

ANÁLISIS DE LA RECOMENDACIÓN NORMATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOBRE SERVICIOS ASOCIADOS A LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO DE ACEPTACIÓN UNIVERSAL

ÁLVARO LARRAÍN FIERRO

RESUMEN: En el ejercicio de sus facultades, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emitió en enero de 2017 una recomendación de modificación normativa en el ámbito de la industria de pago con tarjetas. Dicha propuesta busca promover la competencia especialmente en el ámbito de la adquisición, esto es, la actividad que tiene por objeto incorporar a los comercios a la red de tarjetas para aceptarlas como medios de pago, proporcionándoles los servicios tecnológicos y administrativos requeridos para ello y que hoy día tiene prácticamente como único operador a Transbank S.A. de propiedad del conjunto de los bancos. En el presente artículo el autor realiza un análisis acerca de la eficacia y oportunidad de esta recomendación normativa para abordar la realidad de un mercado dinámico y complejo, sintetiza los principales aspectos que permiten entender esta industria y sus desafíos regulatorios, evalúa la pertinencia de las propuestas específicas formuladas por el Tribunal, para finalmente enunciar algunas consideraciones en torno a bienes jurídicos que junto con la libre competencia deben ser ponderados a la hora de regular la industria de pago con tarjetas.

PALABRAS CLAVE: Adquirencia, Banco Central, cadena de pagos, comercio, crédito, débito, emisor, Ministerio de Hacienda, inclusión financiera, libre competencia, marcas, medios de pago, *merchant discount*, prepago, procesamiento, recomendación normativa, tarifas, tarjetas, Transbank, TDLC.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Eficacia y oportunidad de la recomendación normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 3. La industria de pago con tarjetas. 4. La competencia en la industria de pago con tarjetas. 5. La industria de pago con tarjetas en Chile y sus condiciones de competencia. 6. Propuestas de modificación normativa formuladas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 7. Otros bienes jurídicos a considerar en la intervención regulatoria de la industria de tarjetas. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El 13 de enero de 2017 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “el Tribunal”) en uso de la facultad que le concede el artículo 18 numeral 4 del texto refundido del Decreto Ley 211¹ (“DL 211”), dictó una proposición de modificación normativa sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal.

El objetivo de esta recomendación normativa es fomentar la competencia en la industria de los medios de pago con tarjetas, para lo cual el Tribunal formuló un conjunto de propuestas para dictar o modificar preceptos legales o reglamentarios. Tales sugerencias, que no tienen un carácter vinculante ni obligatorio para las autoridades legislativas, regulatorias y fiscalizadoras de nuestro país, se fundan en una revisión y análisis exhaustivo del mercado de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal en Chile, recogiendo la experiencia comparada acerca de cómo se organiza esta industria en otros países y su regulación aplicable, y evaluando los aportes y posturas de dieciséis instituciones que participaron en este proceso².

¹ De conformidad al artículo 18 4) del DL 211 el TDLC está facultado para: “Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre esta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.

² Participaron en calidad de intervinientes en la tramitación del ERN 20/2014: OPS Ingeniería Limitada, American Express, Banco Santander-Chile, Banco Central de Chile, Mastercard International Incorporated, Transbank S.A., Banco de Crédito e Inversiones, Scotiabank Chile S.A., Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A., Multicaja S.A., Banco de Chile, Fiscalía Nacional Económica, Servicio Nacional del Consumidor, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (“SBIF”).

El presente artículo realiza un análisis en cuanto a la eficacia y oportunidad del esfuerzo desplegado por el TDLC en orden a *“recomendar la dictación o modificación de normas legales o reglamentarias relativas a los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago”*³, formulando *“un conjunto de propuestas que afectan de manera profunda, a nivel estructural y conductual, el mercado nacional en la forma como actualmente se le conoce”*⁴. A continuación, desarrolla una síntesis de los principales elementos que aborda esta recomendación normativa, lo que posibilita tener una visión global del mercado de pago con tarjetas y cuáles son sus principales desafíos regulatorios, para luego efectuar algunas consideraciones en torno a otros bienes jurídicos que junto con la libre competencia deben ser tomados en cuenta a la hora de regular esta industria dentro del ordenamiento constitucional y legal vigente.

2. EFICACIA Y OPORTUNIDAD DE LA RECOMENDACIÓN NORMATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La proposición de modificación normativa N°19/2017 de 13 de enero de 2017 fue emitida por el TDLC después de un proceso no contencioso que se extendió por casi tres años, iniciado con la resolución de apertura del Expediente de Recomendación Normativa (“ERN”), Rol 20-2014, dictada el 17 de abril de 2014, teniendo como antecedente los argumentos expuestos por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y otros intervinientes en el proceso no contencioso N° 418-13, caratulado *“Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N°757 de la H. Comisión Preventiva Central”*⁵.

Se encuentra dividida en diez capítulos, donde el Tribunal aborda una recopilación y síntesis de las opiniones y argumentos aportados por los intervinientes, para luego abocarse propiamente a formular su recomendación normativa.

La propuesta del Tribunal discurre, en primer lugar, por una descripción y análisis genérico de la estructura de la industria de medios de pago correspondiente a las tarjetas de crédito y débito; luego realiza esa misma descripción y análisis referido específicamente al mercado chileno, para finalmente, después de evaluar las sugerencias formuladas por los mismos intervinientes en el proceso, concluir o resolver su propia postura que, como se verá, tampoco resulta unánime por parte del Tribunal, siendo algunas de sus propuestas centrales rechazadas por un voto de minoría de dos de los cinco ministros que lo integran⁶.

Sin perjuicio de valorar el esfuerzo desplegado por el Tribunal para realizar un estudio profundo de la industria de pagos con tarjetas, invitando a los principales actores del mercado a formular sus puntos de vista y aportes, revisando la experiencia comparada y la literatura económica sobre el particular y formulando un conjunto de propuestas regulatorias respecto de las cuales pudiere existir mayor o menor consenso, cabe preguntarse si esta recomendación normativa constituye un medio eficaz para impulsar o promover la libre competencia en la industria de los medios de pago con tarjetas. Si bien no puede dejar de reconocerse que la labor desplegada por el Tribunal constituye un aporte valioso en la línea antedicha, en el contexto de un mercado que tradicionalmente ha estado en manos de un solo actor en lo que se refiere a adquirencia, teniendo a Transbank como principal operador, en mi opinión existen argumentos que llevan a cuestionar la eficacia y oportunidad de esta recomendación normativa, que paso a detallar a continuación:

- i) La facultad contemplada en el artículo 18 número 4 del DL 211 en virtud de la cual el TDLC puede efectuar recomendaciones normativas que van dirigidas al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, con el objeto de instar a la modificación o derogación de preceptos legales o

³ TDLC, Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 de 13 de enero de 2017, (“Recomendación Normativa”), n.191.

⁴ Recomendación Normativa n.192.

⁵ Recomendación Normativa n.1.

⁶ La Recomendación Normativa fue pronunciada por los Ministros: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente; Sr. Eduardo Saavedra Parr a; Sr. Javier Tapia Canales; Sra. María de la Luz Domper Rodríguez; y el Sr. Tomás Menchaca Olivares. Estos dos últimos representan el voto disidente en dos de las ocho medidas propuestas y que se desarrollan en la sección 6 del presente artículo.

reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, o la dictación de normas destinadas a fomentarla o bien la regulación de determinadas actividades económicas que se prestan en condiciones no competitivas, no constituye el ejercicio de una facultad propiamente jurisdiccional, en el sentido de “sancionar o dictar el derecho”. El Tribunal no está resolviendo un litigio o conflicto de derechos que amerite un pronunciamiento con fuerza obligatoria o vinculante para las partes involucradas.

