

Bullard Falla Ezcurra +



UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO

**MOOT** | Libre  
2019 | Competencia

# Competencia en plataformas de pagos

Caso Moot 2019

Con la colaboración de:



APOYO  
CONSULTORIA

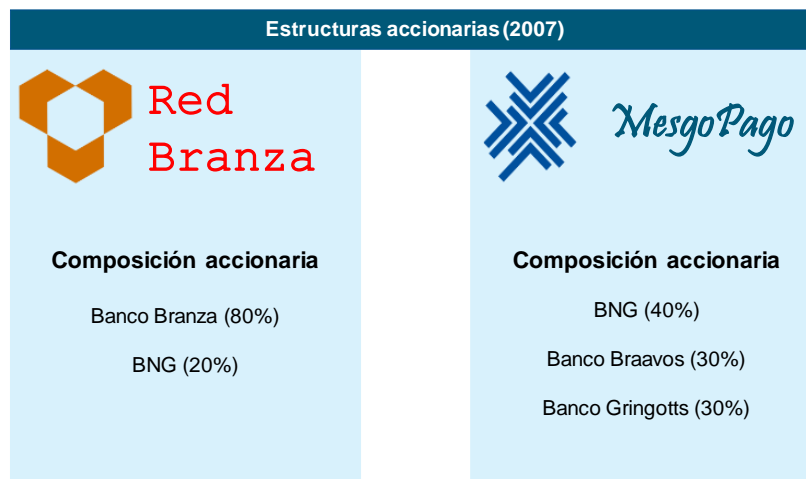


## CASO MOOT 2019

1. Emerald es una república democrática que desde el año 2000 presenta un ritmo de crecimiento económico acelerado. No obstante, Emerald tenía una economía tradicional, cuyas transacciones se realizaban casi en su totalidad en efectivo.
2. Las transacciones en efectivo enfrentaban muchos problemas, debido a la existente inseguridad de las principales ciudades de Emerald. También implicaban un incremento en los costos, pues requerían el empleo de una logística especial para el traslado de valores, seguridad para los comercios, entre otros. Estos costos eran trasladados a los consumidores.
3. Emerald contaba con ocho bancos que brindaban diversos servicios financieros, de los cuales el único que contaba con un sistema de pagos electrónicos era el Banco Branza, quien negociaba directamente con los comercios.
4. Durante el periodo 2000-2003, el sistema de pagos electrónicos no logró consolidarse como un medio de pago aceptado por los comercios de Emerald. El pago a través de medios electrónicos había enfrentado una importante resistencia debido a la desconfianza de los consumidores en el empleo de los sistemas de pago electrónico, así como la poca infraestructura y difusión en los comercios. Ello implicaba que, a pesar de que los consumidores contaban con tarjetas de crédito y débito proporcionadas por los bancos, el pago de bienes o servicios se realizaba con efectivo.
5. En ese contexto, los informes de organismos internacionales remarcaban el constante incremento de los pagos electrónicos en las economías más desarrolladas de la región. Así, este tipo de transacciones parecía reducir los costos asociados con las operaciones, permitiendo a los consumidores la posibilidad de disponer de mayor cantidad de dinero de manera más segura.
6. A finales del 2003, la Cámara de Diputados de Emerald aprobó la Ley de Fomento del Pago Electrónico. Esta ley tenía como finalidad fomentar el sistema de pagos electrónicos, incentivando la inversión privada nacional e internacional para expandir las posibilidades de los consumidores de realizar pagos a través de medios electrónicos. Una de las medidas planteadas por el Gobierno de Emerald fue el subsidio para la adquisición de infraestructura y mecanismos necesarios para el pago electrónico. El subsidio sería aplicado por el plazo de cinco años, con la posibilidad de ser extendido.
7. En el 2004, el Banco Branza inició la expansión de su sistema de pagos, el cual era manejado a través de su empresa subsidiaria "Red Branza". La estrategia era crear una amplia red de comercios en los cuales se puedan realizar transacciones con medios de pago electrónico. Con la finalidad de evitar el uso de su red de medios de pagos por parte de otras entidades que podrían aprovecharse de su inversión, mantuvo una relación de exclusividad con Red Branza.
8. Para el año 2005, las transacciones a través de medios electrónicos representaron un 2% del total de las transacciones a nivel nacional. El creciente interés de los consumidores por realizar pagos sin necesidad de contar con efectivo hacía prever un importante crecimiento en la participación de Red Branza en los siguientes años.
9. Ello generó interés en los demás bancos por ingresar al sistema de pago de Red Branza. El Banco Nacional Goliat (en adelante, BNG) negoció la adquisición de acciones de Red Branza con el objetivo de ingresar al sistema de pagos electrónicos administrado por la empresa. Como resultado de las negociaciones, BNG adquirió 20% de las acciones de Red Branza, manteniendo Banco Branza el control con el 80% restante.
10. Como parte del acuerdo de compraventa de acciones, BNG estipuló que Banco Branza aseguraría en su condición de accionista mayoritario la suscripción de acuerdos entre la sociedad y BNG a fin de que la última pueda hacer uso del sistema de pagos electrónicos.
11. El sistema de pagos de Red Branza no solo significó una expansión en la cantidad de transacciones a través de este medio, sino el incremento de los clientes de Banco Branza. De acuerdo con el reporte de 2006 de la Superintendencia de Banca, Banco Branza habría incrementado su participación en el mercado, frente a una caída de sus competidores más cercanos, el Banco Braavos y Banco Gringotts.

