

CASO MOOT 2019

1. Emerald es una república democrática que desde el año 2000 presenta un ritmo de crecimiento económico acelerado. En el 2000, 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 de Banco Branza 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 Goliath (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 3 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 (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 Municipales; así como con las principales empresas de *retail*, como Leftorium, 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 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 con menores comisiones. Por ello, recurrieron a Red Branza para poder acceder a su sistema de pagos electrónicos. Sin embargo, esta les comunicó la negativa de acceder a su sistema, debido a que sus servicios los prestaba en exclusividad a los bancos Branza y BNG (sus accionistas).
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 había cambiado un par de veces de 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. 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, en tanto no se encontraba en línea con la política de difusión de estos sistemas. A finales del 2011, la Superintendencia de Banca emitió una resolución que estableció 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 de Red Branza. Luego de medio año de negociaciones, el Grupo Sinaloa Corporation (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 (2011)



Fuente: Superintendencia de Banca
Elaboración propia

30. 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 (2011)

Estructuras accionarias (2014)		
		
Composición accionaria	Composición accionaria	Composición accionaria
BFE Capital (35%)	BNG (40%)	Grupo PagoFast (100%)
Grupo SinCo (25%)	Banco Braavos (30%)	
Banco Branza (20%)	Banco Gringotts (30%)	
BNG (20%)		

Fuente: Superintendencia de Banca
Elaboración propia

31. 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.
32. 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 la aplicación de cláusulas *anti-steering* en los contratos firmados con nuevos comercios afiliados, así como en la renegociación para la suscripción de nuevos contratos.
33. A través de estas cláusulas, se evitaba que los comercios puedan incentivar a los consumidores el uso de medios de pago competidores (ePay y PagoFast). Como parte de los contratos se incluyó una obligación para los comercios de no ofrecer promociones o descuentos particulares aplicables a pagos realizados con medios de pago competidores.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. 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.
38. Una vez PagoFast tomó conocimiento de las cláusulas *anti-steering*, denunció la aplicación de dichas cláusulas por parte de MesgoPago ante el Tribunal de Defensa de la

Competencia. Señaló que su única finalidad era evitar que los comercios puedan sugerir a los consumidores el uso de tarjetas que implicaban menores comisiones, eliminando la competencia de precios. 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.

39. 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 a través de dispositivos móviles. Esta plataforma fue diseñada para el uso de transacciones financieras entre personas, 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 contar con una tarjeta de crédito o débito.
40. En este contexto, en julio 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

41. En enero del 2019, la Fiscalía Nacional de la Competencia cuestionó la adquisición de acciones por parte de Banco Braavos. De acuerdo con la Fiscalía, esta adquisición suponía un cambio de control de ePay. Asimismo, afectaba la competencia entre sistemas de pago electrónicos e incrementaba el riesgo de escenarios de coordinación entre competidores en el mercado de servicios financieros.
42. En la respuesta a la denuncia, ePay y Banco Braavos señalaron que no se había efectuado ningún cambio de control en tanto Banco Braavos no habría adquirido el control de ePay. Además, sostuvo que no existía evidencia ni data que permita acreditar una afectación en la competencia en el mercado de servicios de medios de pago electrónico, ni en el mercado de servicios financieros.