



ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN DE SISTEMAS DE PAGO: LA EXPERIENCIA DE COLOMBIA

Pablo Márquez y Eduardo Gómez

Abogacía de la Competencia y regulación de sistemas de pago: la experiencia de Colombia

Abril 2021



Pablo Márquez

Socio, ECIJA. PhD Oxford, LLM Harvard. Magister Economía y Abogado PUJ.



Eduardo Gómez

Asociado, ECIJA. Candidato a Magister en Ciencias Económicas y Abogado Universidad Nacional.

RESUMEN¹

Los sistemas de pago de bajo valor proporcionan una gran cantidad de eficiencias para la economía en tanto promueven la transformación digital, la reducción de costos de transacción y el crecimiento económico. En Colombia, el Decreto 1692 de 2020 modificó la regulación aplicable a los SPBV, incluyendo intervenciones importantes con la finalidad de incentivar la innovación, aumentar la eficiencia dentro de la industria y permitir la llegada de nuevos actores. Luego del proceso de abogacía de la competencia, la nueva normatividad se centra en mitigar los conflictos de interés entre los participantes y con relación a los administradores de redes de pago de bajo valor, para lo cual intenta deslindar de forma más clara las actividades de cada participante dentro de la cadena de valor, promover la transparencia y la definición clara de tarifas. El presente artículo muestra dicho proceso de interacción entre autoridades y la regulación que finalmente fue aprobada.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de tres décadas, la literatura relacionada con el análisis económico y jurídico de los sistemas de pago ha discutido los diferentes aspectos en torno a los efectos económicos de la tarifa de intercambio (TI) en el desarrollo de diferentes sistemas de pago². Diversas posiciones, tanto en la academia como en la industria, han determinado las ventajas y desventajas que la TI tiene para los diferentes actores del mercado de pagos, sin llegar a un consenso³. Del mismo modo, la fijación de la TI, como proceso o como parte del proceso competitivo, ha sido sometida a un vasto número de análisis y procedimientos ante reguladores y

1 Hacemos presente que los autores han asesorado y asesoran en la actualidad a diversas empresas que se desempeñan en el mercado de pagos digitales. En cualquier caso, las opiniones vertidas en este documento son personales de los autores y en nada comprometen ni representan a ninguna empresa en particular.

2 Marianne Verdier, "Interchange Fees in Payment Card Systems: A Survey of the Literature", *Journal of Economic Surveys* (2011) 25, 2, 273-297.

3 David S. Evans y Richard Schmalensee, "The Economics of Interchange Fees and Their Regulation: An Overview", *MIT Sloan Working Paper*, n° 4548-05 (2005), <http://ssrn.com/abstract=744705>.

autoridades de competencia, sin llegar a posiciones unívocas⁴. Así mismo, en estas instancias, las soluciones propuestas no han sido únicas, y han dependido, en gran medida de la estructura local del mercado de pagos⁵. De esta forma, normalmente se ha concluido que el análisis caso a caso conforme con el sistema legal y la estructura de mercado en cada jurisdicción habría de dar las respuestas particulares a los riesgos asociados a la protección de la competencia en cada modelo.

Frente al debate de la TI, Colombia no ha sido la excepción. Ya en tres ocasiones la autoridad de Competencia ha cuestionado por constituir una conducta presuntamente anticompetitiva -sin llegar a una decisión sancionatoria sobre el particular- la fijación multilateral de la TI -vía asociaciones de bancos o vía las redes⁶-. Del mismo modo, ha examinado las condiciones contractuales del mercado de adquirencia concluyendo que las mismas no han devenido en comportamiento anticompetitivos.⁷ Con todo, la mayoría de estos pronunciamientos se han centrado en la altamente riesgosa fijación multilateral de la TI, por parte de las asociaciones de entidades que participan en la emisión o adquirencia (bancos u otras entidades financieras). A la fecha, la autoridad de competencia no ha evaluado ningún sistema de fijación unilateral por *default* de la TI, como el que recientemente han propuesto las marcas Visa y MasterCard, a pesar de haber destacado algunos puntos sobre dicho modelo.

En el presente documento se examina, teniendo en cuenta la estructura del mercado local (colombiano) de pagos mediante tarjetas crédito y débito, el rol de la TI y los riesgos que los diferentes modos de fijación de esta tienen en materia de protección de la competencia y, particularmente, los nuevos desarrollos regulatorios que se han dado durante el presente año.

En efecto, los administradores de redes de pago de bajo valor son agentes que participan en los Sistemas de Pago de Bajo Valor (en adelante SPBV) en el mercado colombiano y cuya función principal es encargarse de los procesos de compensación y liquidación de los pasivos y activos que se generan entre la entidades emisora⁸ y adquirente⁹; entre muchas otras actividades para las cuales están habilitados. El ordenante de una orden de pago o transferencia de fondos ordena a su banco emisor que acredite en la cuenta del banco adquirente los fondos determinados, mientras que el adquirente es el encargado de recolectar los fondos obtenidos por las ventas del comercio: el "(...) *adquirente capta los pagos que los consumidores realizan por sus compras (a través del banco emisor) (...) [y] pone a disposición dichos ingresos en las cuentas de los comerciantes*

4 European Competition Network: Banking and Payments, *Information paper in competition enforcement in the payments sector* (2012), http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enforcement_en.html.

5 Marc Rysman y Julian Wright, "The Economics of Payment Cards", *Review of Network Economics* 13, N° 3 (2014), 303.

6 Los principales pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en este respecto son, a saber: la Resolución 13820 de 2004, por virtud de la cual se decretó la apertura de una investigación en contra de Redeban y Credibanco, por un posible acuerdo de precios en torno a la definición conjunta de las tarifas interbancarias de intercambio (TII) cobradas por los bancos emisores a los bancos adquirentes, así como las comisiones de adquirencia cobradas por los últimos a los comercios; las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, a través de las cuales se termina la investigación antedicha por el otorgamiento de garantías suficientes de cesación de la conducta por parte de los presuntos infractores; la Resolución 26255 de 2011 mediante la cual se inicia una investigación en contra de la Asobancaria, múltiples bancos, Redeban y Credibanco, por un presunto acuerdo de fijación de precios en torno a los niveles de la TII; y la Resolución 40478 de 2012, por virtud de la cual se da fin a tal procedimiento, por otorgamiento de garantías.

7 Véase: Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución* 16562 de 2015.

8 Entidad que ofrece medios de pago (cuentas de depósito en una entidad financiera) y emite instrumentos de pago a favor de los ordenantes; de conformidad con el numeral 8 del artículo 2.17.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

9 Agente cuya actividad principal consiste en abonar al comercio o a la pasarela de pagos agregadora, en los términos con ellos convenidos, los recursos de las ventas realizadas a través de las tecnologías de acceso a él suministradas; de conformidad con el numeral 1° del artículo 2.17.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010. La entidad adquirente adquiere los tiquetes o vouchers derivados de las transacciones (órdenes de pago o transferencia) que los ordenantes ordenan para el pago de obligaciones o la transferencia de fondos.

afiliados (...)”¹⁰. En este contexto las redes de pago son las “(...) encargad[a]s de realizar la compensación y liquidación de posiciones multilaterales generadas por el uso de instrumentos de pago electrónicos (...)”¹¹ o por la ejecución de las órdenes de transferencia de fondos.

Las redes de pago constituyen, jurídicamente, Empresas Administradoras del Sistema de Pagos de Bajo Valor (en adelante EASPBV) y desarrollan sus operaciones en un contexto de un mercado de dos lados en el que hay dos tipos de consumidores finales del SPBV, los tarjetahabientes o poseedores del instrumento de pago -por el lado de la emisión- y los comercios -por el lado de la aquerencia-.

En el marco de la expedición del Decreto 1692 del 18 de diciembre de 2020¹², este artículo describe los cambios regulatorios que la nueva normatividad incluye a las EASPBV, así como los comentarios a la misma por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) en su función de abogacía de la competencia¹³ y el debate que se generó en materia de régimen de la competencia entre la SIC y la Unidad de Regulación Financiera (en adelante URF)¹⁴ respecto de los puntos relacionados con las EASPBV. Con esta finalidad, previamente se aborda un contexto económico-jurídico sobre los SPBV en Colombia.

El escrito se divide en dos grandes apartados: el primero de ellos está dedicado a brindar un contexto jurídico-económico del funcionamiento de los SPBV en Colombia, mientras que el segundo aborda el debate sobre la modernización de la normatividad que regula los SPBV en Colombia; apartado en el que se analiza el Decreto 1692 de 2020, los cambios más importantes respecto de las EASPBV y el debate que en temas de libre competencia se generó entre la SIC y la URF (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), así como algunas apreciaciones y comentarios al respecto. Por último, se brindan algunas conclusiones.

II. SISTEMAS DE PAGO DE BAJO VALOR EN COLOMBIA Y REDES DE PAGO -COMO EASPBV-

Esta sección tiene la finalidad de proveer un contexto para la discusión que se desarrollará en relación con la expedición del Decreto 1692 de 2020 y sus implicaciones para el régimen de la libre competencia, especialmente en lo relacionado con las Redes de Pago. En primer lugar se abordará la importancia y las eficiencias que conlleva la utilización de SPBV en la economía, y se describirá brevemente el funcionamiento de los SPBV abiertos como mercado de dos lados y el papel de las EASPBV.

10 Fundación para la educación superior y el desarrollo (FEDESARROLLO), “Mercado de tarjetas en Colombia y el debate sobre la tarifa de intercambio” (2006), 10. https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/1290/Repor_Mayo_2006_Arbelaez_y_Nieto.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

11 ASOBANCARIA, “Construyendo el ecosistema de pagos digitales en Colombia” (2018), 6. [https://www.asobancaria.com/semanaeconomicas/Semanas%20de%202018/1122%20\(C-15-02-2018\).pdf](https://www.asobancaria.com/semanaeconomicas/Semanas%20de%202018/1122%20(C-15-02-2018).pdf).

