como *Visa* o *MasterCard*, quienes se hacen cargo de interconectar a los bancos; y (v) emisores: son los encargados de emitir las tarjetas que utilizan los clientes en nombre de la red, siendo un intermediario entre los clientes que quieren poseer tarjetas y la red. En general son bancos, pero también pueden ser cooperativas, empresas de *retail*, entre otras instituciones.

Así, el M4P consiste en un sistema de pagos en que los emisores de tarjetas y el adquirente que procesa el pago y afilia a los comercios operan en forma separada. A ellos se suman los comercios y clientes que utilizan las tarjetas, con lo cual se componen los cuatro actores de este nuevo modelo y en donde participa además la red de marcas de tarjetas. Antes de esta realidad teníamos un M3P, donde participaban sólo cuatro de los actores: clientes; comercios; adquirentes y emisores (estos últimos actuaban unificadamente a través de *Transbank*). En este proceso el cliente pagaba con su tarjeta al comercio, el adquirente recibía la información y la enviaba al emisor.

En cuanto al funcionamiento del M4P a la hora de realizar una venta, esto se desarrolla de la siguiente manera: el cliente paga con su tarjeta en el comercio, los detalles de esta venta son enviados al adquirente (que hasta el 2017 solo era *Transbank*), la empresa adquirente procesa la compra y la envía a la red de tarjetas. La red traspasa esta información al banco que emitió la tarjeta y así el banco tiene la información necesaria para autorizar la venta en el comercio.

En todo este proceso influyen también las comisiones. Existen tres conceptos importantes: 1) *MD*: que es la comisión que *Transbank* cobra al comercio por procesar las ventas realizadas a través del uso de tarjetas y que resulta de sumar: (i) Las tasas de intercambio, que se establecen por las marcas de tarjetas a favor de los emisores de las mismas o que regule la autoridad, las que se determinan por transacción, más el *Merchant Category Code* (MCC) o Categorías de Rubro del Establecimiento Comercial; (ii) Los cobros que las marcas efectúan a *Transbank* y que perciben por concepto de licencias (membresía) y otros cargos, incluyendo impuestos en su caso (denominados también en el mercado como “Costos de Marcas”), y que se determinan por transacción; y (iii) El margen adquirente de los servicios de *Transbank* o remuneración por sus servicios básicos de operación de las Tarjetas. 2) *Assessment*: es el porcentaje que la red de tarjetas cobra a las empresas adquirentes. 3) *Interchange Fee*: es la tasa de intercambio que paga la adquirente a los emisores por los beneficios recibidos de los comercios al optar por el pago con tarjeta.

Así las cosas, en el año 2021 la empresa *Transbank* presenta una consulta voluntaria ante el TDLC. El objetivo era averiguar si cierta modificación en el plan tarifario que cobra a sus usuarios, es decir, a los comercios, instituciones y personas que reciben los servicios tecnológicos necesarios para realizar operaciones de pago electrónico, se ajustaba a los parámetros de legalidad establecidos en el ordenamiento jurídico, principalmente adecuándose al marco normativo del DFL N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N°211, de 1973.

En esta instancia de consulta, el TDLC resolvió declarar que el PAR sometido a examen por *Transbank* se ajusta a las normas del DL N°211, siempre que cumpla de manera íntegra las medidas señaladas en la misma resolución⁶⁶. Sin embargo, en contra del mencionado fallo del TDLC, que estimó ajustado a derecho el nuevo PAR propuesto por la adquirente, fueron presentados diversos recursos de reclamación ante la CS, elevándose los autos del caso, para que la máxima corte del país conozca y resuelva de acuerdo a los antecedentes.