La falta de *imperium* que corresponde al poder o capacidad para hacer cumplir incluso coactivamente lo resuelto por el Tribunal en la solución de controversias suscitadas en el ámbito de la libre competencia o de una consulta específica para prevenir o evitar efectos anticompetitivos, lleva a plantearnos si el ejercicio de esta facultad constituye una vía eficaz en la línea de introducir mayor competencia en un mercado caracterizado en la práctica por un proveedor único de servicios de adquirencia.

La misma duración del proceso asociado a esta recomendación normativa, casi tres años de estudio, trabajo y audiencias, con todo el desgaste que ello supone en cuanto a tiempo y recursos, genera una duda razonable acerca de la efectividad y resultados concretos aparejados a esta recomendación que, en definitiva, queda sujeta a la voluntad legislativa del Gobierno de turno y la adopción de medidas que pueden ser acogidas por otros entes con potestades regulatorias.

El ministro receptor de la propuesta, en este caso, el Ministro de Hacienda⁷, que de conformidad a la disposición legal mencionada debe expresar su parecer sobre la recomendación del Tribunal, respondió a la misma recién el 22 de septiembre de 2017, casi 8 meses después de haberla recibido el Ministerio de Hacienda por primera vez y ante una insistencia que realizó el mismo Tribunal, a requerimiento de una presentación efectuada por uno de los incumbentes, Multicaja S.A. Esta empresa compareció en el mes de agosto de 2017 en el respectivo ERN haciendo presente al Tribunal la omisión del Ejecutivo, que en su opinión generaba una incertidumbre en el ámbito regulatorio, toda vez que los agentes que participan en el mercado requieren conocer para sus decisiones de inversión cuáles de las propuestas del Tribunal serán o no acogidas y con qué jerarquía normativa.

La respuesta del Ministro de Hacienda si bien comparte el diagnóstico general sostenido por el Tribunal *“en el sentido de que los segmentos del procesamiento y la adquirencia en el mercado de los bienes de pago en nuestro país se desarrollan en condiciones que difieren respecto del contexto internacional, en donde la existencia de un solo actor pudiese constituir un obstáculo para la competencia en esta industria”*⁸, da cuenta de una serie de cambios regulatorios que eliminan algunas de las barreras normativas representadas por el Tribunal. Entre ellas, están los cambios introducidos por la Ley 20.950 que autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondo por entidades no bancarias, y la nueva normativa del Banco Central de Chile (“BCCh”) sobre emisión y operación de tarjetas de crédito, de débito y de pago con provisión de fondos, conforme a los cuales se elimina la limitación que tenían las sociedades de apoyo al giro de prestar servicios a entidades no bancarias, terminando con ello la exigencia normativa que otrora estableciera el BCCh entre las entidades emisoras y adquirentes, con el objeto de aumentar la oferta de servicios de operación para los comercios adheridos a redes de pagos. Sin perjuicio de estos avances, la respuesta del Ministro de Hacienda plantea que la implementación de cambios regulatorios en este mercado requerirá del esfuerzo conjunto y coordinado de todos los organismos reguladores involucrados e *“identificar y estudiar las vías institucionales idóneas para materializar aquellas medidas contenidas en la Proposición Normativa que sean necesarias para fortalecer la competencia en esta industria y cuya implementación no genere costos que puedan neutralizar sus beneficios, por ejemplo afectando la seguridad del sistema de pagos”*⁹. En definitiva, las medidas sugeridas en la recomendación normativa del Tribunal quedaron pendientes de estudio y análisis.

- ii) En relación a la forma de implementar los cambios propuestos, el mismo Tribunal señala que la *“materialización de todas las recomendaciones mencionadas debieran ser precedidas de un riguroso*

⁷ El Ministro de Hacienda que respondió el oficio del TDLC en relación a la recomendación normativa fue el Sr. Nicolás Eyzaguirre Guzmán.

⁸ Ordinario N° 2033 del Ministro de Hacienda de 22 de septiembre de 2017.

⁹ Ibídem.

análisis del impacto regulatorio que considere y permita justificar, entre otros aspectos, que los beneficios de adoptar cada medida superan los costos asociados a la introducción de nueva regulación o a la modificación de la existente”¹⁰. Este reconocimiento que hace el propio Tribunal acerca de que sus propuestas requieren de un análisis riguroso previo que dimensione los impactos de implementar cada medida, confirma que la recomendación normativa no es definitiva, es una aproximación, valiosa, pero todavía necesitada de una ponderación mayor de cara a sus potenciales impactos. Precisamente debido a dicho análisis previo que dimensione impactos, el cual tendría que efectuarse en sede legislativa o por los menos a nivel de los órganos previstos por la legislación para establecer regulaciones atinentes al sistema de pagos, como el BCCh y la SBIF, es que la recomendación normativa no resulta por sí misma una herramienta lo suficientemente eficaz para introducir más competencia en la industria de los medios de pago. Es el mismo Tribunal el que abre la puerta a la consideración de que implementar algunas de las medidas sugeridas podrían tener más costos que beneficios. El TDLC claramente es eficaz al momento de resolver conflictos de libre competencia imponiendo sanciones, estableciendo medidas para casos concretos donde se verifican prácticas anticompetitivas, evacuando consultas y emitiendo autorizaciones. Dicha efectividad se ve atenuada en el ejercicio de la facultad de formular propuestas normativas, privadas de obligatoriedad y carácter vinculante para los actores de un mercado y donde no es posible en abstracto evaluar los costos y beneficios de las medidas sugeridas.

- iii) La complejidad, dinamismo, extensión e impacto de este mercado ciertamente dificultan la implementación de una regulación integral, tal como lo propone el TDLC. El Tribunal afirma que las medidas propuestas *“están diseñadas para ser implementadas, en tanto ello sea posible, como un todo, a fin de maximizar su potencial de fomento de la competencia”¹¹ avanzando “hacia una regulación integral de la industria de medios de pago con tarjetas”¹².*

La industria de pago con tarjetas es un mercado complejo, marcado por una pluralidad de intervinientes y roles. Desde el punto de vista de los precios, las tarifas de intercambio que perciben los emisores y los *merchant discounts* que soportan los comercios, por nombrar solo dos variables objeto de un debate recurrente, no difieren sustancialmente de mercados calificados como competitivos por el número de sus participantes y la desagregación de roles y funciones, tal como queda de manifiesto en las diversas presentaciones efectuadas por los intervinientes en el ERN. Tampoco resulta evidente que los niveles de seguridad, innovación y servicio presentes en esta industria en Chile sean deficitarios respecto a los existentes en otros países, a cuyo respecto las certificaciones que otorgan las marcas garantizan el cumplimiento de estándares internacionales. Por lo tanto, aunque sin duda es deseable introducir más competencia en la industria de pago con tarjetas nacional, las futuras regulaciones que introduzcan una mayor competencia en este mercado deben recoger de alguna manera la historia de cómo se ha ido organizando este sistema de pagos, priorizando la eliminación de barreras normativas, generando incentivos y abordando las controversias en el ámbito de la libre competencia al amparo jurisdiccional del TDLC.