12 Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MinHacienda), Decreto 1692 de 2020 (2020), <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201692%20DEL%2018%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202020.pdf>.

13 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009). Proyecto de Resolución “Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor”* (2020), <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/20-233343%20URF.pdf>.

14 URF, *Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor* (2019), http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-120899%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased El debate también se evidencia en la exposición de motivos del Decreto 1692 de 2020, ya referenciado.

2.1. Eficiencias del uso de SPBV

La utilización y fortalecimiento de los Sistemas de Pago de Bajo Valor es un objetivo deseable en tanto que promueve eficiencias para la economía -soluciona fallas de mercado- y acerca la realidad del mercado a las condiciones ideales del modelo teórico microeconómico de libre competencia y agentes precio aceptantes¹⁵, lo que permite mayores niveles de eficiencia y bienestar del consumidor. Así mismo su utilización está en línea con los objetivos regulatorios¹⁶ y de política pública¹⁷ en Colombia, además de que permite el fortalecimiento de la institucionalidad y la capacidad de acción del Estado, especialmente de sus sistemas penal¹⁸ y tributario¹⁹.

A nivel microeconómico la puesta en marcha de los SPBV como bienes sustitutos del efectivo -que permiten la extinción de obligaciones dinerarias- promueve la reducción de los costos y las asimetrías de información entre los agentes, la reducción de barreras de entrada a los mercados relevantes -ante la mayor facilidad de las empresas interesadas en ofertar, para conseguir la información relevante del mercado-; así como un mejor control de las operaciones y negocios jurídicos entre los agentes. La utilización de SPBV ayuda a corregir ineficiencias producidas por el uso del efectivo, reduciendo costos de transacción implícitos asociados al mismo, los que han sido identificados por la literatura para los gobiernos, los comerciantes y los consumidores finales.

Como todo activo, el efectivo genera costos derivados del manejo, depósito, custodia y administración²⁰ -caja menor y liquidez-, así como los derivados de la necesidad de asegurarse de riesgos como el fleteo y la aceptación de moneda falsa²¹⁻²², entre otros. Derivado de la utilización de efectivo, también se asumen costos de depreciación -pérdida del valor adquisitivo de la moneda- y de oportunidad -costo de no invertir

15 Hal R. Varían, *Análisis Microeconómico*, trad. María Esther Rabasco y Luis Toharia (Barcelona: Antoni Bosh editor, 1992), capítulos 1 y 13. Las condiciones para la existencia de un mercado en competencia perfecta en donde los agentes son precio aceptantes implican una serie de supuestos teóricos: simetría en la información (información gratuita, perfecta y simétrica), racionalidad en la toma de decisiones, no existencia de monopolio, oligopolios, monopsonios o agentes con capacidad de influir en el precio del bien o servicio ofertado en el mercado; la existencia de bienes y servicios homogéneos; la no existencia de barreras de entrada al mercado, es decir, libre concurrencia de las empresas; y la eliminación o reducción al máximo de los costos de transacción. Bajo estas condiciones, teóricas, el bienestar del consumidor y la eficiencia económica se maximizan.

16 La Constitución Política de 1991 prescribe algunos objetivos regulatorios vinculantes para todas las instituciones públicas, del poder constituido, tales como el consagrado en el artículo 13 -igualdad formal y material entre los ciudadanos-, de la mano con el consagrado en el artículo 335 de la misma carta -democratización y profundización del crédito. Incentivar la economía digital -numeral 4, artículo 1 del Decreto 14141 de 2017, Ley 1341 de 2009-, la transformación digital -Artículos 147, 148, 166 y 205 de la Ley 1955 de 2019- y la inclusión financiera -documento Copes 3424 de 2006, por el cual se adoptó la política de inclusión financiera llamada "Banca de las Oportunidades"-; son objetivos de política pública regulatoria en Colombia.

17 Objetivos de política regulatoria han sido definidos por parte de entidades como la URF, y el Plan Nacional de Desarrollo, entre los que se encuentran el de la búsqueda y promoción de la inclusión financiera, la bancarización, el acceso al crédito, el cierre de la brecha digital; en aras de buscar la reducción de la pobreza y la formalización de la economía.

18 Lucha contra delitos relacionados con el lavado de activos y la financiación del terrorismo, así como aquellos que atentan contra el patrimonio del Estado -actos de corrupción-.

19 Los SPBV permiten una mejor y mayor trazabilidad de las operaciones jurídico-económicas de los agentes, lo que permite un mejor seguimiento al flujo de capitales y, en este sentido, al cumplimiento de sus obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes.

20 Banco de la República de Colombia, "Los sistemas de pago de bajo valor" (2014), *Revista del Banco de la República*, 87, N°1043, 7, <https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/banrep/issue/view/452>.

21 Value Partners Johannes Kepler University Linz, *El Costo Social del Dinero en Efectivo* (2013), 10.

22 Value Partners, *El Costo Social del Dinero en Efectivo* 10. También se puede ver: Bank of Canada, *Discussion Paper* No. 2015-4 (2015); Ben Fung, Kim P. Huynh y Gerald Stuber, "The Use of Cash in Canada", *Bank of Canada Review*, (2015), <http://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2015/05/boc-review-spring15-fung.pdf>. El Banco Central de Canadá estima que el costo laboral del efectivo es muy alto para cualquier empresa como para depender solamente del mismo.

el dinero y dejar de recibir la retribución por intereses o por réditos de inversión-. La utilización de SPBV permite que una parte importante de los riesgos asociados a la tenencia de efectivo sea asumida por el Sistema Financiero y los participantes del SPBV, favoreciendo a los consumidores finales.

El uso de SPBV permite al consumidor acercarse a productos de crédito de fácil utilización como la tarjeta de crédito, que le permite solventar sus necesidades más inmediatas de liquidez sin muchos requisitos y formalidades, una vez se cuente con el producto²³, aumentando también las ventas del comercio y mejorando el dinamismo del mercado -flujo de caja de comerciantes-. También permite al sistema financiero en su conjunto hacerse con información relevante al momento de establecer los riesgos que tiene un eventual préstamo o el otorgamiento de un producto financiero para un usuario. Con más información de sus clientes potenciales el sistema financiero puede disminuir los niveles de incertidumbre y riesgo, por lo que las tasas de interés de los productos financiero pueden ser más bajas. Gracias a esto habrá mayores posibilidades de avanzar en temas de democratización del crédito, inclusión financiera y bancarización.

Por el lado del comerciante, el sistema mejora la seguridad en materia de pagos (asigna el riesgo de fraude en cabeza de los bancos, tanto emisor como adquirente) y facilita la operación del día a día del comerciante, además de garantizar al mismo el pago, ante potenciales problemas de fraude por parte de pagadores. Del lado del consumidor, el sistema le permite tener acceso a nuevos canales de compra, así como la alternativa de diferir pagos de bienes y servicios en periodos que convengan al flujo de caja del comprador (suavizar el gasto). Además, el consumidor se ve también beneficiado por un incremento de mecanismos de seguridad, así como la protección en contra del fraude, que puede suceder en el desarrollo de transacciones electrónicas.

En lo relacionado con los objetivos de política pública y del marco regulatorio, el uso de SPBV permite la promoción de la formalización de la economía, la inclusión financiera bilateral -tanto de usuarios de los instrumentos de pago, por ejemplo, tarjetahabientes, como de los comercios aceptantes de dichos instrumentos de pago-, la bancarización²⁴, y el acceso, democratización y profundización del crédito. Por otro lado la promoción de los SPBV también genera mayores eficiencias a nivel del funcionamiento del Estado en tanto que permite un mejor manejo en materia tributaria y contable, reduciendo la evasión fiscal y aumentando el recaudo²⁵, así como permitiendo un mejor control y seguimiento de diversos delitos como el lavado de activos y la financiación del terrorismo²⁶, entre otros.

La mayor utilización de medios de pago electrónicos de bajo valor está asociada a mayores niveles de formalización en la economía, en tanto que, si las transacciones económicas pasan por un SPBV, es más fácil asegurar transparencia en todas estas operaciones y acercar a las personas que las llevan a cabo a los esquemas formales de operación²⁷.

23 MasterCard Advisors, "Modelo Económico y de Negocio de MasterCard en Colombia" (2015).

24 Sistema financiero tiene acceso a información relevante sobre hábitos de consumo y poder adquisitivo del consumidor, entre otras; información relevante que le permite reducir los niveles de incertidumbre y, por lo tanto, de riesgo, al momento de otorgar un préstamo o aprobar un producto financiero -riesgo de crédito-.

25 "Por lo tanto, el análisis gráfico parece indicar que existe un mayor potencial de aumentar los ingresos tributarios ante un incremento en el uso de los medios de pago electrónicos en aquellos sectores con niveles de menor penetración de MPE [Medio de pago electrónicos]. (...) a medida que los niveles de penetración aumentan en el tiempo la tasa de evasión tributaria disminuye (...)" Beatriz H. Pacheco, *Beneficios potenciales de un incremento en el uso de los medios de pago electrónicos en Colombia* (Bogotá: FEDESARROLLO, 2016) 35, https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/2947/Repór_Abril_2016_Perez_y_Pacheco.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

26 "(...) ningún otro medio de pago [como el efectivo] puede garantizar de un modo tan eficaz el anonimato de quienes lo utilizan, de manera que facilita la proliferación e actividades ilegales (...)", "(...) el efectivo es uno de los principales mecanismos facilitadores de actividades informales e ilegales como la evasión de impuestos, el lavado de activos, la corrupción, el contrabando, entre muchas otras." Santiago Castro, "Introducción", *Proyecto F, Diagnóstico del uso del efectivo en Colombia*, ASOBANCARIA (2017), Bogotá, 12 y 16, <https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/2017/12/Proyecto-F.pdf>.