Conociendo la CS de las reclamaciones interpuestas en contra de la resolución del TDLC, resuelve por acoger los recursos presentados por la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (Odecu); *Walmart Chile S.A. (Walmart)*; *Compañía de Petróleos de Chile S.A. (Copec)* y *Farmacias Ahumada S.A. (Fasa)*, contradiciendo y revirtiendo así la interpretación hecha por los

⁶⁶ TDLC, N°67/2021.

jueces del TDLC respecto a la consulta presentada por *Transbank*⁶⁷. En este contexto, la decisión de la CS se basa en la ilegalidad de las conductas adoptadas por la adquirente, las cuales a pesar de haber sido sometidas a conocimiento y escrutinio del TDLC a través de la función de revisión en materia de consulta voluntaria, manifestaban implícitamente un abuso de posición dominante en el mercado, lo cual es expresamente contrario a derecho⁶⁸.

En este orden de cosas, se puede apreciar una contradicción de criterios, ya que, por una parte el TDLC conoce, interpreta, razona y toma una decisión respecto a determinado conflicto jurídico; mientras que, por otro lado, la CS realizando el mismo ejercicio, arriba a una conclusión diametralmente opuesta. Ante este escenario, la pregunta que surge es: ¿cuáles son las razones y argumentos que permiten concluir y otorgar validez a cada una de estas posturas en oposición?

La finalidad de *Transbank* era conocer si acaso cierta modificación en el plan tarifario que cobra a los usuarios se ajustaba a los estándares legales establecidos en el DL N°211. Al obtener la aprobación (bajo condiciones) del TDLC respecto al nuevo plan de cobro, la empresa adquirente procedió a la mencionada modificación. Sin embargo, contra esta decisión es que recurren ante la CS, por medio de sendos recursos de reclamación, las siguientes empresas, organismos y corporaciones: Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (Odecu); IGT Global Solutions Corporation Chile (Sencillito); Unired S.A. (Unired); *Walmart Chile S.A. (Walmart)*; Compañía de Petróleos de Chile S.A. (Copec); Farmacias Ahumada S.A. (Fasa); Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (Conadecus); Multicaja S.A. (Multicaja) y la FNE.

El principal efecto de la nueva modalidad de cobro fue el aumento de los precios de mantención del servicio, no en un sentido tecnológico o industrial, sino derechamente en los porcentajes de comisión que se les cobra y descuenta a los comercios usuarios por cada operación, lo que desde la perspectiva de las reclamantes es un perjuicio económico que viola la ley.

III. Conclusiones

Con el objetivo de concluir el informe, hemos mencionado tres situaciones en la historia de *Transbank* que nos parecen relevantes en relación a las normas sobre protección de la libre

⁶⁷ CS, 8.8.2022, rol 82.422-2021.

⁶⁸ DFL 1, que fija DL N°211.

competencia en Chile. De esta forma, podemos contextualizar el conjunto del actuar del conglomerado bancario desde su formación como empresa de adquirencia hasta su posición actual en el mercado. La primera de estas situaciones es el acuerdo alcanzado con *Bancard* en el año 1991; la segunda es el Plan de Autorregulación Tarifario; y la tercera es la contradicción de criterios entre la resolución N°67/2021 del TDLC, que aprueba la última propuesta del PAR presentado por *Transbank* en el año 2021, y la sentencia rol N°82.422/2021 de la CS, que rechaza y deja sin efecto el PAR aprobado por el TDLC.

Respecto al acuerdo al que llega *Bancard* con *Transbank* en el año 1991, el cual incrementó la cartera de clientes de esta última desde 5.600 a 35.000 establecimientos comerciales, se debe destacar que este pacto violó desde un principio las disposiciones del DL N°211 vigente en aquella época. Esto, porque como consecuencia del citado acuerdo se redujo sustancialmente la competencia en el mercado de adquirencia de medios de pago con tarjeta, ya que, del mercado relevante existente en aquel entonces, compuesto de un universo de aproximadamente 37.000 clientes, *Transbank* pasó a controlar el 95% del mercado, hecho calificado como atentatorio contra la libre competencia por el DL N°211 de 1973. Esta conducta, llevada a cabo durante el primer período histórico de la empresa fue ilegal porque los artículos primero, segundo y cuarto del DL N°211 proscribían estos actos, es decir, aquellos que tendieran a restringir, comerciar y/o distribuir cuotas de mercado.