12. El 2007, los Bancos Braavos, BNG y Gringotts decidieron crear la Sociedad de Medios de Pago “MesgoPago” con la finalidad de desarrollar una red de medios de pago electrónico propio y prestar el servicio de intermediación entre los bancos y los comercios para la negociación de las comisiones (ver Figura 1).

**Figura 1. Estructura accionaria sistemas de pagos en Emerald (2007)**



Fuente: Superintendencia de Banca  
Elaboración propia

13. En el caso particular de BNG, dicho banco mantuvo tanto su participación en Red Branza como los acuerdos que le permitían acceder a dicho sistema de pago a favor de sus clientes por los primeros años de ejecución de MesgoPago. Conforme a las declaraciones dadas por su gerente general, ello se hizo para mantenerse presente en los comercios que ya tenían acuerdos con Red Branza mientras MesgoPago crecía, pues eventualmente podrían estar interesados en vender su participación en Red Branza.
14. La creación de MesgoPago fue fuertemente cuestionada por Banco Branza, quien señaló que este tipo de acciones podrían afectar la competencia. Señaló que la participación de tres de los cuatro principales bancos en el mercado no solo afectaría la competencia entre medios de pagos, sino que podría tener como consecuencia efectos anticompetitivos a nivel de los bancos.
15. Los comercios también cuestionaron que los Bancos Braavos, BNG y Gringotts decidieran participar de manera conjunta en el mercado de medios de pago. Por su parte, diversas asociaciones de consumidores también cuestionaron la creación de MesgoPago. Estos cuestionamientos fueron difundidos en medios de comunicación masiva.
16. Ante los cuestionamientos por la creación de MesgoPago, la Fiscalía Nacional de la Competencia de Emerald emitió una comunicación señalando que la legislación de competencia (vigente desde el año 2007) no establecía un supuesto específico que le permitiera cuestionar este tipo de acuerdos de asociación entre competidores. No obstante, sostuvo que estaría vigilante para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado y del proceso competitivo.
17. A pesar de este contexto, los comercios se interesaron rápidamente en contratar con MesgoPago para poder acceder a la red de tarjetahabientes de los Bancos Braavos, BNG y Gringotts. Los comercios afiliados por MesgoPago aumentaron desde el año 2008. Esto tuvo como consecuencia que para el 2010, la participación de MesgoPago sea de 55% frente al 45% de Red Branza.
18. MesgoPago no solo prestaba servicios hacia los Bancos, también mantenía relaciones contractuales con las Cajas Estadales<sup>1</sup>; así como con las principales empresas de *retail*, como Lectorium, Brentano's y Coruscant, que emitían sus propias tarjetas de pago.
19. Sin embargo, estas empresas no se encontraban conformes con las comisiones cobradas por MesgoPago, debido a que eran mayores al promedio internacional y más elevadas en relación con las comisiones cobradas a los

<sup>1</sup> Entidades financieras locales que brindan principalmente financiamiento a micro empresarios.

bancos. Si bien evaluaron presentar una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Emerald, esta acción no se llevó a cabo. Los comercios estaban preocupados que un eventual resultado negativo podría perjudicarlos en su relación con MesgoPago y, en consecuencia, afectar su modelo de negocio, pues a esa fecha la bancarización había logrado que muchos consumidores dejaran de usar efectivo.