27 Pacheco, *Beneficios potenciales de un incremento en el uso de los medios de pago electrónicos en Colombia*, 35.

Para el Estado y el sistema tributario es muy conveniente que respecto de todas las transacciones y movimientos de dinero -transferencias- se tenga la máxima trazabilidad, de manera que sea lo más transparente posible, y se cuente con la información más precisa acerca de las operaciones jurídicas y económicas que llevan a cabo los contribuyentes; de modo que se pueda hacer un seguimiento detallado a las obligaciones tributarias que ellas implican. Así mismo, la trazabilidad de los SPBV electrónicos permite un mejor seguimiento en temas de delitos como lavado de activos y otras actividades ilegales. En localidades donde se implementan transferencias electrónicas, las actividades delincuenciales como el robo se reducen en 9.8%²⁸.

A nivel macroeconómico se observan ventajas relacionadas con un aumento general de la eficiencia en el funcionamiento de la economía, con efectos positivos sobre el crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB). La eficiencia que promueve el uso y masificación de los SPBV permite proteger y maximizar los objetivos -bienes jurídicos- regulatorios del derecho de la competencia en Colombia: bienestar del consumidor, eficiencia económica y libre concurrencia de las empresas al mercado²⁹; así como alcanzar mayores niveles de innovación y formalización de la economía.

“El seguro y eficiente funcionamiento de [los SPBV] es importante para las autoridades financieras por dos razones principales: primero, los sistemas de pagos eficientes y seguros contribuye a que la economía funcione sin problemas y, segundo, refuerzan la confianza en el sistema monetario del país (Sullivan, 2012). Por lo anterior, pese a que el riesgo sistémico se relaciona usualmente al funcionamiento seguro y eficiente de los sistemas de pago de alto valor, las autoridades financieras deben también propender por el seguro y eficiente funcionamiento de los sistemas de pago de bajo valor, ya que esto contribuye a mantener la confianza del público en el sistema de pagos y la moneada, así como a promover una economía eficiente...”³⁰

La masiva utilización de los SPBV electrónicos tienen la potencialidad de generar efectos que no se limitan al bienestar del consumidor en los mercados relevantes particulares. Múltiples estudios^{31,32} han demostrado que el incremento en el crecimiento económico proveniente del aumento en el uso de medios de pago como tarjetas de crédito y débito, ha sido de alrededor de un 0,1% del PIB global, y en Latinoamérica de aproximadamente un 0,2% del PIB, del cual el incremento en el consumo es equivalente al 0,33% del PIB, por el incremento del uso de medios de pago electrónicos³³. El impacto es similar para el crecimiento de variables macroeconómicas como el empleo, dado que conforme con estudios que se han realizado sobre el particular -para el caso de Colombia- un incremento en el uso de tarjetas de crédito y débito del 4% en el periodo de 2011 a 2015, genera alrededor de 11 mil nuevos empleos³⁴.

28 Richard Wright, et al. “Less cash, less crime: Evidence from the Electronic Benefit Transfer Program”, *NBER Working Paper*, N° 19996, (2014), 19-25.

29 Congreso de Colombia, *Ley 1340 de 2009*, artículo 3°.

30 Fabio Ortega y Carlos León, “Las transferencias procesadas por ACH Colombia: un análisis desde la perspectiva de topología de redes”, *Lecturas de Economía*, N° 88 (enero-junio 2018), 114, <http://www.scielo.org.co/pdf/le/n88/0120-2596-le-88-00109.pdf>

31 Fabio Ortega y Carlos León, “Las transferencias procesadas por ACH Colombia”, 8.

32 Mark Zandi, “The Impact of Electronic Payments on Economic Growth”, *Moody's Analytics*, (2016), 1, <https://usa.visa.com/dam/VCOM/download/visa-everywhere/global-impact/impact-of-electronic-payments-on-economic-growth.pdf>.

33 Zandi, “The Impact of Electronic Payments on Economic Growth”, 7.

34 Zandi, “The Impact of Electronic Payments on Economic Growth”, 10.

Ahora bien, teniendo en cuenta la situación de pandemia derivada del COVID-19 que se vivió en el año 2020 -y aún no se supera en el 2021- la transformación digital y la utilización de los SPBV se ha hecho más relevante dada su potencialidad para generar herramientas que permitan solucionar algunos importantes problemas surgidos a raíz de la propagación del virus, como la necesidad de disminuir el contacto social entre personas, la posibilidad de perfeccionar negocios jurídicos y transacciones de bienes y servicios por medio de tecnologías digitales y, en general, fortalecer el ecosistema digital. En este orden de ideas es presumible que en el mediano y el largo plazo los SPBV constituyan una herramienta fundamental en el funcionamiento del mercado, reduciéndose el uso de instrumentos de pago como el efectivo.

Las condiciones impuestas por el COVID-19 cambiarán las preferencias de los consumidores, que ahora demandarán más bienes y servicios sin contacto y mediante el autoservicio³⁵. Por el lado de la oferta, los comercios también están interesados en implementar los canales digitales que les permitan obtener ganancias a través del e-commerce, para lo cual se ha hecho imprescindible el fortalecimiento de los SPBV. La transformación digital de la economía y el fortalecimiento del ecosistema digital ha permitido a muchos comercios seguir operando, aún bajo las restricciones y confinamientos implementados por el gobierno para mitigar el contagio, lo que ha suavizado el impacto de la crisis³⁶.

“Teniendo en cuenta el comportamiento tanto del número de transacciones como del valor de las redes en cuanto a compras en línea, se ha hecho evidente la utilidad de los pagos digitales como la herramienta fundamental para dinamizar el consumo de los hogares en medio de la crisis económica causada por la pandemia.”³⁷

2.2. Sistemas de pago de bajo valor abiertos mediante tarjetas y Redes de pagos como EASPBV

El mercado abierto de instrumentos de pago electrónico a través de tarjetas de crédito y débito, es un mercado de dos lados³⁸, donde participan al menos cuatro partes o agentes: los consumidores o tarjetahabientes, los comerciantes, los emisores de tarjetas y los adquirentes. Tanto emisores como adquirentes se encargan de proveer conjuntamente el servicio de pagos, mientras que los comerciantes y los consumidores tarjetahabientes, se caracterizan por ser los usuarios naturales del sistema, y, en general, sus dos lados.

En este mercado, se definen varios tipos de precios: el precio que se le cobra a los consumidores por parte del banco emisor -cuota de manejo o comisión por membresía³⁹-, el precio que le cobran a los comercios los bancos adquirentes -comisión de adquirencia- y el precio que cobran los bancos emisores a los adquirentes -tarifa de intercambio⁴⁰ (en adelante TI)-. Los precios del mercado se definen de forma asimétrica según la

35 Ministerio de Comercio, *Plan Sectorial de turismo 2018-2022* (2018), 18, <https://www.mincit.gov.co/minturismo/calidad-y-desarrollo-sostenible/desarrollo-regional/plan-sectorial-de-turismo-2018-2022/plan-sectorial-de-turismo-2018-2022>.

36 Ministerio de Comercio, *Plan Sectorial de turismo 2018-2022*, 1.

37 Ministerio de Comercio, *Plan Sectorial de turismo 2018-2022*, 1.

38 Los mercados de dos lados se diferencian de los mercados de un único lado en tanto que responden a una lógica y funcionamiento diferente.

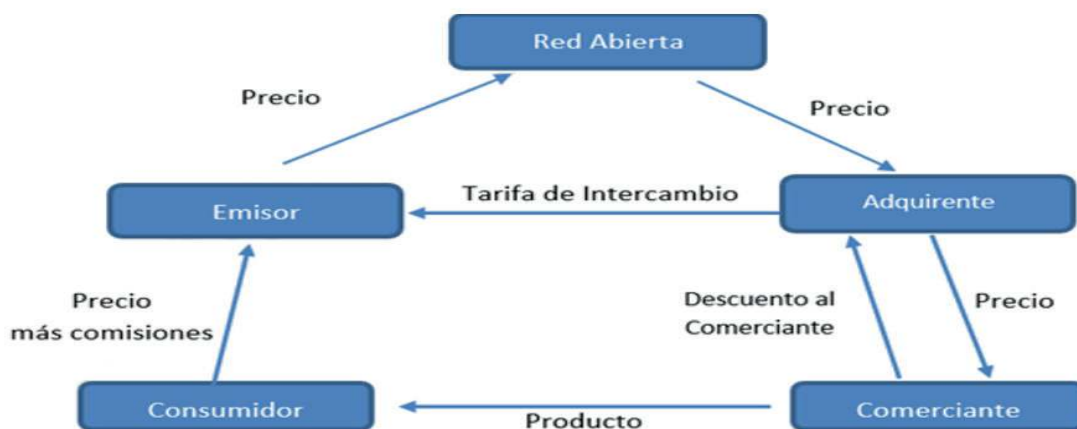
39 Remunera los costos de manejo, de operación y los riesgos que asume el banco emisor al emitir la tarjeta débito o crédito.

40 Cobrada por el banco emisor al banco adquirente; que remunera los costos de operación y de manejo de riesgo en los que tiene que incurrir el banco emisor.

posición y beneficios relativos de las partes -de acuerdo a las elasticidades de demanda de los agentes-, donde existen externalidades indirectas de red para los dos lados del mercado, y donde una de las partes se beneficia más que la otra con la existencia de la plataforma.