Como se explicó en el apartado II.1), este hecho recibió la paupérrima autorización de la Comisión Preventiva Central por medio del dictamen N°757/262 de 1991. Sin embargo, el mencionado dictamen pugnaba con las disposiciones del DL N°211 original, concretamente vulnerando las normas contenidas en los párrafos primero, tercero y cuarto del encabezado del DL N°211, de 1973.

En cuanto al PAR, desde la conformación de *Transbank* la empresa ajustó las tarifas de forma unilateral. Esta situación, que recién fue revisada en el año 2004, demuestra la negligencia de la Administración del Estado respecto al tema, ya que, desde un principio el poder Ejecutivo y el Legislativo debieron haber regulado de forma transparente los planes tarifarios del conglomerado bancario a fin de prevenir abusos en el establecimiento de los precios, cosa que no sucedió, traspasándose por defecto la responsabilidad y revisión de la regulación al ámbito judicial, trasladándose la discusión sobre el PAR al TDLC, la FNE y la CS.

Lo anterior, provocó un escenario de incertidumbre para los usuarios y consumidores del servicio, ya que, si la discusión y regulación del PAR hubiera sido estudiada y analizada de forma seria por la autoridad desde un comienzo, el tema de los precios y los cobros de estos probablemente se habría zanjado hace años, produciéndose la respectiva seguridad jurídica en el mercado. Sin embargo, como el poder ejecutivo y legislativo no intervinieron de manera óptima cuando debieron hacerlo, la discusión sobre el PAR continúa en suspenso. Todo esto genera una merma considerable en la seguridad jurídica legítimamente esperada por los clientes y usuarios, los cuales son los mayores perjudicados en este escenario, ya que, como suele ocurrir en el ámbito financiero, los costos desembocan en el último eslabón de la cadena mercantil, es decir, lo soportan los consumidores.

Sobre este punto, es preciso señalar que, en cuanto a los precios, *Transbank* mantuvo tarifas relativamente económicas en comparación a los mercados de adquirencia de los demás países de Latinoamérica, por lo menos mientras se mantuvo el monopolio, es decir, desde el año 1991 hasta el 2016. Hasta que se abrió el mercado a la competencia, *Transbank* mantuvo una tarifa medianamente baja del servicio ofrecido principalmente por dos razones: a) la estructura del mercado, lo que le permitía al conglomerado bancario abaratar costos y maximizar utilidades. Esta razón se debe al antiguo M3P, debido a que al concentrarse los roles de emisión y adquirencia en una sola entidad (estructura vertical), la empresa ahorraba en procesos y recursos que actualmente operan por separado. El principal argumento para avalar esto fue que la concentración de las funciones de emisión y adquirencia aumentarían la competencia en el submercado de emisores, hecho que sí ocurrió. Y, b) mantener su posición de dominio mediante la práctica predatoria de disminuir o mantener precios, lo que elevó las barreras de entrada al mercado de adquirencia, desincentivando así la entrada de nuevos actores a la competencia, conducta prohibida expresamente por las disposiciones normativas del artículo 3 del DL N°211 vigente.

Por último, debemos mencionar la contradicción de criterios entre la resolución N°67/2021 del TDLC, que aprueba la última propuesta del PAR presentado por *Transbank* en el año 2021, y la sentencia rol N°82.422/2021 de la CS, que rechaza y deja sin efecto el PAR aprobado por el TDLC. Sobre esto, resulta interesante que, respecto al mismo Plan de Autorregulación Tarifario, el TDLC y la CS hayan arribado a conclusiones totalmente opuestas. En esta situación, la discusión se focalizó en el cobro de los MD y las características que estos debieran tener para ser conformes a

derecho. Siguiendo esta lógica, tanto el TDLC como la CS determinaron que los MD deben ser públicos, objetivos, de general aplicación y no discriminatorios, por lo tanto, de no cumplir con estos requisitos el PAR sería rechazado.