El dinamismo de la industria de pago con tarjetas se explica en gran medida debido a su desarrollo tecnológico. Los avances que se incorporan en las tarjetas en orden a mejorar su seguridad como el uso de chip y clave de autenticación, los sistemas de bloqueo y notificación de transacciones, la introducción de los puntos de venta móviles o mPOS asociados al uso de celulares y aplicaciones, la interconexión de redes y el uso de otros canales, posibilitan cambios en la industria que impactan seriamente en los modelos de negocio y posibilitan la entrada de nuevos actores al mercado, impulsando una mayor competencia. En este sentido, una regulación integral como la propuesta por el Tribunal, requiere la suficiente flexibilidad en su implementación, a fin de que pueda adaptarse a un mercado cambiante. Con ello se mitiga el riesgo de establecer regulaciones que, en vez de favorecer la competencia, puedan terminar por afectarla o bien introducir costos en los modelos de negocio, que deterioren las eficiencias

¹⁰ Recomendación Normativa, Capítulo X, 4.1.

¹¹ Recomendación Normativa, Capítulo X, 4.2.

¹² Recomendación Normativa, Capítulo X, 1.

logradas.

La extensión y el impacto de la industria de pago con tarjetas, como principal medio de pago por sobre el efectivo y el cheque, con una cobertura que de acuerdo con el Informe de Inclusión Financiera de la SBIF de 2016 alcanza a más del 72% en tarjetas de débito, al 34% en tarjetas de crédito bancarias y al 31% en tarjetas de crédito no bancarias en la población mayor o igual a 15 años¹³, plantea que cualquier intervención regulatoria que promueva la libre competencia adopte una gradualidad e intensidad acorde a un mercado que funciona bien y es perfectible, frente a la alternativa de introducir reformas estructurales que no necesariamente se traducen en mejores condiciones para los tarjetahabientes y los comercios y que pudieren tener más costos que beneficios.

- iv) El TDLC despliega principalmente su rol como garante de la libre competencia al prevenir, corregir y sancionar los atentados contra dicho bien jurídico, sin perjuicio de sus facultades para emitir instrucciones de carácter general de conformidad a la ley y efectuar recomendaciones normativas en el ámbito de la libre competencia. Desde esa perspectiva, el rol regulatorio que le cabe al Tribunal es acotado. Como señala el profesor Fermandois, la función del TDLC *“consiste en resolver conflictos, o controversias surgidas de la defensa del bien jurídico de la libre competencia. Por ello, la función reguladora le es antinatural y constitucionalmente le queda vedada: su misión es sentenciar y no regular. Empero, si con motivo de una sentencia se formulan por el Tribunal criterios determinados, acotados al caso y sometidos a la ley y la Constitución, ello será lícito. Si se excede de ese marco, deviene inconstitucional”*¹⁴.

En el contexto del ERN, la principal medida propuesta por el Tribunal con el voto disidente de dos de sus cinco ministros, consiste en la prohibición de la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia, lo que supondría el fin de Transbank. La implementación de esta medida radical, que evidentemente no es consecuencia de un proceso que se haya seguido contra esta empresa por actos contrarios a la libre competencia ni tampoco a la revisión de autorizaciones otorgadas por el Tribunal, que en su oportunidad permitió a los bancos emisores la afiliación de los establecimientos de comercio directamente o a través de terceros¹⁵, por cierto debiera ser *“precedida[s] de un riguroso análisis del impacto regulatorio”*, al decir del mismo Tribunal, a fin de que los costos no sean mayores que los beneficios previstos.

Es posible plantear mecanismos alternativos y con una mayor gradualidad a la solución propuesta por el voto de mayoría del Tribunal, que posibiliten la incorporación de nuevos actores en el rol adquirente, conforme las ideas matrices de varios proyectos que no han llegado a convertirse en leyes de la República¹⁶.

En otro orden de cosas, la oportunidad de esta propuesta normativa también merece algunas observaciones:

- i) La tramitación del ERN que dio lugar a la propuesta del Tribunal iniciada en el mes de abril de 2014 se extendió por casi tres años

Durante ese lapso, el 30 de noviembre de 2015, la Excm. Corte Suprema conociendo de un recurso de reclamación deducido por Multicaja y Multitarjeta contra la sentencia dictada por el TDLC en la causa C-246-2012, caratulada *“Multicaja S.A. y otro contra Banco del Estado de Chile”*, ratificó el criterio sostenido

¹³ SBIF, Informe de Inclusión Financiera (2016): 25.

¹⁴ FERMANDOIS, Arturo, Derecho Constitucional Económico, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile (2006): 203.

¹⁵ Recomendación Normativa, voto disidente, considerando primero.

¹⁶ Boletín 8331-05, que modifica la Ley General de Bancos, estableciendo, entre otras, la obligación de que las entidades bancarias ofrezcan a sus clientes y a los comercios al menos dos opciones de red transaccional, y que al menos una de ellas no se encuentre relacionada con los bancos emisores. Boletín 9201-03, que regula la competencia en el mercado de los medios de pago electrónicos, permitiendo que cualquier adquirente que cumpla con las condiciones necesarias pueda acceder de manera no discriminatoria a la red de procesamiento. Boletín 10399-03, que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y otros cuerpos legales, para garantizar el acceso a distintos sistemas de pago y operaciones bancarias.

por el TDLC en el sentido que “resultaría del todo improcedente forzar al demandado a contratar con un determinado tercero la prestación de servicios que la regulación sectorial contempla expresamente puede reservar para sí”¹⁷.

Asimismo, a lo largo de estos años, se han tramitado varios proyectos de ley que buscan promover la libre competencia en la industria de pago con tarjetas¹⁸, habiendo sido dictada la Ley 20.950 que autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondo por entidades no bancarias¹⁹.

A su turno, el BCCh dictó el 30 de junio de 2017 una nueva normativa sobre emisión y operación de tarjetas de crédito, de débito y de pago con provisión de fondos en el Compendio de Normas Financieras²⁰.

Adicionalmente, en febrero de 2017, la SBIF otorgó la autorización de existencia a Red Global S.A., sociedad de apoyo al giro bancario de propiedad mayoritaria del Banco del Estado de Chile en alianza con un proveedor de servicios tecnológicos *SumUp*, la cual se encuentra en proceso para desarrollar la operación de tarjetas con énfasis en la afiliación de los pequeños comercios, proporcionando soluciones tecnológicas que se ajusten a dicha realidad.

Todos los hechos y circunstancias reseñados precedentemente y que tienen relevancia por su impacto normativo y competitivo en la industria de pago con tarjetas, dan cuenta de que varias de las propuestas del Tribunal contenidas en su recomendación normativa, en atención a la duración que tuvo este procedimiento de casi tres años, significó un rezago que las torna en alguna medida extemporáneas y desajustadas al actual panorama del mercado.

- ii) El sistema de pagos descansa en una plataforma tecnológica dinámica que impacta en el desarrollo del mercado y sus modelos de negocio, modificando las condiciones de competitividad. En este sentido, el proceso requerido para formular una propuesta normativa debiera ser acotado en el tiempo, so pena de fundar las recomendaciones en análisis y consideraciones fácticas sujetas a la obsolescencia tecnológica. Los múltiples avances que han acontecido en la industria estos últimos tres años, algunos de los cuales se han reseñado precedentemente, afectan hasta cierto punto la validez y proyección de algunas de las propuestas formuladas por el Tribunal en su recomendación normativa.

A continuación, previo a analizar las propuestas concretas que forman parte de la recomendación normativa del Tribunal, se describirá la industria de pago con tarjetas, para luego abordar su problemática en el ámbito de la libre competencia y cómo se organiza dicho mercado en Chile con sus condiciones de competencia.