20. En esta situación, las Cajas Estaduales y algunas empresas *retail*, estaban en la búsqueda de otras vías para contar con medios de pago electrónico que les otorguen menores comisiones. Por ello, solicitaron a Red Branza poder acceder a su sistema de pagos electrónicos. En respuesta a la solicitud, Red Branza envió una carta señalando no poder prestar el servicio

(...)

*Mediante la presente, acusamos recibo de su carta de fecha 8 de julio de 2010, a través de la cual manifestaron su interés en contar con los servicios de Red Branza.*

*Sobre el particular, les informamos que no podemos brindar a su empresa los servicios solicitados debido a limitaciones de tipo contractual. En la actualidad, Red Branza presta sus servicios con carácter de exclusividad al Banco Branza y BNG. Este acuerdo responde ningún interés distinto al de reducir los riesgos derivados de la inversión de Red Branza”.*

(...)

21. El año 2011, a través de su asociación, las Cajas Estaduales presentaron una denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Emerald por negativa injustificada de trato. Señalaron que la existencia de un contrato de exclusividad no se encontraba justificada pues la inversión para realizar no era importante en comparación con las limitaciones a la competencia que dicha exclusividad generaba. Además, sostuvieron que los beneficios para el propio sistema y para los consumidores de ambos bancos no superaban la restricción a la competencia que generaba la exclusividad.
22. De manera paralela, la Asociación de Cajas Estaduales envió una serie de oficios al Ministerio de Economía y a la Superintendencia de Banca, solicitando tengan una activa labor en el diseño de la política regulatoria sobre medios de pago electrónico y cumplan con aplicar la Ley de Fomento del Pago Electrónico.
23. Por su parte, el Gobierno enfrentaba una situación complicada debido a cuestionamientos por su falta de acción en distintos escenarios de la economía. En sus últimos años, el Gobierno había cambiado más de dos veces al Ministro de Economía debido a las críticas de la Cámara de Diputados, las cuales señalaban que el Gobierno estaba alineado con los grupos de poder.
24. Con la finalidad de tomar acciones que repercutan de manera favorable en su aprobación y, a su vez, evitar nuevos conflictos con el Cámara de Diputados, principalmente con el partido de oposición (mayoría de diputados), el Gobierno decidió evaluar las posibilidades que tenía para enfrentar las quejas de la Asociación de Cajas Estaduales.
25. En un principio se evaluó analizar la situación de MesgoPago, en tanto era una empresa conformada por un grupo de bancos y podía ser atacada a través de la Fiscalía Nacional de la Competencia. Sin embargo, los asesores del Ministerio de Economía señalaron que a la fecha no existía un mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones, de manera que esa operación no podía ser objetada retroactivamente.
26. Como resultado, el Gobierno no vio otro mecanismo que evitar la existencia de exclusividades en los sistemas de pago electrónico, considerando que no se encontraba en línea con la política de difusión de estos sistemas de pago. A finales del 2011, la Superintendencia de Banca emitió una resolución aprobando el Reglamento de la Ley De Fomento del Pago Electrónico, que entre otras disposiciones señalaba lo siguiente:

*“Artículo 10.- Prohibición de exclusividad*

*Se encuentra prohibido todo pacto de exclusividad que restrinja el acceso a los sistemas de pago electrónico. Los montos que los titulares de sistemas de medios de pago cobren por la prestación del servicio no se encuentran sujetos a regulación y se fijarán de común acuerdo entre las partes.*

(...)