En efecto, el mercado abierto de dos lados de instrumentos de pago electrónico a través de tarjetas de crédito y débito permite a los consumidores el uso de múltiples medios de pago al realizar compras de bienes o servicios en los comercios, y son los comercios quienes, por intermedio de su banco adquirente, reciben el valor total de las compras hechas por los consumidores, descontando la remuneración del establecimiento adquirente -comisión de adquirencia⁴¹-. En el esquema que se expone enseguida, la tarifa de intercambio la paga el banco adquirente al banco emisor del instrumento de pago, y la comisión de adquirencia la paga el establecimiento de comercio al banco adquirente.

En los SPBV abiertos⁴² sucede que, ante la diferenciación de roles -banco emisor y banco adquirente-, se hace necesario la existencia y la intermediación de un agente que administre los pagos y ponga en contacto de forma coordinada a las partes -asegurando que cada parte reciba la respectiva TI pactada-: La red de pagos. La existencia de este agente administrador de pagos es necesaria en los sistemas de pagos de bajo valor abiertos en tanto que el conjunto de compensaciones que se debe hacer al final del día o al momento del pago implica un gran número de intervinientes y de arreglos contractuales; los que deben aclarar su situación crediticia -pasivos y activos- por medio de las actividades de liquidación y compensación. La existencia de este agente administrador de pagos no es necesaria en los SPBV cerrados.



Fuente: Rysman y Wright, "The Economics of Payment Cards".

Dentro de este esquema existen instrumentos de pago franquiciados y no franquiciados (marcas propias). Los productos franquiciados implican que la entidad emisora de las tarjetas no es la dueña de la marca de estas, que son el instrumento de pago al cual van a tener acceso los tarjetahabientes y cuya aceptación va a ponerse en juego en los comercios.

41 Rysman y Wright, "The Economics of Payment Cards", 13. Cobrada por el banco adquirente al comercio o retail, que remunera al banco adquirente los costos de operación y manejo al adquirir los títulos que luego tendrá que intercambiar con el banco emisor.

42 En los sistemas cerrados no hay diferenciación entre el banco emisor y la entidad adquirente; son la misma entidad financiera. Dado lo anterior en los sistemas cerrados no se necesita de la existencia de una EASPBV pues no se requiere de los servicios de liquidación y compensación de transacciones. La existencia de menos actores los hace menos costosos, pero también tienen un alcance menor en aceptación de su instrumento de pago en tanto que para ser aceptado, tanto el ordenante como el beneficiario deben estar asociados al mismo banco.

Respecto de la fijación de la Tarifa de Intercambio (en adelante TI), dentro de un mercado de dos lados como lo es el SPBV mediante tarjetas, tiene que balancear el equilibrio entre los agentes del sistema, por un lado, los emisores y tarjetahabientes (cuota de manejo⁴³) y, por el otro, el lado de los adquirentes y comercios/retails (comisión de adquirencia⁴⁴); en tanto que ambos lados del mercado se necesitan mutuamente para maximizar sus beneficios⁴⁵.

Una parte de la literatura afirma que en el caso de productos franquiciados las TI deben ser definidas por las propias franquicias de las tarjetas -de forma unilateral- en tanto que estas tienen los intereses económicos alineados para propiciar el aumento, la penetración y la expansión del sistema hacia todos los agentes de la economía -expansión de la red-, sobre todo en los segmentos con menor penetración. Lo anterior, en tanto que las entidades emisoras y adquirentes no tienen incentivos a la expansión del sistema, dado que no les interesa internalizar las externalidades de red de ambos lados del mercado. Además de lo anterior no resulta conveniente para ellos -emisores y adquirentes- la expansión de la red, dado que deviene en una mayor complejidad de esta y la asunción de diversos tipos de riesgos que surgen por la operación y administración del sistema, frente a los cuales ellos son responsables. Por ello se afirma que la fijación de las TI por parte de las entidades emisoras y adquirentes en productos franquiciados terminaría generando una barrera hacia la expansión de los SPBV⁴⁶.

El rol de la TI es importante para el sistema, en tanto se constituye en un mecanismo para garantizar el adecuado balance en los incentivos de emisores y adquirentes, y provee los incentivos adecuados para fomentar el uso de medios de pago electrónicos por parte de los consumidores, y la aceptación masiva de los mismos por parte de los comerciantes.

III. LA MODERNIZACIÓN DEL SPBV EN COLOMBIA

Habiendo examinado el contexto jurídico y económico en el que se desarrollan las actividades de compensación y liquidación desarrolladas por las Redes de Pago en Colombia (EASPBV) para tarjetas débito y crédito (como instrumento de pago) a continuación se aborda el análisis de la nueva normatividad que regula los SPBV en Colombia, el Decreto 1692, expedido el 18 de diciembre de 2020⁴⁷, que modifica el decreto 2555 de 2010 en lo referente a la regulación de los SPBV; así como el Concepto de Abogacía de la Competencia de la SIC respecto de este proyecto normativo⁴⁸, las recomendaciones hechas a la URF y las respuestas de esta última entidad.

En primer lugar, se hace una descripción de la normatividad promulgada, junto con un análisis comentado de la misma. Posteriormente se analiza lo dicho por la SIC en su concepto de abogacía de la Competencia

43 La cuota de manejo es el precio que los emisores le cobran a los poseedores de instrumentos de pago. Los poseedores del instrumento de pagos remuneran a los emisores de los mismos por su emisión, los costos y los riesgos en que incurrir.

44 La comisión de adquirencia es el precio que los adquirentes cobran a los comercios asociados al SPBV. Los comercios remuneran al adquirente por adquirir los vouchers o tiquetes que surgen en virtud de la orden de pago o transferencia de fondos que ha realizado el ordenante en el establecimiento de comercio; y poner los fondos a su disposición en una cuenta de depósito, entre otras. La relación del comercio asociado con el SPBV se da por medio de la entidad adquirente.

45 Necesidad de internalizar las externalidades de red en los consumidores de ambos lados del sistema.

46 Verdier, "Interchange Fees in Payment Card Systems", 540a-b.

47 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*.

48 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 1.

respecto del, en su momento, Proyecto de Decreto⁴⁹, sección en la que se aborda la prohibición a las EASPBV para ejercer las actividades de adquirencia y emisión dentro del sistema, la regulación sobre la fijación de las TI para instrumentos franquiciados y no franquiciados, los riesgos de materialización de conductas anticompetitivas por parte de los agentes del sistema, y la autorización a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y SEDPES para el control de las EASPBV; junto con las respectivas recomendaciones hechas a la URF. Por último, se aborda la respuesta de la URF a las recomendaciones de la SIC y se hacen algunos comentarios. Todo lo anterior centrado en el análisis en las Redes de Pago como EASPBV para SPBV que utilizan tarjetas como instrumento de pago.

3.1 Descripción Decreto 1692 de 2020

Resalta la parte introductoria -Considerandos- del Decreto 1692 de 2020, que el SPBV reúne las transacciones y pagos entre personas naturales o jurídicas y otros agentes de la economía y, por lo tanto, es esencial para un buen funcionamiento del sistema financiero, aumentar la eficiencia y la formalidad de la economía, además de que contribuye a la transformación digital del Estado y la Sociedad. Así mismo resalta que contar con un SPBV moderno facilita la inclusión financiera

"(...) al crear un ecosistema digital que conlleve a la reducción del efectivo, al tiempo que promueve el uso de los productos financieros y la generación de información transaccional que luego puede servir como historial crediticio para ampliar el acceso de la población a otros servicios financieros más sofisticados."⁵⁰

De esta forma en sus considerandos el Decreto resalta algunas de las eficiencias que trae la implementación de SPBV como facilitar la inclusión financiera, el acceso al crédito y el fortalecimiento del ecosistema digital -lo que permite reducir costos asociados al uso del efectivo como medio de pago-

"(...) al crear un ecosistema digital que conlleve a la reducción del efectivo, al tiempo que promueva el uso de los productos financieros y la generación de información transaccional que luego puede servir como historial crediticio para ampliar el acceso de la población a otros servicios financieros más sofisticados"⁵¹

Se menciona la necesidad de actualizar la regulación del SPBV con las siguientes finalidades: 1) ajustar su estructura a las nuevas realidades del mercado, 2) actualizar los estándares de operación, 3) facilitar el acceso de nuevos actores en la cadena de pagos y, 4) fortalecer el adecuado suministro de información a los usuarios y participantes del sistema. De esta forma el documento expone los objetivos de regulación, de acuerdo con las fallas de mercado identificadas⁵² -fundamento de la intervención estatal regulatoria-.

Hace referencia a experiencias internacionales de actualización del marco normativo con la finalidad de desarrollar la industria de pagos electrónicos "(...) mediante el reconocimiento de nuevos jugadores especializados en las diferentes actividades de la cadena de pagos (...)"⁵³ y la adopción de principios con la finalidad de que las nuevas tecnologías sean interoperables.

49 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, URF, *Proyecto de Decreto Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor* (2019), http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-120900%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased.

50 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*.