3. LA INDUSTRIA DE PAGO CON TARJETAS

En términos simples, los principales medios de pago electrónico pueden dividirse en tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de prepago. Las tarjetas de crédito se caracterizan por permitir un pago a plazo que puede ser superior al que admite directamente el comerciante; las tarjetas de débito son aquellas que se encuentran vinculadas a una cuenta corriente o cuenta vista y que se caracterizan por garantizar un pago virtualmente inmediato; y las tarjetas de prepago son aquellas que no encontrándose vinculadas a una cuenta corriente o cuenta vista, disponen de una provisión de fondos, que igualmente posibilitan un pago virtualmente inmediato²¹.

¹⁷ TDLC, Sentencia 142/2015, considerando septuagésimo primero.

¹⁸ Ver nota 17.

¹⁹ La Ley 20.950 fue publicada en el *Diario Oficial* el 29 de octubre de 2016.

²⁰ Los nuevos capítulos del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile son: III.J.1 sobre emisión de tarjetas de pago, III.J.1.1. sobre emisión de tarjetas de crédito, III.J.1.2. sobre emisión de tarjetas de débito, III.J.1.3. sobre emisión de tarjetas de pago con provisión de fondos y III.J.2. sobre operación de tarjetas de pago. Esta normativa fue publicada en el *Diario Oficial* y entró en vigor el 30 de junio de 2017.

²¹ MELLA, Rodrigo y LARRAÍN, Álvaro, *Derecho Bancario*, Thomson Reuters, Santiago de Chile (2016): 162.

El mercado de las tarjetas se reconoce como un mercado de dos lados –*two side market*²²– en donde la oferta y demanda de ambos lados se deben satisfacer de manera simultánea. En este caso, los dos lados corresponden a los clientes, también denominados ‘*tarjetahabientes*’, que utilizan la tarjeta para comprar bienes, servicios o realizar otro tipo de transacciones financieras, y los comercios, que ofrecen la posibilidad de pagar con dichas tarjetas en sus establecimientos.

En la interacción y coordinación de ambos lados, intervienen: los ‘*emisores*’ que son aquellas instituciones financieras que emiten las tarjetas a nombre del tarjetahabiente y le entregan los servicios financieros relacionados a la misma, como el crédito o el débito comprometido²³ con cargo a los cuales se realizan las transacciones; los ‘*adquirentes*’ que son aquellas instituciones que ejercen una actividad eminentemente comercial, consistente en incorporar al comercio a una red de tarjetas mediante la oferta de medios tecnológicos y de servicios necesarios para utilizarlas como medio de pago, cobrando como contraprestación una o más comisiones²⁴; las ‘*marcas internacionales*’ o ‘*proveedores de servicios de red*’ que son aquellos actores que fijan los estándares operacionales y comerciales que permiten el funcionamiento del sistema de pagos, a lo menos para las transacciones realizadas en el extranjero²⁵; y los ‘*procesadores*’ que son aquellas instituciones que ofrecen los servicios informáticos que permiten enrutar, autenticar, registrar y eventualmente liquidar las transacciones efectuadas con el medio de pago.

En el rol de los procesadores puede distinguirse el ‘*procesador adquirente*’, que determina si el POS (*Point of Sales*), esto es, la máquina lectora de las distintas tarjetas y el comercio que la opera, se encuentran habilitados para recibir este tipo de pagos y el ‘*procesador emisor*’, que realiza la validación de las credenciales y determina si existen fondos para cubrir los pagos en la institución financiera asociada a la transacción²⁶. Ambos procesamientos se vinculan a través de un *switch* que es el soporte tecnológico que permite la interconexión.

Estos diversos actores y/o roles que se han descrito precedentemente, particularmente los que proveen el soporte financiero, comercial, tecnológico y operacional que permite vincular a clientes y comercios en la compra y venta de bienes y servicios, pueden adoptar diversas formas de organización y modelos de negocios, donde tales funciones se concentren o desagreguen, en uno o más actores. Por ejemplo, que sea el emisor el que también realice por sí mismo o a través de un tercero el rol adquirente. Lo anterior, genera diversas dinámicas en el ámbito de la competencia, según las características propias de cada mercado, los cuales se encuentran regulados por la autoridad económica y financiera de cada país, precisamente porque involucran la estabilidad del sistema de pagos.

Desde el punto de vista de los precios y tarifas involucradas en la industria de pago de tarjetas, además de las comisiones por administración del medio de pago y los intereses involucrados en la transacciones que suponen una operación de crédito de dinero, resulta relevante la consideración de: i) el ‘*merchant discount*’, ‘*merchant services charge*’ o ‘*comisión al comercio*’ que es el cargo pagado por el comerciante al adquirente por cada transacción efectuada con tarjeta en la red para la que este último realizó la adquirencia. En la práctica, dicho monto se descuenta del monto que el adquirente debe pagar al comercio por concepto del precio correspondiente a la transacción²⁷; y ii) el ‘*interchange fee*’ o ‘*tasa de intercambio*’ que corresponde a una transferencia de recursos de los adquirentes a los emisores, normalmente definida como un porcentaje del monto de la transacción. En concreto, el emisor transfiere al adquirente una cantidad menor al precio de

²² GUAJARDO, Patricia y RODRÍGUEZ, Sergio, “Funcionamiento del mercado tarjetas de crédito y debate sobre tarifas de intercambio”, en *Economía Chilena*, vol. 10, N° 3, Departamento de Publicaciones, Banco Central de Chile, Santiago de Chile (2007): 137-144.

²³ Recomendación Normativa n.194, 6 del Glosario.

²⁴ Recomendación Normativa n.194, 1 del Glosario.

²⁵ Recomendación Normativa n.194, 15 del Glosario.

²⁶ Recomendación Normativa n.194, 13 del Glosario.

²⁷ Recomendación Normativa n.194, 9 del Glosario.

la transacción al momento de efectuar su liquidación²⁸.

Otro aspecto relevante para comprender la industria de pago con tarjetas, son las reglas comerciales que se aplican al mismo, las cuales por lo general son impuestas o promovidas por las marcas internacionales, quienes han establecido los estándares operacionales y comerciales que posibilitan el funcionamiento de este sistema de pagos. Existen tres reglas que revisten particular importancia: i) La regla '*Honor all cards*' o '*Respeto de todas las tarjetas*', en virtud de la cual los comercios que reciben pagos con tarjetas se encuentran obligados a recibir todas las tarjetas que lleven la misma marca sin importar cuál sea su emisor, con lo cual los tarjetahabientes tienen la seguridad que sus tarjetas de pago serán aceptadas universalmente²⁹; ii) La regla '*No surcharge rule*' o '*Regla de no discriminación*', en virtud de la cual los comercios no pueden cobrar un precio distinto por un bien o servicio dependiendo del medio de pago utilizado para la transacción³⁰; y iii) La regla '*No Acquiring Without Issuing*' (NAWI) o '*Regla de la no adquirencia sin emisión*', que establece como limitación o condición de posibilidad para desarrollar el rol adquirente, el ejercer el rol emisor, lo que evidentemente restringe la posibilidad de desarrollar el rol adquirente³¹.

Respecto al proceso mismo de una transacción efectuada con tarjeta, es posible describirlo señalando que cuando el tarjetahabiente paga con tarjeta en el comercio, el POS respectivo envía una señal a través de la red. Luego, la transacción debe ser validada por el adquirente, quien verifica que el comercio desde donde se genera la transacción sea parte de la red. Posteriormente, se efectúa una segunda autenticación por el emisor, en la que se verifica la existencia de fondos disponibles (si la tarjeta es de débito o de prepago) o de cupo disponible (si la tarjeta es de crédito) y la validez de sus credenciales. Una vez realizadas ambas autenticaciones, se envía una aprobación a través de la misma red informando al comercio que la transacción puede efectuarse³².