El TDLC, en la resolución N°67/2021 determinó, después de varios intentos por parte de *Transbank*, que el PAR presentado sí cumplía los requisitos para ser considerado legal, ya que, a criterio del tribunal, los MD propuestos por la adquirente en el año 2021 sí eran públicos, objetivos de general aplicación y no discriminatorios. Sin perjuicio de lo anterior, varias empresas reclamaron esta decisión ante la CS, y esta última interpretó lo contrario, es decir, que los MD propuestos por *Transbank* no cumplían los requisitos de publicidad, objetividad, aplicación general y no discriminación.

El razonamiento de la CS fue el siguiente: si las empresas afiliadas a *Transbank* no podían conocer públicamente las tarifas cobradas a otros rubros, esto indicaba falta de publicidad, ya que, solo podrían saber de antemano cuanto se les iba a cobrar según el rubro específico al que pertenecen, careciendo así de una base comparativa de precios por el servicio, reflejando una falta a la transparencia debida por parte de *Transbank*.

Respecto a la objetividad de los cobros, se concluye que en el PAR sigue faltando este requisito, ya que, continúa siendo una incógnita la relación entre los MD y las tasas de intercambio, es decir, a pesar de que se hayan fijado MD conocidos de forma previa, no se sabe qué porcentaje de estos constituye un costo para la empresa y qué porcentaje equivale a la tasa de intercambio que la adquirente paga a los emisores, por lo tanto, este factor incógnita podría significar una arbitrariedad al momento de definir precisamente los MD con las características mencionadas.

Que los cobros sean de general aplicación, es una característica que *Transbank* jamás en su historia ha cumplido, porque desde su creación la empresa ha cobrado a los comercios diferentes tarifas según el rubro o industria, el volumen de ventas y las ventas por ticket promedio; conceptos que no están bien definidos, lo que genera espacios para potenciales abusos. Y, como consecuencia de esto, las tarifas de la adquirente discriminan, justamente por lo mencionado, ya que, según el rubro, el volumen de ventas y las ventas por ticket promedio, los comercios pagan diferentes porcentajes totales de la venta por cada transacción, esto quiere decir en resumidas cuentas que, *Transbank* durante su historia ha cobrado mayores porcentajes a las pequeñas y medianas empresas en comparación a las grandes.

Coloquialmente hablando, *Transbank* le cobra más a quien vende menos, y le cobra menos a quien vende más, conducta discriminatoria que viola el principio constitucional de igualdad ante la ley, y que por lo demás abusa de los comercios con menor poder de mercado en el país, beneficiando a la gran industria. Hecho que resulta paradójico, ya que, fueron las grandes empresas que operan en Chile las que reclamaron contra el último PAR propuesto.

Tal como se expuso anteriormente, desde que se abrió el mercado de adquirencia a la competencia y se comenzó a implementar en Chile el M4P, *Transbank* aumentó las tarifas por sus servicios, lo que derivó en las reclamaciones presentadas ante la CS contra la resolución N°67/2021 del TDLC. Sin embargo, esta situación es engañosa a simple vista, ya que, esta conducta no coincide con un comportamiento por parte de *Transbank* de abusar de su posición de dominio, sino al contrario, este aumento de precios favorece a la competencia en el mercado de adquirencia, ya que, así los consumidores se ven incentivados a contratar con opciones diferentes a *Transbank*.