*Tercera Disposición Transitoria: En línea con la política de difusión de los medios de pago electrónico establecida en la Ley de Fomento del Pago Electrónico, la infraestructura actualmente disponible para la prestación de los servicios que son objeto del presente Reglamento deberá adecuarse a las disposiciones contenidas en el mismo. En consecuencia, dentro de los noventa (90) días calendario de la entrada en vigencia del presente Reglamento, los titulares de sistemas de pago electrónico*

*deberán adecuar sus relaciones contractuales a fin de asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Reglamento.”*

27. Producto de la emisión del Reglamento, la denuncia de la Asociación de Cajas Estadales contra Red Branza fue archivada por sustracción de la materia.
28. La entrada en vigor del Reglamento impactó en la estrategia de expansión de Red Branza, quien tuvo que contratar con las Cajas Estadales y empresas *retail* una vez culminado el plazo de adecuación del Reglamento. Asimismo, producto de la entrada en vigor del Reglamento, Red Branza enfrentaba una mayor competencia con MesgoPago puesto que se eliminaron las restricciones de exclusividad. Estas nuevas condiciones de mercado tuvieron como consecuencia que Banco Branza replanteara su participación en Red Branza.
29. A mediados del 2012, Banco Branza decidió encargar a un agente la venta del 60% de sus acciones en Red Branza. Luego de intensas negociaciones, el Grupo Sinaloa Corporation (en adelante, el Grupo Sinco), adquirió el 25% de las acciones de Red Branza, mientras que el fondo de inversión BFE Capital adquirió el 35% restante. Asimismo, dado el cambio de accionistas, se decidió el relanzamiento del sistema de pago bajo el nombre de ePay (ver Figura 2).

**Figura 2. Estructura accionaria sistemas de pagos en Emerald (2012)**



Fuente: Superintendencia de Banca  
Elaboración propia

30. Adicionalmente, luego de la venta de las acciones de Red Branza (ahora ePay), se modificó el estatuto de la compañía. El Estatuto de ePay quedó redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 8.- La acción confiere a su titular legítimo, la calidad de socio y le atribuye cuando menos los siguientes derechos:*

- a) *Participar en el reparto de utilidades y en el patrimonio neto resultante de la liquidación.*
  - b) *Intervenir y votar en las juntas generales o especiales de accionistas.*
  - c) *Fiscalizar, en la forma establecida por la ley y el estatuto, la gestión de los negocios.*
- (...)

*Artículo 35.- La Junta General de Accionistas deberá propiciar la inclusión de directores independientes en la composición del Directorio, de acuerdo con las prácticas de buen gobierno corporativo.*

(...)

*Artículo 38.- Los directores deben desempeñar el cargo con diligencia, responsabilidad y velando únicamente por los intereses de la empresa. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información privilegiada y reserva a la que tengan acceso aún después de cesar en sus funciones, en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables.*

(...)

Artículo 40.- Para efectos de la composición de Directorio, cada acción dará derecho a tantos votos como Directores deban elegirse, y cada votante podrá acumular su voto a favor de una sola persona o distribuirlos entre varias. Serán proclamados Directores quienes obtengan el mayor número de votos hasta ocupar los puestos de Directores. En caso de empate y no se pueda integrar a ambos en el Directorio, se decidirá a través de sorteo”.

31. El continuo crecimiento de la economía de Emerald generó interés en diversos grupos económicos. El Grupo PagoFast anunció que para el 2014 se encontraría operando en Emerald, prestando servicios principalmente a empresas de menor escala de la banca, así como a los principales *retailers* del país que emitían sus propias tarjetas de crédito (ver Figura 3).

Figura 3. Estructura accionaria sistemas de pagos en Emerald (2014)



Fuente: Superintendencia de Banca  
Elaboración propia

32. Por otra parte, a mediados del 2014, el Banco Lemos, perteneciente al Grupo Lemos Investment que operaba en Europa y en más de tres países en la región, hizo pública su decisión de ingresar al mercado de servicios financieros de Emerald. La nueva entrada de competidores, tanto en los servicios financieros como en los servicios de medios de pago electrónico, llevó a replantear la estrategia de los Bancos Braavos, BNG y Gringotts, así como de MesgoPago.
33. Por un lado, a mediados del 2015, MesgoPago inició una estrategia de otorgar mayores beneficios para los tarjetahabientes. Asimismo, decidió fortalecer las estrategias dirigidas a la innovación, evaluando posibilidades de ampliar sus servicios a personas naturales que ofrecen servicios profesionales independientes. Esta nueva estrategia, enfocada en la calidad del servicio, decidió protegerla a través de los contratos firmados con nuevos comercios afiliados, así como en la renegociación para la suscripción de nuevos contratos. Los contratos contenían, entre otras, las siguientes cláusulas:

**“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES POR PARTE DE MESGOPAGOS**

MESGOPAGOS se obliga frente a EL COMERCIO a lo siguiente:

(...)