4. LA COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA DE PAGO CON TARJETAS

Para abordar las situaciones que podrían limitar o restringir la competencia en el mercado de tarjetas, en una primera aproximación el Tribunal describe la industria de medios de pago que abarca el dinero efectivo, el cheque, las tarjetas y otros medios electrónicos, como un mercado donde la sustituibilidad entre ellos no es perfecta, atendido su funcionamiento y regulación independiente. Específicamente, plantea que la diferenciación de las tarjetas respecto de otros medios de pago como el efectivo, los cheques y las transferencias en dinero, radica en sus características en cuanto a su portabilidad para grandes sumas, la seguridad de las transacciones y la rapidez del traspaso de fondos. Lo anterior no obsta a que la definición del mercado relevante pueda ser comprehensivo de uno o más de estos bienes sustitutos imperfectos, dependiendo del grado de presión competitiva que ejerzan entre sí, lo que debiera analizarse en cada caso³³.

Los problemas de libre competencia tendrían su causa u origen en la forma como se organizan los roles emisor, adquirente, procesador y las redes de procesamiento, el modo en que se determinan las tarifas de intercambio y los *merchant discount*, ciertas reglas comerciales que vienen impuestas por las marcas y algunas barreras de entrada que provendrían de la propia normativa vigente.

5. LA INDUSTRIA DE PAGO CON TARJETAS EN CHILE Y SUS CONDICIONES DE COMPETENCIA

En Chile, el sistema de pagos electrónicos a través de tarjetas, ya sean de crédito, débito o prepago, se

²⁸ Recomendación Normativa n.194, 8 del Glosario.

²⁹ Recomendación Normativa n.194, 17 del Glosario.

³⁰ Recomendación Normativa n.194, 18 del Glosario.

³¹ Recomendación Normativa n.194, 19 del Glosario.

³² Recomendación Normativa n. 208.

³³ Recomendación Normativa n. 195-197.

encuentra regulado por una compleja red de normas y contratos entre las distintas partes que lo componen. La legislación bancaria chilena no contempla una regulación uniforme y comprehensiva de los medios de pago, encontrándose dichas disposiciones dispersas en distintas leyes y normas administrativas del BCCh y la SBIF, pudiendo identificarse diversas relaciones contractuales entre los distintos participantes del sistema, como las relaciones entre tarjetahabientes y emisores, emisores y operadores, operadores y establecimientos comerciales, sin perjuicio de las facultades que le caben al BCCh y la SBIF para regular y fiscalizar el funcionamiento del sistema³⁴.

Lo que caracteriza al mercado chileno en la industria de pagos con tarjetas es la actuación conjunta de los bancos emisores de tarjetas en el rol de adquirencia a través de la sociedad de apoyo al giro Transbank S.A. de propiedad de los primeros en diversos porcentajes de participación. Dicha empresa fue constituida en 1989 por el Banco de Chile, el Banco de Crédito de Inversiones, el Banco de Concepción, el Banco Español, el Banco Edwards, el Banco Osorno y La Unión, el Banco Sudamericano y el Banco Centrobanco, bajo el nombre de "Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito S.A.". Solo en 1998 pasaría a llamarse Transbank S.A. después de su fusión con Edibank S.A.

Transbank se encuentra íntimamente ligada al desarrollo de las tarjetas de crédito y débito en nuestro país desde 1990, año en el que sus accionistas celebraron un pacto a través del cual renunciaban a ejercer por sí mismos la operación de tarjetas y se obligaban recíprocamente a encargar dicha operación única y exclusivamente a Transbank. Un año más tarde, a propósito del acuerdo entre Transbank y Bancard para ceder a la primera los contratos de operación de tarjetas de crédito que la última mantenía con ciertos bancos emisores, ambas empresas formularon una consulta a la Honorable Comisión Preventiva Central.

Mediante el Dictamen N° 757 de 1991, la Honorable Comisión Preventiva Central, tras el análisis del acuerdo marco entre Transbank y Bancard, resolvió que dicho acuerdo no atentaba contra la libre competencia, a la vez que autorizaba a los bancos para "*ejecutar coordinadamente las funciones vinculadas a operación de tarjetas de crédito y aquellas de índole comercial relativas a la afiliación de establecimientos de comercio al sistema*"³⁵. De esta forma, se validó el actual esquema de funcionamiento del mercado de las tarjetas, con la participación de todos los bancos en una sola empresa que opera dichos medios de pago.

La autorización de la Comisión para la actuación coordinada de los bancos a través de Transbank se efectuó en consideración a las circunstancias del mercado en aquella época, donde las tarjetas compartían el mismo mercado relevante con medios de pago como el efectivo y el cheque y atendido que el mercado se encontraba abierto para nuevos emisores y operadores. En definitiva, la autorización tuvo en cuenta los beneficios que conllevaría una mayor competencia entre los emisores a consecuencia de la integración vertical entre los emisores (bancos) y el operador (Transbank).

Transbank realiza la operación de las tarjetas de crédito y débito que emiten los bancos constituidos en el país, afiliando a los establecimientos comerciales a nombre de los bancos y manteniendo una red de puntos de venta o POS que permiten realizar las transacciones financieras a través del uso de las tarjetas. En este sentido, Transbank tiene una relación contractual con los emisores, es decir los bancos, y con los establecimientos comerciales adheridos al sistema de pagos electrónico. Por lo tanto, los tarjetahabientes de los bancos no tienen relación contractual alguna con Transbank.

En el ámbito de la libre competencia, el TDLC aborda una lista de riesgos anticompetitivos que estima derivan de la propiedad conjunta de los bancos emisores en Transbank, sociedad de apoyo al giro bancario mediante la cual estos desarrollan en forma conjunta el rol adquirente. Se debe efectuar la prevención de que este análisis de riesgos que realiza el Tribunal, se formula desde una perspectiva bastante teórica, más en la línea de esbozar las consecuencias de lo que significa una falta de competencia en este mercado, hecho incuestionable cuando se está en presencia de un solo actor que desarrolla el rol adquirente, más que reparar en situaciones, actos o contratos que efectivamente podrían constituir una vulneración de la libre competencia.

³⁴ MELLA, Rodrigo y LARRAÍN, Álvaro, Derecho Bancario, Thomson Reuters, Santiago de Chile (2016): 163-166.

³⁵ El Dictamen N° 757/262 de la Honorable Comisión Preventiva Central fue publicado el 18 de abril de 1991, a propósito de la consulta de Transbank para la compra de la cartera de clientes de Bancard.

Un primer riesgo anticompetitivo según el Tribunal sería la falta de incentivos a los emisores para competir en la adquirencia. El TDLC considera que la ausencia de competencia en la adquirencia y la participación de los emisores en la rentas generadas por el negocio a través de la transferencia de los *merchant discounts* cobrados a los comercios y la tarificación para emisores a costo económico, desincentiva a los emisores a participar en forma independiente en el mercado adquirente, ante la eventualidad de bajas en los *merchant discounts*, lo que a su turno impactaría en la baja de las tasas de intercambio que se pagan a los emisores y un aumento de los costos asociados a desarrollar el rol adquirente en forma separada, perdiendo eficiencias propias de economías de escala. Se debe tener presente que los bancos perciben ingresos en su calidad de emisores por las tarifas de intercambio y en su calidad de accionistas como propietarios de Transbank, lo que no obstante el límite de rentabilidad que se ha autoimpuesto Transbank como mitigación a su posición dominante en el mercado adquirente, evitando el cobro de *merchant discounts* excesivos, desincentiva el ingreso al mercado adquirente de nuevos actores. Lo anterior se ve agravado en opinión del Tribunal, por la regulación sectorial vigente a la dictación de la recomendación normativa³⁶, donde el rol adquirente se consideraba como una función propia de la emisión, lo que se ve reforzado por la aplicación de la regla comercial '*No Acquiring Without Issuing*' (NAWI) de parte de las marcas internacionales, en virtud de la cual estas no otorgan licencias de adquirencia en forma separada de la emisión³⁷.