51 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

52 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

53 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

Con estos objetivos en mente, el proyecto propone llevar a cabo las siguientes intervenciones regulatorias, con el fin de resolver las fallas de mercado identificadas: 1) "(...) Adelantar la separación y definición de las distintas actividades que se realizan al interior de los sistemas de pago de bajo valor (...)"⁵⁴, 2) "(...) los deberes de los actores del sistema sujetos a la reglamentación (...)"⁵⁵, 3) "(...) fortalecer los estándares de gobierno corporativo (...)"⁵⁶ y 4) "(...) generar un mayor nivel de transparencia en los requisitos de acceso al sistema y las comisiones y tarifas cobradas a los usuarios y participantes (...)"⁵⁷. De esta forma, se observa que la intervención regulatoria del Estado sobre el mercado sectorial de pagos de bajo valor tiene el objetivo de eliminar distorsiones como el no reconocimiento de la existencia de nuevos actores participantes en la cadena de valor, para así generar más transparencia entre las actividades de esta y los actores que la desarrollan, y en lo relacionado con el acceso al sistema, comisiones y tarifas. Lo anterior tiene la finalidad de mitigar conflictos de interés y problemas de riesgo moral entre los actores, en tanto que estos tienen la potencialidad de generar problemas de competencia desleal -por ejemplo, barreras de acceso, acuerdos anticompetitivos y/o discriminación, entre otras-.

Dentro del primer título se encuentra una extensa sección de nuevas definiciones que tiene como objetivo aclarar y separar las actividades de los diferentes actores y participante del SPBV, así como el proceso mediante el cual se lleva a cabo la extinción de obligaciones dinerarias o la transferencia de fondos por medio de los SPBV. Entre estas se resaltan las siguientes definiciones: *Beneficiario*, como una "persona natural, jurídica o patrimonio autónomo destinataria de los recursos objeto de una orden de pago o transferencia de fondos"⁵⁸, es decir el comercio o retail en donde el tarjetahabiente⁵⁹ realiza la transacción; *Entidad administradora del sistema de pago de bajo valor -EASPBV-*, "(...) aquellas que desarrollen la actividad de compensación y liquidación en uno o más sistemas de pago (...) vigiladas por la [SFC]"⁶⁰; *Compensación*, como el "Proceso que realiza la [EASPBV] para determinar, al cierre de un periodo establecido, el saldo que corresponda a cada uno de sus participantes como resultado de las órdenes de pago o transferencia de fondos procesadas en el [SPBV] y extinguir entre ellos sus obligaciones"⁶¹; *Liquidación*, definido como el "Proceso que realiza la [EASPBV] con el cual finaliza una operación o conjunto de operaciones mediante cargos y abonos en cuenta de depósito en el (...) de las cuales sean titulares los participantes de un sistema de pago"⁶². Por medio de estos conceptos se aclaran las actividades que se desarrollan a lo largo de la cadena de valor de los SPBV así como los actores encargados de las mismas, entre estas, las Redes de pago como EASPBV de tarjetas⁶³.

La definición de SPBV indica que:

"Son aquellos sistemas de pago que procesan órdenes de pago o transferencia de fondos distintas a las procesadas en el sistema de pago de alto valor, de conformidad con lo que defina el Banco de la República.

54 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

55 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

56 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 1.

57 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 2.

58 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 5.

59 En caso de que el instrumento de pago sea una tarjeta, débito o crédito.

60 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 6.

61 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 6.

62 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 6.

63 Tarjetas como instrumento de pago. Los instrumentos de pago, como las tarjetas, pueden ser franquiciadas o de marcas propias.

En los sistemas de pago de bajo valor para el procesamiento de órdenes de pago o transferencia de fondos entre la entidad emisora y el adquirente o la entidad receptora, se requiera de una entidad administradora de sistema de pago de bajo valor.”

En relación con los principios que regulan los SPBV se incluyen: 1) “Promover el acceso, la transparencia y la eficiencia en la prestación de servicios de pago”, 2) “Promover innovación en la prestación de servicios de pago”, 3) “Velar por la protección y los intereses de los usuarios”, 4) “Preservar la integridad y la estabilidad de los [SPBV]”, y 4) “Promover la adopción de estándares globales que permitan la interoperabilidad dentro de los sistemas de pago.”⁶⁴.

Con relación a los objetivos de vigilancia se indica, entre otras, la necesidad de adoptar adecuadas estructuras de gobierno corporativo, sobre todo en lo relacionado con la gestión de conflictos de interés que se presenten en desarrollo de la actividad del respectivo participante; adoptar elevados estándares operativos “(...) *que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia*”⁶⁵; adoptar “(...) *sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes a su actividad*”⁶⁶, adoptar prácticas para prevenir la realización de actividades delictivas –por ejemplo lavado de activos- y, por último, adoptar “(...) *sistemas adecuados de revelación de información financiera y comercial para los participantes (...)*”. De lo anterior se observa la preocupación del Gobierno nacional de Colombia por lograr condiciones de competencia, mayor transparencia y eficiencia en la prestación del servicio, promover la innovación, los derechos de los usuarios, alcanzar la interoperabilidad; así como evitar a toda costa una mala administración del riesgo moral y conflictos de intereses –para lo cual vigila las estructuras de gobierno corporativo-, así como la promoción de sistemas, mecanismos e incentivos para la revelación de información –condiciones de simetría en la información dentro del mercado-.

Dentro del Título 1 se incluye un artículo que prescribe normas sobre el *libre acceso a los sistemas de pago*, y otro sobre los *Franquiciadores*. El primero de estos ordena que, en general, los participantes de los SPBV se deben abstener de “(...) *restringir arbitrariamente la entrada de nuevas entidades (...)*”, deben aplicar “(...) *las mismas condiciones y el mismo tratamiento a todas las órdenes de pago o transferencia de fondos ejecutadas en los [SPBV] (...)*” y, por último, ordena a estos mismos participantes no “(...) *bloquear arbitrariamente el procesamiento y trámite de las órdenes de pago o transferencia de fondos de otros participantes del mismo sistema de pago*” así como abstenerse de “(...) *pactar la exclusividad en la prestación de sus servicios*”⁶⁷.

Se debe decir que estas normas pueden ser consideradas redundantes en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano en tanto que el régimen de la libre competencia en Colombia prohíbe acuerdos⁶⁸ y conductas⁶⁹ anticompetitivos, así el abuso de la posición dominante⁷⁰; acciones mediante las cuales se creen barreras artificiales a la entrada del mercado relevante que restrinjan la libre competencia dentro del mismo;

64 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 8.

65 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 8.

66 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 8.

67 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 9.

68 Ministerio de Desarrollo Económico, *Decreto 2153 de 1992*, artículo 47.

69 Ministerio de Desarrollo Económico, *Decreto 2153 de 1992*, artículo 48.

70 Ministerio de Desarrollo Económico, *Decreto 2153 de 1992*, artículo 50.

así como también prohíbe actos de competencia desleal⁷¹ y toda clase de prácticas anticompetitivas⁷² como los precios discriminatorios -predatorios⁷³ o de explotación⁷⁴.

En relación con los franquiciadores prescribe que:

“Los franquiciadores no podrán bloquear arbitrariamente la compensación y liquidación de órdenes de pago o transferencia de fondos de las [EASBPV] que hayan sido autorizados por el franquiciador para compensar y liquidar las órdenes de pago y transferencia de fondos iniciadas por instrumentos de pago que usen su marca.

“Los franquiciadores tampoco podrán exigir a sus franquiciados la suscripción de sus cláusulas de exclusividad respecto a las actividades de emisión o adquirencia.”⁷⁵

Con ello la norma aparentemente intenta disminuir la posibilidad de existencia de abusos de posición contractual que, eventualmente, puedan convertirse en infracciones al régimen de la libre competencia -abuso de la posición dominante- por medio de potenciales prácticas de discriminación que limiten la libre concurrencia de las empresas al mercado; intentando poner a las EASBPV en una posición más favorable a nivel contractual respecto de franquicias de instrumentos de pago, como las marcas de tarjetas, débito y crédito⁷⁶.

Siguiendo la descripción de la normatividad el Título 2° se denomina *Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor*⁷⁷. En primer lugar, el Decreto indica que las EASBPV “(...) deberán dar cumplimiento, en lo pertinente, a las disposiciones aplicables a las compañías de financiamiento (...) [si bien no les serán aplicables lo dispuesto] en materia de capital mínimo.”⁷⁸

El Decreto separa las actividades de compensación y liquidación de las de adquirencia, impidiendo que ambas sean desarrolladas por la EASBPV. No obstante, las EASBPV podrán desarrollar, además de las actividades propias de su negocio, la provisión de tecnologías de acceso y conexas a este⁷⁹.

“Las [EASBPV] sólo podrán desarrollar las actividades propias de su calidad y las autorizadas en el presente Libro, así como las actividades relacionadas con el procesamiento y suministro de tecnología de corresponsales, puntos de recaudo y cajeros electrónicos y las actividades conexas a éstas.”⁸⁰

71 Congreso de Colombia, *Ley 256 de 1996*, capítulo II.

72 Congreso de Colombia, *Ley 155 de 1959*, artículo 1.

73 Demasiado bajos, con lo cual se busca eliminar la posibilidad de competir dentro del mercado, por parte de otros oferentes.

74 Demasiado altos, con lo cual se busca explotar la posición monopólica del oferente, de modo que se afecta el bienestar del consumidor.

75 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*.

76 Por ejemplo, las empresas Visa y MasterCard.

77 Las Redes de pago son EASBPV que administran los SPBV cuyo instrumento de pago son las tarjetas.

78 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 9.

79 Sobre esta norma se harán comentarios más adelante, resaltando la incoherencia que implica prohibir a las EASBPV la ejecución de actividades de adquirencia y emisión, pero, al mismo tiempo, permitirles las de provisión de tecnologías de acceso y de pago. Ver página 33 de este escrito.

80 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 10. Parágrafo 1° del nuevo artículo 2.17.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

Así mismo el Decreto habilita a las EASPBV para "(...) ser proveedores de servicios de pago de adquirentes y entidades emisoras."⁸¹ Como se ve, el Decreto prohíbe a las EASPBV la ejecución de actividades de adquirencia y emisión, pero, al mismo tiempo, les permite las relacionadas con la provisión de tecnologías de acceso y actividades conexas, así como ser Proveedores de Servicios de Pago (en adelante PSP).