4. MESGOPAGOS se obliga realizar inversiones o campañas con EL COMERCIO y serán previamente coordinadas entre las Partes.

(...)

**CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE PARTE DE EL COMERCIO**

6. EL COMERCIO se obliga a mantener un elevado nivel de calidad en su servicio y a proporcionar las mejores atenciones a los usuarios de los sistemas de MESGOPAGOS.

**CLÁUSULA DÉCIMA: NO DISCRIMINACIÓN**

EL Comercio se obliga a no realizar acciones que desincentiven el uso del sistema de MesgoPagos o que incentiven el uso de sistemas de pago competidores por parte de sus consumidores”.

34. En las comunicaciones a los comercios informando sobre la aplicación de las cláusulas en sus contratos, señalaba lo siguiente:
- “(...) *Agradecemos su confianza en los servicios de MesgoPago. Nuestra nueva política de mayores beneficios permitirá incrementar la cantidad de usuarios y a su vez mejorar nuestras promociones, lo cual les permitirá generar mayor cantidad de ventas. De esta manera, de manera conjunta podremos brindar a nuestros consumidores un mejor servicio.* (...)”.
35. Por otro lado, a finales del 2015, el Banco Lemos hace su ingreso a Emerald con una estrategia de diferenciación de servicios y alta calidad. Su estrategia estaba enfocada en ingresar principalmente al mercado de los sectores económicos más altos, para posteriormente ingresar a competir en los demás sectores. Para ello, contrato los servicios de PagoFast.
36. En marzo de 2016, se modificó la Ley de Competencia de Emerald y se incorporó el control previo de fusiones y adquisiciones empresariales. Esta última modificación tuvo como finalidad, evitar la concentración de mercado que pueda tener efectos anticompetitivos.
37. La competencia entre los servicios de medios de pago tuvo un crecimiento importante desde la compra por parte de BFE Capital y Grupo SinCo de un grupo de acciones de Banco Branza en la Red Branza (ahora, ePay), así como por la entrada del nuevo competidor PagoFast, asociado con Banco Lemos.
38. Sin embargo, el crecimiento esperado de PagoFast para el 2017 no había sido alcanzado. A pesar de ofrecer mayor calidad para sus clientes y menores comisiones para los comercios.
39. Una vez PagoFast tomó conocimiento de las cláusulas de “no discriminación” de MesgoPago, denunció la aplicación de dichas cláusulas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, argumentando, entre otros, que su única finalidad era evitar que los comercios puedan sugerir a los consumidores el uso de tarjetas que implicaban menores comisiones, afectando la competencia entre sistemas de pago. De igual manera, a finales del 2017, la Fiscalía Nacional de la Competencia denunció la aplicación de estas cláusulas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.
40. Por su parte, ePay decidió ingresar al mercado de pagos vía aplicativos móviles. Para ello, adquirió la Fintech “PagaPe” que venía desarrollando una aplicación que permitía pagos utilizando únicamente dispositivos móviles. Esta plataforma fue diseñada para el uso de transacciones financieras entre personas y comercios, con el fin de evitar el uso de ventanillas de pago en bancos. No obstante, la intención de ePay era fomentar su uso en comercios para la adquisición de bienes y servicios a través de transferencias bancarias inmediatas, sin la necesidad de utilizar la tarjeta de crédito o débito. La aplicación permite el pago de bienes y servicios a través de un código QR. A través de la cámara de cualquier celular, un usuario podrá realizar la lectura del código QR asignado a una persona o comercio, rediriéndola a la aplicación móvil de su banco para realizar el pago. Además, este sistema contaría con un alto nivel de seguridad, generando mayor confiabilidad hacia los consumidores.
41. En este contexto, en abril del 2018, Banco Braavos decide iniciar negociaciones con BFE Capital para la adquisición de acciones de la empresa ePay. Luego de seis meses de negociaciones, Banco Braavos adquiere las acciones de ePay pertenecientes a BFE Capital (ver Figura 4).