Para el Tribunal, la actuación conjunta de los bancos en la adquirencia generaría como segundo riesgo anticompetitivo, la mantención de *merchant discounts* más altos que los que previsiblemente se darían en un contexto de mayor competencia. En este análisis el Tribunal se refiere a los efectos distorsionadores que se producen por los planes de estímulo que los emisores realizan en favor del uso de las tarjetas como medio de pago entre los tarjetahabientes, en términos de afectar a quienes pagan en efectivo u otros medios de pago, quienes en definitiva soportan los mismos precios que quienes efectúan los pagos a través de tarjetas, transfiriéndose a quienes no utilizan estos medios de pago, los costos que asumen los comercios por el *merchant discount* asociado al pago con tarjetas, en particular por aplicación de la regla comercial *no surcharge*, en virtud de la cual los comercios que aceptan tarjetas no pueden modificar los precios de los bienes y servicios ofrecidos dependiendo del medio de pago utilizado³⁸.

Como tercer riesgo anticompetitivo, el Tribunal sostiene que la actuación conjunta de los bancos en la adquirencia mediante Transbank incide en que las tasas de intercambio tengan niveles más altos que los que se advierten en otros países, donde existe mayor competencia. En Chile las tarifas de intercambio, que son los ingresos que perciben los emisores por cada transacción realizada con tarjetas de su emisión, son implícitas porque al existir integración vertical de los bancos en el rol adquirente, participan tanto de las utilidades propias del negocio, como de los *merchant discount*³⁹. Sin embargo, no se aporta evidencia empírica, que permita suponer que las tasas de intercambio en Chile se aparten sustancialmente de las que se cobran en otros países, como también que existan otros factores que incidan en su nivel, como el aumento del número de POS y transacciones, que da lugar a eficiencias y economías de escala que empujan a la baja las tasas de intercambio o en el escenario menos favorable para los consumidores, su mantención en el tiempo.

El cuarto riesgo por la falta de competencia según el Tribunal estaría en la disipación de las rentas que genera la actividad adquirente en el lado emisor. Esto significa que, al no existir competencia, las eficiencias que se generan por el crecimiento del mercado de medios de pago con tarjetas se quedan en los emisores y no en los tarjetahabientes, sin perjuicio de los planes de estímulo que implementan los emisores respecto de sus clientes para fomentar el uso de estos medios de pago⁴⁰.

³⁶ El Banco Central de Chile dictó una nueva regulación en esta materia incorporando nuevos capítulos en el Compendio de Normas Financieras en el mes de junio de 2017.

³⁷ Recomendación Normativa n. 426-430.

³⁸ Recomendación Normativa n. 431-445.

³⁹ Recomendación Normativa n. 446-449.

⁴⁰ Recomendación Normativa n. 451-455.

Un quinto y sexto grupo de riesgos anticompetitivos presente en la industria de pagos con tarjeta en Chile, correspondería de acuerdo lo señalado por el Tribunal, a variables distintas del precio como son la calidad de servicio y la innovación que, por falta de competencia, tendrían un menor dinamismo que en otros países donde existe más competencia y el riesgo de traspaso de información sensible en la adquirencia, a causa de *interlocking* a nivel de directorios e instancias de participación de ejecutivos relevantes, precisamente por la integración vertical de los bancos emisores con el rol adquirente desarrollado por Transbank⁴¹.

6. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA FORMULADAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Un aspecto central con respecto a las medidas específicas que propone el TDLC para fomentar la competencia en la industria de pago con tarjetas, según se ha expuesto precedentemente, es el enfoque global u omnicomprendivo que tendría la regulación sugerida.

El voto de mayoría en esta recomendación normativa postula avanzar hacia una regulación integral de la industria de medios de pago con tarjetas y por ello entiende que las medidas propuestas, están diseñadas para ser implementadas como un todo⁴². No se trata entonces de sugerencias parceladas, en remover barreras u obstáculos específicos que se pretenden eliminar para promover la libre competencia.

En palabras del Tribunal, el resultado de su revisión *“es un conjunto de propuestas que afectan de manera profunda, a nivel estructural y conductual, el mercado nacional en la forma como actualmente se le conoce”*⁴³. La pregunta que surge ante tal declaración es si resulta conveniente que un mercado que funciona, que cumple estándares internacionales reconocidos por las marcas, que ha aportado innegables beneficios al sistema de pagos, que por cierto es perfectible y tiene desafíos de mejora en el ámbito de la libre competencia, sea objeto de una cirugía mayor, estructural, con resultados inciertos no solo para las empresas que operan en este mercado, sino para vastos sectores de la población. Ante ese predicamento, que no es compartido unánimemente por los ministros que integran el Tribunal, la evidencia indica que los mercados funcionan eficientemente cuando se deja en libertad a sus actores, sin perjuicio de las correcciones que la autoridad debe introducir en resguardo del bien común y para evitar abusos y atentados a bienes jurídicos tales como la libre competencia. Mayor regulación no necesariamente es garantía de más y mejor competencia en la industria de medios de pago con tarjetas, sin perjuicio de la necesidad de avanzar en iniciativas que promuevan una mayor competencia, particularmente en el ámbito del rol adquirente, donde Transbank no tiene contrapesos.

En el ámbito de medidas concretas que el Tribunal recomienda para consagrar la separación de las actividades de emisión, adquirencia y procesamiento, este propone dos medidas:

- 1) Distinguir en forma más clara y precisa en la legislación los agentes participantes en la industria de pago con tarjetas y sus funciones, en particular: i) el proveedor de red, ii) el emisor, iii) el adquirente, iv) el procesador adquirente y v) el procesador emisor⁴⁴. Esta distinción de roles y funciones, en tanto se reconozca normativamente, posibilitaría desagregar actividades que en el pasado figuraban integradas, lo que podría significar elevar los costos y aumentar las exigencias para las empresas interesadas en desarrollar dichas tareas, sin perjuicio de aumentar el número de competidores. Los nuevos capítulos sobre emisión y operación de tarjetas del Compendio de Normas Financieras dictados por el BCCh en el contexto de la Ley 20.950, en cierta medida acoge esta propuesta del Tribunal, permitiendo la separación de la emisión y la adquirencia, a fin de promover una mayor oferta de servicios de operación para los comercios y entidades adheridas a redes de pago.
- 2) Otra medida, en la línea de la anterior, consiste en eliminar la barrera normativa conforme a la cual las

⁴¹ Recomendación Normativa n. 456-475.

⁴² Recomendación Normativa, Capítulo X, 4.2.

⁴³ Recomendación Normativa n.192.

⁴⁴ Recomendación Normativa, Capítulo X, 2.1.

sociedades de apoyo al giro bancario solo podían prestar servicios a los bancos que fueran sus socios o accionistas y a las filiales u otras sociedades de apoyo al giro bancario de ellos. La Ley 20.950 consagra expresamente que dichas sociedades, en cuanto realicen actividades relacionadas con los medios de pago, pueden prestar servicios a los emisores y operadores de medios de pago con provisión de fondos correspondientes a entidades no bancarias.