De conformidad con el Decreto un PSP es un

*"Agente del sistema de pago que por delegación del adquirente o la entidad emisora desarrolla una o varias de sus funciones. Se incluyen dentro de esta definición, entre otros, al procesador emisor, al procesador adquirente, al agregador y al proveedor de tecnologías de acceso."*⁸²

Para el caso del adquirente el Decreto indica⁸³ que si bien es cierto las actividades de vinculación del comercio al SPBV, el suministro de tecnologías de acceso que permitan el uso de instrumentos de pago, y el procesamiento y trámite de órdenes de pago o transferencia de fondos iniciadas a través de las tecnologías de acceso; son propias de la actividad de adquirencia, también podrán ser desarrolladas por terceros contratistas del adquirente denominados PSPs. Dado lo anterior las EASPBV también están habilitadas para desarrollar estas actividades.

En conclusión el Decreto habilita a las EASPBV para ser PSPs de entidades emisoras y adquirentes, así como las actividades relacionadas con el procesamiento y suministro de tecnologías de acceso, puntos de recaudo, cajeros electrónicos y actividades conexas; además de sus actividades principales: compensación y liquidación de órdenes de pago o transferencia de fondos.

Esto parece incoherente, en tanto que los mismos argumentos utilizados para la primera prohibición (EASPBV no pueden ser entidades emisoras y/o adquirentes) se pueden utilizar para argumentar a favor de prohibir lo segundo (EASPBV sí pueden ser PSPs y prestar servicios conexos al suministro y procesamiento de tecnologías de acceso). En efecto la prohibición a las EASPBV de ser entidades adquirentes y/o emisoras tiene la finalidad de mitigar conflictos de interés en tanto que la EASPBV podría tener control o influencia en diferentes mercados relevantes conexos⁸⁴. Pero con la permisión a las EASPBV para actuar en otros mercados relevantes dentro de la industria de pagos (prestar servicios como PSPs, entre otros) también se permite la existencia de este problema, dando lugar a posibles estímulos para conductas discriminatorias frente a competidores, tales como el abuso de la posición dominante o la imposición de barreras de entrada, entre otras.

Prescribe el párrafo 2° del artículo 2.17.2.1.1 incluido por el Decreto⁸⁵ que "*Las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor dejarán de ser consideradas sociedades de servicios técnicos y administrativos*"⁸⁶ por lo que, en caso de ser necesario, deberán cambiar su estructura societaria

81 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, artículo 2.17.2.1.14, incluido por el Decreto 1692 de 2020

82 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, artículo 2.17.1.1.1, numeral 20.

83 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, artículo 2.17.1.1.1, numeral 1.

84 Actividades en diferentes eslabones de la cadena de valor de la industria de pagos.

85 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 10. Párrafo 2° del nuevo artículo 2.17.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

86 De acuerdo con el artículo 110 -inversiones y operaciones que le está permitidas a las instituciones financieras-, numeral 2 del EOSF (Decreto Ley 663 de 1993), que regula el régimen de inversiones en sociedades de servicios técnicos o administrativos: "*Previo autorización*

y pasar a ser personas jurídicas organizadas como Sociedad Anónima o Asociaciones Cooperativas (para cumplir los requisitos como sociedades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia -en adelante SFC-)⁸⁷.

Así mismo las EASPBV deben expedir un Reglamento por cada uno de los SPBV que administren, en los términos de los artículos 2.17.2.1.5 y 2.17.2.1.12; el que deberá ser aprobado⁸⁸ por la SFC, regulador del mercado. Sobre lo que se debe entender por un SPBV se debe decir que los SPBV estarán determinados por sus características particulares a partir de la propuesta de valor y el modelo de negocio que cada uno siga. En este sentido para diferenciar un SPBV de otro (que pueden ser administrados por una misma EASPBV) se debe diferenciar las características específicas de las propuestas de valor de cada SPBV, que hacen que su regulación no pueda quedar incluida en un mismo reglamento, sino que se haga necesaria su regulación mediante reglamentos distintos (cada uno requeriría unas reglas de juego diferentes y, por tanto, reglamentos independientes).

El artículo 2.17.2.1.2⁸⁹, modificado por Decreto, indica que los establecimientos de crédito⁹⁰, las sociedades de servicios financieros⁹¹, las sociedades de capitalización⁹² y las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos⁹³, podrán poseer conjuntamente cualquier porcentaje de acciones en EASPBV. Esta disposición aparentemente tendría efectos sobre potenciales conflictos de interés: como efecto podría ayudar a reducirlos, al promover la diversificación accionaria de las EASPBV. El objetivo de reducir los potenciales conflictos de interés entre los participantes de los SPBV es deseable en tanto que la existencia de los mismos es fuente generadora de incentivos hacia la violación del régimen de la libre competencia⁹⁴.

general del Gobierno Nacional, los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las sociedades de capitalización podrán poseer acciones en sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones.” (negritas fuera del texto) Así mismo, de conformidad con la Circular Externa 7 de 1996 (...) se entenderán como empresas de servicios técnicos o administrativos (...) las indicadas en la Resolución No 0775 del 6 de marzo de 1991 expedida por la superintendencia Bancaria, esto es, las sociedades anónimas que contemplen dentro de su objeto social una cualquier de las siguientes empresas: 1. Empresas de seguridad (...) 2. Empresas de administración de depósitos de valores y servicios conexos (...) 3. Empresas de servicios de cobranza (...) 4. Empresas de sistemas y servicios de informática (...). Superintendencia Bancaria, Circular Básica Jurídica, Circular Externa 007 de 1996, (1996), <https://legislacion.vlex.com.co/vid/circular-externa-basica-juridica-398669581>.

87 Esto de conformidad con lo estipulado en el numeral 1 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 663 de 1993.

88 Como lo indica el artículo 2.17.2.1.12 incluido por el Decreto 1692 de 2020.

89 Ministerio de Hacienda, Decreto 2555 de 2010, nuevo artículo.

90 De acuerdo con el artículo 2° del EOSF (Decreto Ley 663 de 1993) “Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito”.

91 De acuerdo con el artículo 3° del EOSF (Decreto Ley 663 de 1993) las Sociedades de Servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras y “(...) son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósitos, la sociedades administradoras de fondos de Pensiones y de cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tiene por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad”.

92 De acuerdo con el artículo 4° del EOSF (Decreto Ley 663 de 1993) las Sociedades de Capitalización “(...) son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos”.

93 De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1735 de 2014 “Son sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos las instituciones financieras cuyo objeto exclusivo es: a) la captación de recursos a través de los depósitos a los que se refiere el artículo 2° de la presente Ley -“(...) recursos del público exclusivamente a través de los depósitos a que hacen referencia los artículos 2.1115.1.1 del Decreto 2555 de 2010-, b) hacer pagos y traspasos, c) tomar préstamos dentro y fuera del país destinados específicamente a la financiación de su operación, (...) d) enviar y recibir giros financieros”.

94 Sobre este asunto se harán comentarios más adelante, en este texto, resaltando el potencial anticompetitivo de esta autorización del Decreto. En efecto esta fue una de las críticas planteadas por las SIC, recomendación que no fue adoptada por la URF.

El artículo 2.17.2.1.4 incluido por el Decreto 1692 de 2020 indica que "*La actividad de compensación y liquidación de los sistemas de pago de bajo valor únicamente podrá ser desarrollada por las [EASPBV]*"⁹⁵, con lo cual prohíbe a cualquier otro participante del sistema ejercer dichas actividades. Este tipo de normas también buscan mitigar el riesgo moral y mejorar la administración de conflictos de intereses.

EL artículo 2.17.2.1.5 -*Deberes de las [EASPBV]*- incluye una serie de deberes para las EASPB que tiene como finalidad garantizar condiciones de no discriminación, transparencia y eficiencia para el mercado, y en la prestación de los servicios, así como proteger los derechos de los consumidores y garantizar los intereses de los usuarios del sistema; es decir, proteger los bienes jurídicos tutelados por el régimen de la competencia: eficiencia económica, libre participación de las empresas en el mercado y bienestar del consumidor. Dentro de las prescripciones que incluye está: 1) determinar criterios y tarifas objetivas para el acceso de potenciales participantes, con la finalidad de evitar el trato discriminatorio, potenciar la transparencia y la promoción de la libre competencia -evitar prácticas restrictivas de la libre competencia- y evitar el abuso de la posición dominante, 2) informar las características y tarifas del sistema⁹⁶, 3) establecer mecanismos para la prevención, administración y revelación de conflictos de interés, 4) no establecer cláusulas de exclusividad con sus participantes respecto del SPBV que administran; entre otras.⁹⁷

En lo relacionado con las *Juntas Directivas* de la EASPBV el Decreto⁹⁸, se conformarán y funcionarán según lo dispuesto para las Compañías de Financiamiento. Establece diferencias para su conformación dependiendo si existen o no conflictos de interés derivados de la composición de su capital. En caso de que existan conflictos de interés⁹⁹ la Junta Directiva tendrá un número impar de miembros que no será inferior a 5 ni mayor a 11, de los cuales al menos el 25% deben tener la calidad de independiente¹⁰⁰.

Esta normativa tiene la finalidad de mitigar posibles conflictos de interés y conductas anticompetitivas de parte de los participantes en el SPBV que posean participación en otros participantes, dedicados a actividades en eslabones distintos de la cadena de valor de pagos de bajo valor, que podrían tener influencia anticompetitiva en mercados relevantes conexos¹⁰¹.