Aquí cabe preguntarse: ¿por qué esta empresa hizo esto, a pesar de que significa favorecer a la competencia? Y la respuesta es el cambio de régimen y la desagregación de la estructura vertical entre emisores y la sociedad interbancaria de adquirencia, pues al modificarse la configuración del mercado del denominado M3P al M4P, *Transbank* se encuentra en una situación diferente (menos ventajosa, aunque en equidad con sus competidoras), en la cual literalmente sus costos aumentan, porque ya no concentra y monopoliza las funciones de adquirencia y emisión, lo que a nuestro juicio justifica legítimamente el alza de las tarifas por parte de la empresa, ya que: a) las condiciones del mercado efectivamente cambiaron; y b) es un hecho que no atenta contra la libre competencia, sino que por el contrario, la favorece. A partir del 2017, *Transbank* ya no tiene capacidad para abusar de una posición de dominio, pero, aun así, controla una cuota considerable del mercado relevante.

Antes de finalizar, dos cuestiones generales resultan pertinentes: la primera, es el hecho de que el mercado de adquirencia tiende a la concentración como una consecuencia de la universalización del sistema financiero, y no solo este tipo de mercado, sino también los relacionados, como el mercado de emisores y el mercado de las redes de tarjetas a nivel internacional (*Mastercard* y *Visa*, por ejemplo). Esto quiere decir que, por más que la autoridad regule, este tipo de mercados eventualmente se concentrarán o, al menos, se interconectarán, y este es un efecto natural de la digitalización financiera, ya que, para que estas economías alcancen su máxima potencialidad y

rentabilidad, es necesario que todos los actores se encuentren interconectados, lo que lleva a la creación de grandes bases de datos en las cuales se procesan, administran, sistematizan, derivan y trasladan constantes flujos de información de miles de millones de transacciones económicas alrededor del mundo, lo que daría tema para otro informe. Llamamos a esto el “Principio de interconexión de los mercados digitales”.

La segunda de estas cuestiones generales es la contradicción de criterios entre el TDLC y la CS respecto al PAR. Sobre esto, cabe tener en cuenta que el análisis del TDLC presenta razonamientos de corte más técnico y económico; mientras que la CS razona dando predominancia a principios generales del derecho por encima de las cuestiones técnicas. Esta diferencia de razonamientos resultó en sentencias contrapuestas, sin embargo, vale la pena desde el punto de vista jurídico estar atentos a esta situación porque, como se mencionó, sigue en suspenso.

A partir de lo investigado y analizado, podemos observar y afirmar que la empresa de adquirencia *Transbank S.A.*, prácticamente desde su creación ha incurrido constantemente en abusos de posición dominante, por lo menos mientras ostentó el monopolio. Primeramente, mediante prácticas predatorias, absorbió de forma contraria a la ley a toda su competencia; y posteriormente, una vez consolidada su posición monopólica, ejerció, con los beneficios que le brindaba la estructura del M3P, un abuso de posición dominante, reflejado en la relación tanto con los comercios usuarios, clientes y consumidores; así como también con las potenciales competidoras que durante años presionaban para la apertura del mercado. Esto último también se evidenció en el hecho de que, hasta el año 2017, las tarifas fueran relativamente bajas.

En síntesis, se puede concluir que, durante el primer período histórico (1989-2002), *Transbank*, violando las normas sobre protección de la libre competencia, buscó y logró posicionarse como un monopolio; en un segundo período (2003-2016), fortaleció su posición monopólica gracias al abuso de posición dominante y a las barreras de entrada que la misma imponía, con el fin de evitar que se abriera el mercado a la competencia; y por último, durante el tercer y cuarto período (2017 en adelante), cuando ya el mercado se encontraba abierto a la competencia, el conglomerado bancario, con el objetivo de evitar la reducción de utilidades y compensar el aumento de los costos debido al cambio en el modelo de mercado, aumentó los precios del servicio de forma unilateral, para así lograr mantener las ganancias equilibradas con los costos, aunque esto le significó favorecer a la competencia y perder cuotas de participación, ya que, desde el punto de vista económico, para una

empresa es preferible perder cuotas de participación manteniendo las utilidades, que perder utilidades a costa de mantener cuotas de participación.