En el ámbito de fomentar la competencia en la adquirencia, esto es, la afiliación de los comercios a la red de pagos con tarjetas, el Tribunal plantea seis medidas que paso a detallar, dos de las cuales no cuentan con la unanimidad de los ministros que lo integran (la número 3 y número 7):

- 3) La medida más radical y de carácter estructural propuesta por el TDLC consiste en prohibir la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia. Lo anterior significa en la práctica el fin de Transbank. El Tribunal argumenta que *“la actuación conjunta de empresas competidoras es excepcionalísima y solo se justifica por razones de innovación o desarrollo de nuevos productos, que no podrían producirse por cada una de las empresas por separado... no se observan en la actualidad, para el caso de la adquirencia en el mercado chileno, fundamentos suficientes que justifiquen la actuación conjunta de los emisores”*⁴⁵. El mismo Tribunal reconoce que esta prohibición *“si bien extrema y de implementación compleja, se justifica al ponderar los beneficios aparejados a ella desde la óptica de la libre competencia”*⁴⁶. Por cierto, el ente jurisdiccional afirma que debe establecerse un plazo razonable para que los bancos revoquen los mandatos otorgados a Transbank para desarrollar las actividades de adquirencia y que no es posible afectar los contratos celebrados con anterioridad a la fecha en que entre en vigor la nueva regla. Sobre esta propuesta, coincido plenamente con las aprensiones manifestadas por el voto disidente, que califica esta medida como *“costosa, riesgosa y difícil de implementar... innecesaria dadas las medidas propuestas”*⁴⁷. Las demás medidas constituirían un estímulo suficiente para el ingreso de varias empresas a participar en el rol adquirente, por lo que *“debiera dejarse entera libertad para que puedan existir diferentes modelos de negocios y sean los propios adquirentes quienes elijan la estructura de organización que les parezca más adecuada”*⁴⁸. Asimismo esta prohibición significaría un perjuicio para Transbank que podría ver afectado su derecho de propiedad no solo respecto del activo de la empresa, sino de su actividad principal, la cual en principio se ha realizado con plena sujeción a la normativa bancaria y financiera, no pudiendo estimarse como ilícito el desarrollo de su rol adquirente, habiendo sido expresamente autorizado por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen N° 752/262 de 18 de abril de 1991, ratificado por el Dictamen N° 898/262 de 13 de abril de 1994 y corroborado por el TDLC en la Sentencia N°29/2005, considerando vigésimo tercero⁴⁹. Lo anterior no obsta para eventuales sanciones si la actuación conjunta de los bancos a través de Transbank incurre en actos, convenciones o contratos contrarios a la libre competencia.
- 4) El Tribunal se manifiesta favorable a la actuación conjunta de los emisores en materia de procesamiento adquirente. En este ámbito se verificarían economías de escala, altos requerimientos técnicos y de inversión en infraestructura que justificarían que dos o más emisores pudieran utilizar un mismo procesador y desarrollar una plataforma común que les permitiera contratar con más de un adquirente. Recomienda establecer obligaciones de acceso abierto a las redes de procesamiento en beneficio de los adquirentes, en tanto exista capacidad disponible y no existan impedimentos técnicos y, por otra parte, la obligación de interconexión entre las diversas redes de procesamiento⁵⁰.
- 5) Se propone por el Tribunal la prohibición de la regla NAWI (*No Acquiring Without Issuing*) que ha

⁴⁵ Recomendación Normativa, Capítulo X, 3.1.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Recomendación Normativa, Capítulo X, voto disidente, considerando primero, 1.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ Recomendación Normativa, Capítulo X, voto disidente, considerando primero, 2.

⁵⁰ Recomendación Normativa, Capítulo X, 3.2.

contribuido a limitar el negocio de la adquirencia exclusivamente a los bancos emisores⁵¹. Dicha regla provendría no solo de las marcas internacionales sino de una cierta interpretación de la normativa del BCCh en materia de emisión y operación de tarjetas, que tal como se indicó precedentemente, se modificó en junio de 2017, contribuyendo a separar el rol adquirente del rol emisor.

- 6) El TDLC sugiere la eliminación de la regla de no discriminación (*No Surcharge Rule*)⁵². La diferenciación que los comercios que aceptan tarjetas como medio de pago podrían efectuar respecto de los precios de los servicios y productos que ofrecen dependiendo del medio de pago, podría estimarse como una contribución en orden a evitar el subsidio cruzado que se verificaría entre quienes pagan con tarjetas versus aquellos que pagan con efectivo o cheque. Sin embargo, dicha medida es discutible desde la óptica de protección de los derechos de los consumidores en orden a no ser discriminados por el uso de un determinado medio de pago, como también podría generar un desincentivo al pago con tarjetas, lo que no resulta favorable desde la perspectiva de la inclusión financiera.
- 7) El Tribunal propone también regular las condiciones bajo las cuales los proveedores de red contratarán con los proveedores de servicios de adquirencia, para lo cual será necesario establecer procedimientos y condiciones de contratación aplicables a operadores y adquirentes de las tarjetas que sean públicos, generales, transparentes, objetivos y no discriminatorios, prohibiendo la negativa injustificada a contratar⁵³. En la medida que esta regulación obligue a los emisores a contratar con terceros actividades que son propias de su negocio principal, que hoy abarca tanto la afiliación de establecimientos de comercio como el procesamiento de transacciones, podría vulnerarse el derecho de los emisores a desarrollar por sí mismos dicha actividad o con un tercero de su confianza, ya que se trata de contratos *intuitu personae*. Se trata de servicios que la regulación sectorial reconoce expresamente que los emisores se encuentran autorizados para prestar⁵⁴. Así discurre la argumentación del voto disidente respecto de esta propuesta defendida por el voto de mayoría. Sin perjuicio de lo anterior, y en sintonía con la medida que apunta a promover el acceso abierto a las redes de procesamiento y la interconexión, resulta razonable postular que, como condición de posibilidad de aquello, se requeriría que las condiciones de contratación sean públicas, generales, transparentes, objetivas y no discriminatorias.
- 8) Una última medida propuesta por el TDLC para fomentar la competencia en el rol adquirente es la fijación de la tasa de intercambio. Esta propuesta que cuenta con la aprobación unánime de los ministros del Tribunal y genera cierto consenso entre los incumbentes, en tanto dicha fijación de tarifas se fundamente en criterios técnicos y sobre la base de procedimientos independientes, constituye una iniciativa que no asegura necesariamente bajas sustanciales a las tasas hoy imperan en el mercado o impactos significativos como rebajas en los *merchant discounts*. Supone además establecer nuevas cargas a los organismos reguladores. En ese sentido, puede argumentarse que es la misma institucionalidad encargada de velar por la libre competencia la que puede funcionar como disuasivo frente a precios excesivos que obedezcan a abusos de posición dominante. Una regulación tarifaria en la industria de pago con tarjetas, tratándose de un mercado tan ligado al desarrollo y los avances tecnológicos, podría restarle dinamismo y flexibilidad.

7. OTROS BIENES JURÍDICOS A CONSIDERAR EN LA INTERVENCIÓN REGULATORIA DE LA INDUSTRIA DE TARJETAS

La industria de pago con tarjetas está sujeta como cualquier mercado, a las normas y la institucionalidad de la libre competencia. La recomendación normativa del TDLC objeto de este artículo, da cuenta de los diversos aspectos en que la libre competencia podría ser promovida y profundizada en esta actividad económica.

⁵¹ Recomendación Normativa, Capítulo X, 3.3.

⁵² Recomendación Normativa, Capítulo X, 3.4.

⁵³ Recomendación Normativa, Capítulo X, 3.5.