El Decreto prescribe la creación de un denominado *Comité de acceso*¹⁰², que tendrán las EASPBV en las que existan posibles conflictos de interés¹⁰³ y que estará compuesto por mínimo 5 miembros de la Junta Directiva, de los cuales al menos el 25% deben tener la calidad de miembros independientes. La

95 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Nuevo artículo 2.17.2.1.4.

96 De conformidad con el nuevo artículo 2.17.2.13 del Decreto 2555 de 2010: en su página Web o en algún medio de amplia divulgación.

97 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Nuevo artículo 2.17.2.1.5.

98 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Nuevo artículo 2.17.2.1.6.

99 Que alguno de sus participantes o proveedores de servicios de pagos "(...) posean inversiones en su capital, o que posean inversiones en el capital de sus participantes o proveedores de servicios de pago (...)". Dentro del nuevo artículo 2.17.2.1.6 del Decreto 2555 de 2010.

100 La calidad de independiente es definida por el artículo 2.17.2.1.5 señalando un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Tienen la finalidad de que el *miembro independiente* se distancie del EASPBV y/o sus participantes. Dicho miembro tendría una visión objetiva y neutral para la toma de sus decisiones.

101 Por ejemplo, los mercados conexos de compensación y liquidación (EASPBV), y el de provisión de tecnologías de acceso y servicios de pago (PSP).

102 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Nuevo artículo 2.17.2.1.7.

103 "(...) alguno de sus participantes o de sus proveedores de servicios de pago posean inversiones en su capital, o que posean inversiones en el capital de sus participantes o proveedores de servicios de pago (...)". Ver artículo 2.17.2.1.7.

normatividad pretende mitigar los conflictos de interés y riesgo moral. Le asigna a este órgano funciones de evaluación y determinación sobre el acceso de nuevos participantes, así como de sanción de los mismos de conformidad con el reglamento.

El Decreto regula, también, las tarifas de intercambio¹⁰⁴ (en adelante TI) así como las tarifas de acceso al sistema y de compensación y liquidación¹⁰⁵ de nuevos participantes. Respecto de la TI la norma diferencia entre aquellas situaciones en las que el instrumento de pago es franquiciado -caso en el cual siempre será establecida por la franquicia- de aquellas en las que no es franquiciado -marca propia-, caso en el cual establece un régimen distinto.

Al respecto de la definición de las TI por parte de las franquicias, la norma dispone que estas "(...) no podrán fijar [TI] distintas en función de la [EASPBV] donde se procese la transacción."¹⁰⁶ Respecto de la definición de las TI cuando el instrumento de pago no es franquiciado la norma hace dos supuestos de hecho, de acuerdo a si 1) La EASPBV no tiene conflictos de interés en la composición de su capital¹⁰⁷, caso en el cual la TI será fijada por su respectiva Junta Directiva; 2) La EASPBV tiene conflictos de interés -existe la posibilidad o potencialidad de que incentivos que lleven a prácticas anticompetitivas por parte de la Junta Directiva de la EASPBV-, caso en el que el Decreto establece un mecanismo diferente:

*"En el caso de las [EASPBV] en las cuales alguno de sus participantes o de sus proveedores de servicios de pago posean inversiones en su capital, o que posean inversiones en el capital de sus participantes o proveedores de servicios de pago, la tarifa de intercambio será establecida por la [EASPBV]. Ni la Junta Directiva de la entidad, ni los participantes o proveedores de servicios de pago que posean inversiones en su capital, podrán tener injerencia alguna en la decisión."*¹⁰⁸

Con la finalidad de poder llevar a cabo la fijación de la TI por parte de la EASPBV cuando el instrumento de pago es no franquiciado, indica la norma que la EASPBV

*"(...) podrá solicitar a los participantes la información estrictamente necesaria para establecer la tarifa de intercambio, [información que] no podrá ser divulgada a la Junta Directiva ni a los participantes o proveedores de servicios de pago que posean inversiones en su capital."*¹⁰⁹

Para que las EASPBV no camuflen costos inflados de la TI por medio del cobro de otros conceptos¹¹⁰ el artículo indica que

104 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevos artículos 2.17.2.1.9 y 2.17.2.1.10.

105 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.11.

106 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*.

107 "(...) las [EASPBV] en las cuales sus participantes no posean inversiones en su capital ni posean inversiones en el capital de sus participantes o proveedores de servicios de pago (...)", Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 13. Ver artículo 2.17.2.1.9 y 2.17.2.1.10 del *Decreto 2555 de 2010*.

108 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 13. La recomendación de la SIC a la URF respecto del Proyecto de Decreto fue eliminar los *Comités de fijación de tarifas*, que tenían la finalidad de generar un órgano independiente para la fijación de tarifas. Ver la crítica sobre esta recomendación en la página 47 de este escrito.

109 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 14.

110 Similar al objetivo que pretende el artículo 68 de la Ley 45 de 1990 al definir las sumas que se reputan intereses. El objetivo es que no se camufle el cobro de mayores o menores intereses por medio de otro tipo de costos o cobros.

“Además de la tarifa de intercambio no podrá existir ninguna otra remuneración entre la entidad emisora y la entidad receptora o el adquirente por las operaciones ejecutadas en el sistema de pagos. Cada participante será responsable de pagar los costos de operar como entidad emisora, adquirente o entidad receptora y no deberá asumir costos de otro participante ni de sus proveedores de servicios de pago”¹¹¹;

Con lo cual también prohíbe la existencia de subsidios cruzados¹¹² entre las EASPBV, las entidades adquirentes, proveedores de servicios tecnológicos y otros participantes del sistema de pagos. Así mismo genera mayor transparencia para todos los actores del SPBV acerca de qué montos comprende la TI. De acuerdo con la observación No. 197 de la URF a los comentarios del Decreto¹¹³, que fue aceptada por la URF, el Decreto excluye la posibilidad de que se den subsidios cruzados e incluye el principio que dice que los servicios de los dos lados, adquirente y emisor son independientes, por lo que no podría existir una remuneración adicional a la TI entre los lados adquirente y emisor: *“Lo anterior con el fin de que, contrario al espíritu de la norma, se den casos, como, por ejemplo, el cobro a un emisor por parte de un procesador adquirente o de un procesador emisor a un adquirente”¹¹⁴*

El nuevo artículo 2.17.2.1.9, referente a la fijación de las TI en los diferentes supuestos de hecho, parte de la concepción de que la fijación unilateral de las TI por parte de las marcas de los instrumentos de pago es la mejor manera, en términos de eficiencia económica y bienestar del consumidor, de fijar las TI en un SPBV abierto, como mercado de dos lados; en tanto que las marcas de los instrumentos -por ejemplo las marcas de las tarjetas- tienen los incentivos económicos alineados para el crecimiento de la red, internalizando las externalidades indirectas de red -como mercado de dos lados que es-. Una explicación al respecto se hizo en la primera parte de este artículo. Lo anterior, siempre y cuando la marca del instrumento de pago sea independiente del resto de participantes del sistema. Desde este punto de vista se explica que la norma prescriba que para el caso de instrumentos franquiciados la fijación de la TI debe ser unilateral por parte de las franquicias.

Por último, en lo que tiene que ver con las TI, el artículo 2.17.2.1.10 prescribe el deber de dar publicidad a la TI por medio de su página Web y, de forma explícita, a los criterios utilizados para determinar las tarifas de intercambio. Así mismo el numeral 8 del artículo 2.17.2.1.12 ordena incluir en el reglamento del respectivo SPBV “[l]a política y metodología establecida para la fijación de tarifas a los participantes o para la determinación de cualquier otro cargo del sistema de pago, incluida la tarifa de intercambio”, lo cual debe ser publicado en tanto que el propio reglamento debe ser publicado, de conformidad con el parágrafo del mismo artículo. Por otro lado dentro de los deberes de información de la EASPBV, prescritos por el artículo 2.17.2.1.13, numeral 3, las EASPBV deben informar a los participantes y al público en general “[l]as tarifas y comisiones cobradas en desarrollo de la actividad de compensación y liquidación”. No obstante lo anterior el Decreto en ningún momento prescriba que las EASPBV deban publicar y/o informar cómo la EASPBV o las franquicias (quienes fijan la TI) ponderan los criterios utilizados para determinar la tarifa. En este sentido se debe diferenciar entre a) las tarifas -en este caso la Tarifa de Intercambio-, b) las metodologías, criterios y políticas de fijación y, c) cómo la EASPBV, la franquicia o quien fije la respectiva tarifa, pondera cada criterio para llegar al valor

111 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 14.

112 “El subsidio cruzado es una estrategia que consiste en elevar el precio de un producto o servicio a un grupo de clientes. De esta forma, la empresa genera un excedente que le permite reducir la tarifa del mismo bien para otro segmento económico.” Economipedia, “Subsidio cruzado”, última visita: 22 de enero de 2020, <https://economipedia.com/definiciones/subsidio-cruzado.html#:~:text=El%20subsidio%20cruzado%20es%20una,bien%20para%20otro%20segmento%20econ%C3%B3mico>. Se agregaría que, si la empresa actúa en diferentes mercados relevantes conexos, podría utilizar esta estrategia con productos diferentes, de acuerdo a cada mercado relevante conexo en el que actúa.

113 URF, *Informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación, Proyecto de Decreto Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor* (2020), https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/portal/Minhacienda/pages_normativa/ProyectoDecretos/proyectedecretos2019.

114 URF, *Informe de observaciones y respuestas de los proyectos específicos de regulación*, Observación No. 197.

final de la tarifa. De acuerdo con el análisis que se acaba de hacer quien fija la TI debe publicar/informar sobre los asuntos a) y b), pero no sobre el c).