Figura 4. Estructura accionaria sistemas de pagos en Emerald (2018)



Fuente: Superintendencia de Banca  
Elaboración propia

42. A fines de noviembre de 2018, se publica en los principales diarios de Emerald la noticia acerca de la adquisición de las acciones en ePay de BFE Capital por parte de Banco Braavos. La noticia generó un importante impacto mediático. La Asociación de Cajas Estadales, así como diversas asociaciones de consumidores, cuestionaron fuertemente la participación del Banco Braavos en la empresa ePay.
43. En enero del 2019, la Fiscalía Nacional de la Competencia denunció la adquisición de las acciones en ePay de BFE Capital por parte de Banco Braavos. En su denuncia, la Fiscalía solicitó bloquear la operación de concentración, señalando lo siguiente:
- a) Sobre la obligación de notificación:
    - La adquisición de acciones en ePay de BFE Capital por el Banco Braavos califica como una operación de concentración. La adquisición de la operación supone un cambio de control, de conformidad con la Ley de Competencia.
    - Solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia la imposición de la multa máxima por el incumplimiento a la obligación de notificación.
  - b) Sobre la operación de notificación
    - La fusión reforzaría el poder de mercado de los agentes involucrados en la operación de concentración, lo cual podría derivar en posibles prácticas anticompetitivas. En el mercado existen antecedentes de cláusulas de exclusividad y la Fiscalía Nacional Económica ha denunciado las cláusulas *anti-steering*.
    - La operación de concentración reduciría la intensidad de la competencia entre sistemas de medios de pago. Esto es contrario a la política nacional cuyo objetivo es incentivar el pago a través de sistemas electrónicos a través de la competencia.
    - Existen riesgo de coordinación derivados de la operación de concentración. La composición accionarial post-operación revelaría podría tener como consecuencia coordinación en políticas comerciales de las empresas involucradas. En cualquier caso, existe la posibilidad de que se tenga acceso a información sensible que tenga como efecto reducir la intensidad de la competencia.
    - Existen riesgos derivados del incremento de espacios de coordinación entre entidades del sistema financiero. Esto, aunado a la existencia de un mercado concentrado en los servicios financieros, podría generar efectos contrarios a la competencia.



44. En febrero de 2019, las empresas intervinientes cumplieron con presentar la notificación de la operación y la información necesaria, de conformidad con la Ley de Competencia. Adicionalmente, ePay y Banco Braavos presentaron un informe en calidad argumentado lo siguiente:
- a) Sobre la obligación de notificación.
    - a. La adquisición de acciones en ePay de BFE Capital por parte de Banco Braavos no supone un cambio de control en ePay. En supuesto alguno la operación otorga control a alguna de las accionistas, menos aún otorga control a Banco Braavos. Ninguna de las empresas ostenta control, ni antes ni después de la operación.
    - b. El Tribunal de Defensa de la Competencia debe declararse incompetente para conocer la operación denunciada por la Fiscalía Nacional de la Competencia. De acuerdo con la Ley de Competencia, solamente cuanta con facultad para conocer operaciones de concentración en el ámbito de la Ley.
  - b) Sobre la operación de concentración:
    - a. Ninguna de las empresas involucradas en la operación adquiere un poder de mercado que, de acuerdo con la Ley de Competencia, pudiera darle la posibilidad de ejecutar conductas contrarias a la competencia.
    - b. La intensidad de la competencia no se verá reducida. No existe evidencia ni data que permita sustentar dicha afirmación. Adicionalmente, ambos agentes se mantienen independientes y el ingreso de Banco Braavos generará un incremento en la posibilidad de innovación.
    - c. La competencia en los sistemas de medios de pagos está variando. En los últimos años han ingresado nuevos competidores y han incrementado su participación.
    - d. A nivel mundial se encuentra un creciente desarrollo de aplicaciones para dispositivos móviles, haciendo frente a los medios de pago tradicionales. Esta competencia debe ser tomada en cuenta y evaluada en el análisis del mercado.
    - e. Existen importantes incrementos en la eficiencia y beneficios a los consumidores como consecuencia de la operación.
    - f. En relación con el mercado de servicios financieros, no existen riesgos derivados de la operación de concentración. En cualquier caso, no existirían incentivos de actuaciones coordinadas debido a la elevada regulación del mercado y los desincentivos de investigaciones y sanciones por parte de la Fiscalía Nacional Económica.