IV. Bibliografía

ÁLVAREZ, Marta. 2003: “Tarjeta de Crédito Bancaria”.

CASTRO, Wilson. 2021: “El Monopolio “Bueno”: El Caso de los Servicios Públicos Domiciliarios. En: Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina”.

COLLAO, Loreto. 2011: “La Defensa del Negocio a Costa de la Economía: La Historia de Transbank”.

FERNÁNDEZ, Cristian. 2003: “Aspectos Prácticos y Normativos de la Tarjeta de Crédito Bancaria”.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. 2010: “Curso de Derecho Civil, Tomo I. Capítulo II: La Jerarquía de las Normas Jurídicas”.

Informe de Antecedentes, TRANSBANK. 2006: “Antecedentes Cualitativos de Tarifas a Establecimientos Comerciales por Aceptación de Tarjetas de Crédito y Débito - Enero 2006”.

Informe de Gerens S.A. 2012: “Análisis de la Falta de Competencia en el Mercado de Adquirentes de Tarjetas de Crédito y Débito Bancarias”.

MANKIWI, Gregory. 1991: “Principios de Economía”.

MCDONNELL BERNABÉ, Michael. 2019: “Libre Competencia en Chile: Análisis de las Modificaciones del Decreto de Ley N°211”.

SALAZAR SALVO, Manuel. 2020: “El Negocio del Dinero Plástico y la Lucha de Piñera Contra los Bancos”.

SANDOVAL, Ricardo. 1994: “Tratado de Derecho Comercial: Nuevas Operaciones Mercantiles”.

TRANSBANK, Portal Público. 2023. “Historia Empresa Transbank”.

YOPO DÍAZ, Natalia Valentina. 2012: “Responsabilidad en los Casos de Fraude por Extravío, Hurto o Robo de la Tarjeta de Crédito”.

Normas jurídicas citadas

Proyecto de Ley: Regulación de competencia en mercado de medios de pago electrónicos. En primer trámite, sesión 80ª, en 17 de diciembre de 2013. Informe de Comisión: Economía: sesión 85ª, en 14 de enero de 2014. Senado de la República de Chile.

Boletín N°9.201-03, del Senado de la República de Chile. 2016.

Ley N°20.950. Autoriza Emisión y Operación de Medios de Pago con Provisión de Fondo por Entidades no Bancarias.

Decreto Ley N°211, Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia. 1973 (texto original no vigente).

Ley N°13.305. Reajusta las Remuneraciones de Todos los Empleados que Prestan Servicios en Chile, Suplementa el Presupuesto de la Nación, Establece Nueva Unidad Monetaria, Concede Facultades Extraordinarias al Presidente de la República y Modifica las Leyes que Señala.

Ley N°19.911, que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2003.

DFL N°1, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Jurisprudencia citada

Fiscalía Nacional Económica, Rol N° ERN 20-2014. Expediente de Recomendación Normativa sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago.

Dictamen N°757/262, del 18 de abril de 1991. Comisión Preventiva Central.

Dictamen N°787/985, de 19 de noviembre de 1991. Comisión Preventiva Central.

Autos Rol Contencioso N°16/04, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004.

Resolución N°67/2021, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dictamen N°1270, 2003. Comisión Preventiva Central.

Sentencia N°29/2005. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Plan de Autorregulación Tarifario aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2006. Transbank.

Investigación rol N°901/07, Fiscalía Nacional Económica.

Investigación rol N°021/07, Fiscalía Nacional Económica.

Investigación rol N°815/06, Fiscalía Nacional Económica.

Procedimiento No Contencioso N°418/13, Fiscalía Nacional Económica. 2013.

Resolución N°53/2018, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Autos rol N°24.828/2018, de la Corte Suprema.

Causa rol NC N°435/16, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Rol N°82.422/2021, de la Corte Suprema.