⁵⁴ Recomendación Normativa, Capítulo X, voto disidente, considerando segundo.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente señalar que la intervención regulatoria desde la perspectiva de la libre competencia no podría dejar de considerar otros bienes jurídicos relevantes, los que también deben ser ponderados a la hora de introducir cambios en la estructura de este mercado.

Un primer bien jurídico que debiera cautelar cualquier regulación que busque favorecer la libre competencia en la industria de pago con tarjetas es el normal funcionamiento de la cadena de pagos. En efecto, este objetivo que ha sido encomendado como una de las principales tareas por las que debe velar el BCCh junto con la estabilidad de la moneda, supone como desafío regulatorio el equilibrar una mejor y más profunda competencia con la seguridad del sistema de pagos. No por contar con más actores en el rol adquirente o de procesamiento, con todas las externalidades positivas que ello significa, se pueden descuidar los estándares financieros, operacionales y tecnológicos de quienes participan en este mercado, a fin de garantizar que los pagos se realicen en forma segura y eficiente y el sistema sea confiable para los usuarios, minimizando los riesgos de fraude e incumplimiento de obligaciones.

Un segundo bien jurídico que también debe ser considerado a la hora de introducir cambios regulatorios orientados a una mayor competencia en la industria de tarjetas es la inclusión financiera. La inclusión financiera refiere al acceso y uso de productos y servicios financieros por parte de la población, en el contexto de una adecuada educación financiera y la debida protección de sus derechos como consumidores⁵⁵. El mayor acceso a los servicios financieros impacta positivamente en el desarrollo económico de los países, contribuyendo al alivio y superación de la pobreza, ya que dinamiza las actividades de las pequeñas economías, genera mayores capacidades de aprovechamiento de los recursos, eleva los niveles de ingreso y disminuye las imperfecciones de los mercados⁵⁶. Existe un amplio consenso acerca del impacto que el uso de las tarjetas y otros medios de pago electrónico tienen en la economía: la reducción de los costos de transacción –con todos los beneficios en tiempo y traslado que esto conlleva–; el aumento en la seguridad al disminuir la necesidad de almacenar y transportar dinero; el facilitar la distribución, pago y seguimiento de pensiones y beneficios sociales; la promoción del comercio electrónico y del turismo; y el fomento del consumo en comercios formales, entre algunos de sus principales beneficios⁵⁷. Lo anterior justifica promover la competencia en el mercado de tarjetas, en la línea de mejorar la cobertura y uso de estos productos financieros, especialmente entre los sectores más vulnerables y alejados de los centros urbanos.

8. CONCLUSIONES

- i) Durante un procedimiento no contencioso que se prolongó por casi tres años y que culminó el 13 de enero de 2017, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia formuló una proposición de modificación normativa para promover la libre competencia en la industria de servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal.
- ii) Este procedimiento no contencioso se enmarcó dentro de las facultades legales del Tribunal y constituye un valioso esfuerzo de diagnóstico y de propuestas orientadas a promover la libre competencia en la industria de medios de pago electrónicos, en particular en el ejercicio del rol adquirente, marcado por la presencia de un solo actor relevante, Transbank. Es el mismo Tribunal el que planteó que la implementación de las medidas sugeridas deberían ir precedidas de un riguroso análisis del impacto regulatorio, a fin de que los beneficios asociados no fueran menores que sus costos. La imposibilidad práctica de ponderar y establecer cuáles son los alcances reales de implementar el conjunto de regulaciones propuestas, hecho que reconoce el propio Tribunal, unido a la duración de este procedimiento de recomendación normativa que se extendió por un lapso de casi tres años, compromete la eficacia y oportunidad de esta instancia como mecanismo de intervención regulatoria, en atención a

⁵⁵ MELLA, Rodrigo y LARRAÍN, Álvaro, *Derecho Bancario*, Thomson Reuters, Santiago de Chile (2016): 235.

⁵⁶ ALARCÓN Claudia, FLORES Carolina, ORMAZÁBAL Francisco, VERA Mario y YÁÑEZ Álvaro, *Indicadores de Acceso y Uso de Servicios Financieros: Situación en Chile 2013*, en Serie Técnica de Estudios, N° 13, SBIF (2013): 6-8.

⁵⁷ MINISTERIOS DE DESARROLLO SOCIAL, ECONOMÍA, HACIENDA Y TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, *Informe sobre Inclusión Financiera y Medios de Pago Electrónicos* (2013): 10.

que sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria o vinculante y que estas llegan con cierto rezago, frente a cambios legales y normativos ya implementados.

- iii) El conjunto de medidas propuestas por el Tribunal, van en la línea de distinguir o separar las actividades de emisión, adquirencia y procesamiento y fomentar la competencia en la función de adquirencia. El planteamiento del Tribunal que postula una implementación integral de dichas propuestas, se aleja en alguna medida de una historia de intervenciones jurisdiccionales del órgano antimonopólico que ha autorizado la configuración del mercado de tarjetas tal como lo conocemos hoy. Si bien es necesario avanzar en el sentido de una mayor competencia, particularmente en el rol adquirente, las propuestas del Tribunal admiten ser ponderadas a la luz de la no afectación de derechos adquiridos y el análisis previo de los costos y beneficios a la hora de implementar nuevas exigencias regulatorias. Cabe mencionar al respecto, que algunas de las propuestas formuladas por el Tribunal ya fueron recogidas por la legislación reciente, o bien por el BCCh y la SBIF dentro de la esfera de sus atribuciones. Sus resultados, en cuanto a promover una mayor competencia en la industria de medios de pago con tarjetas, están por verse en el futuro próximo.
- iv) La promoción de la libre competencia en el mercado de medios de pago electrónicos y que es clave en el desarrollo económico nacional, requiere tomar en especial consideración el normal funcionamiento de la cadena de pagos y la inclusión financiera. En una industria compleja y dinámica, cuya extensión e impacto incide directamente en la sustitución del efectivo como medio de pago, no siempre una mayor intensidad regulatoria, redundará en mayores beneficios para los consumidores desde el punto de vista de los costos asociados y su incorporación y acceso a los servicios financieros, como tampoco en una mayor competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN Claudia, FLORES Carolina, ORMAZÁBAL Francisco, VERA Mario y YÁÑEZ Álvaro, *Indicadores de Acceso y Uso de Servicios Financieros: Situación en Chile 2013*, en Serie Técnica de Estudios, N° 13, SBIF (2013).
- BANCO CENTRAL DE CHILE, Acuerdo 2074-02-170629: Aprueba nueva Normativa sobre Emisión y Operación de Tarjetas de Crédito, Débito y Pago con Provisión de Fondos, que reemplaza la regulación vigente del Compendio de Normas Financieras (2017).
- FERMANDOIS, Arturo, Derecho Constitucional Económico, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile (2006).
- GUAJARDO, Patricia y RODRÍGUEZ, Sergio, *Funcionamiento del mercado tarjetas de crédito y debate sobre tarifas de intercambio*, en Economía Chilena, vol. 10, N° 3, Departamento de Publicaciones, Banco Central de Chile, Santiago de Chile (2007).
- MELLA, Rodrigo y LARRAÍN, Álvaro, Derecho Bancario, Thomson Reuters, Santiago de Chile (2016).
- MINISTERIOS DE DESARROLLO SOCIAL, ECONOMÍA, HACIENDA Y TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES, Informe sobre Inclusión Financiera y Medios de Pago Electrónicos (2013).
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS, Informe de Inclusión Financiera (2016).
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Proposición de Modificación Normativa N°19/2017 sobre Servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal (2017).