De interpretarse que el asunto c) del que se acaba de hacer mención deber ser publicado también, esta prescripción normativa podría tener problemas en lo relacionado con el régimen de la libre competencia en cuanto que la forma en la que se ponderan estos criterios puede hacer parte del denominado “secreto industrial”¹¹⁵, por lo que establecer la obligación de publicarlos podría constituirse en una especie de “expropiación” del modelo de negocio de la empresa, lo que violaría en núcleo fundamental del derecho a la libre empresa, tutelado por el régimen económico de la Constitución de 1991. De ser interpretada de esta forma, entonces esta prescripción podría verse como una extralimitación de funciones en ejercicio de la facultad regulatoria del Estado, e implicaría una práctica anticompetitiva. En efecto, el régimen de la libre competencia tiene como uno de sus objetivos proteger la autonomía competitiva de los agentes, por lo cual prohíbe¹¹⁶ y sanciona aquellas conductas que reduzcan la independencia de los mismos, como lo sería el intercambio de información sensible; sobre todo cuando esta información hace referencia a variables estratégicas, como lo sería la forma en la que se ponderan los criterios para determinar la TI.

El Decreto también regula la *Tarifa de acceso al sistema y de compensación y liquidación*¹¹⁷. La primera es el costo que la EASPBV puede cobrar por el acceso a su sistema de pagos a nuevos participantes, mientras que la segunda es la tarifa que el participante paga a la EASPBV en retribución de los servicios de compensación y liquidación de transacciones -órdenes de pago o transferencia de fondos-. Ambas tarifas serán establecidas por la EASPBV. De forma similar a la regulación definida para la TI, en caso de que la EASPBV no tenga conflictos de interés¹¹⁸ estas tarifas serán definidas por la Junta Directiva de la EASPBV; mientras que cuando sí existan conflictos de interés, estas tarifas serán establecidas por la EASPBV, pero no por su Junta Directiva sino mediante un órgano y/o mecanismo por medio del cual ni la Junta Directiva ni los participantes o proveedores de servicios de pago que posean inversiones en su capital puedan tener ningún tipo de injerencia en la decisión¹¹⁹.

El Decreto¹²⁰ establece la obligación para las EASPBV de adoptar un reglamento de funcionamiento que deberá comprender como mínimo una serie de características definidas por la norma, para claridad y coherencia del sistema. Este reglamento debe ser aprobado por la SFC, aprobación sujeta al cumplimiento de los deberes y principios del SPBV, y debe estar publicado en la página Web de la EASPBV. El Decreto establece el deber de información¹²¹ por parte de las EASPBV con sus participantes y al público en general, a través de su página, de información relevante para todos los participantes del sistema¹²². Su objetivo

115 El secreto industrial se encuentra definido en el artículo 262 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones. Se encuentra protegido, también, por el artículo 308 del Código Penal.

116 Por vía de la cláusula general de prohibición de prácticas y conductas anticompetitivas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

117 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.11.

118 Inversiones de capital de la EASPBV en sus participantes o viceversa.

119 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 14. Ver artículo 2.17.2.1.11 del Decreto 2555 de 2010.

120 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.12.

121 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.13.

122 Ministerio de Hacienda, *Decreto 1692 de 2020*, 16-17.

es lograr condiciones de transparencia entre los participantes el mercado, que posibiliten condiciones de mayor simetría en la información; lo que permite que el funcionamiento del mercado de pagos de bajo valor se de en condiciones más cercanas a las de la competencia perfecta (agentes precio-aceptantes).

El Decreto¹²³ prohíbe a las EASPBV dedicarse a prestar servicios de adquisición y/o de emisión, pero las autoriza a prestar servicios adicionales a los de compensación y liquidación de transacciones, como servicios de PSP de adquirentes y entidades emisoras, caso en el cual deben observar algunas reglas particulares como: 1) *"ofrecer sus servicios y productos de manera desagregada y cobrar tarifas individuales por cada uno de dichos servicios y productos"* -prohibición de ventas atadas y de subsidios cruzados-, 2) no condicionar la prestación de alguno de sus servicios (por ejemplo la compensación y liquidación) a la contratación de otros servicios -prohibición de ventas atadas-, 3) en ningún caso pueden restringir la contratación de servicios con sus competidores -prohibición de prácticas restrictivas de la libre competencia-, 4) *"en ningún caso podrán usar la información a la que tengan acceso en el desarrollo de alguna de las actividades aquí autorizadas para el desarrollo o ejecución de la otra actividad"* -lo que podría interpretarse una integración vertical tácita entre la EASPBV como red de pagos y en su papel de PSP- y 5) contar con mecanismos de solución de conflictos de interés, de conformidad con el artículo 2.17.2.1.15.

Las primeras dos prohibiciones ya se encuentran consagradas en el régimen general de la libre competencia y se refieren a prohibición de ventas atadas¹²⁴, por medio de los cuales un oferente ata la provisión de diferentes productos, funcionalmente independientes, a un mismo paquete de oferta, restándole libertad de decisión al consumidor; así como la prohibición de subsidios cruzados. La prohibición 3 responde a la necesidad de impedir prácticas restrictivas de la libre competencia que afecten la libertad y el bienestar del consumidor, así como los derechos a libre competencia por parte de los demás oferentes. La prohibición 4 tiene la finalidad lograr condiciones igualitarias para todos los oferentes (tablero de juego equilibrado). Estas previsiones se complementan con lo estipulado para la contratación de proveedores de servicios de pago¹²⁵, otra prohibición de ventas atadas y de prácticas restrictivas a la competencia, que prescribe que las EASPBV *"(...) no podrán obligar a los participantes, en ningún caso, a contratar a uno o varios proveedores de servicios de pago (...)"*.

Pueden surgir dudas respecto de la interpretación de la prohibición del numeral 4. En efecto, la prohibición a las EASPBV de utilizar los datos transaccionales derivados de sus operaciones de compensación y liquidación, sin mayor sustento legal, imposibilita que las EASPBV participen en otros mercados, impidiéndoles desarrollar productos de información; lo cual sería violatorio del régimen legal, especialmente de las garantías constitucionales a la libre empresa, la libre iniciativa privada y libre competencia, así como del derecho de propiedad privada. Otro problema jurídico que se presenta al respecto es si esta normatividad estaría modificando, vía decreto reglamentario, las disposiciones de la Ley Estatutaria de Habeas Data¹²⁶, en tanto impiden la posibilidad de que los usuarios definan voluntariamente cuál será el destino de su información, en contra de las normas sobre protección de datos personales.

Ante la existencia de potenciales conflictos de interés derivados de la posibilidad de que las EASPBV tengan inversiones en el capital de sus participantes o viceversa, y la posibilidad de que las EASPBV también funjan

123 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.14.

124 Ministerio del Desarrollo Económico, *Decreto 2153 de 1992*, numeral 7 del artículo 47; Congreso de Colombia, Ley 1480 de 2011, art. 36.

125 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.16.

126 Congreso de Colombia, *Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012*.

como PSPs de adquirentes o emisores; el Decreto¹²⁷ incluye un artículo sobre la forma en que se deben manejar dichos conflictos de interés, con el fin de mitigarlos. Básicamente ordena que la EASPBV incluya en su reglamento un capítulo sobre políticas y procedimientos para identificar, prevenir, administrar y revelar conflictos de interés.

Para finalizar, el Decreto incluye provisiones sobre la finalidad de las órdenes de pago o transferencia de fondos¹²⁸ -“(…) serán firmes, irrevocables, exigibles y oponibles frente a terceros a partir del momento en que tales órdenes hayan sido aceptadas por el sistema de compensación y liquidación.”-, interoperabilidad -“(…) cumplimiento de los estándares de tecnologías de acceso para la iniciación de pagos o transferencias de fondos establecido por la [SFC]”- y sobre el Banco de la República, quien podrá seguir administrados sus propios SPBV, de acuerdo con su propio régimen legal y dando cumplimiento a la normatividad del Decreto que le resulte aplicable.

En lo relacionado con la adquirencia, es importante resaltar que el Decreto innova en tanto que permite a entidades no vigiladas por la SFC llevar a cabo tal actividad, además de los SEDPES y los establecimientos de crédito¹²⁹. Con la finalidad de posibilitar la participación de estas entidades no vigiladas por la SFC, el Decreto crea un Registro de adquirente no vigilados¹³⁰ con el fin de evaluar su solvencia (sociedades anónimas con un capital suscrito y pagado igual o superior a 1.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otros requisitos) y ordena que el depósito de fondos (resultantes de las órdenes de pago o transferencia de fondos a favor de los comercios adquiridos), por parte de los adquirentes no vigilados, se haga en establecimientos de crédito o en SEDPES¹³¹; con lo cual se soluciona el riesgo de que los recursos del público terminen siendo depositados y almacenados en entidades no vigiladas por la SFC.

3.2. Concepto de abogacía de la competencia de la Autoridad de Competencia

Esta sección tiene la finalidad de examinar lo dicho por la SIC en su concepto¹³² de abogacía de la competencia al evaluar el entonces Proyecto de Decreto¹³³ proyectado por la URF a la luz de las normas y el régimen de la libre competencia en Colombia. El documento de la SIC está dividido en tres apartados: i) Fundamento legal de la abogacía de la competencia, ii) Explicación del entonces Proyecto de Decreto y iii) Comentarios y recomendaciones de la SIC a la URF. Sin embargo, para el abordaje del apartado de este escrito se seguirá la siguiente estructura: en primer lugar se hace referencia a los antecedentes normativos del Decreto, para luego abordar la sección de Abogacía de la Competencia del Proyecto de Decreto. En esta última sección se analizan los siguientes temas -que fueron tenidos en cuenta por la SIC para la elaboración de su Concepto-: i. Prohibición a las ESPABV para ejercer actividades de adquirencia y emisión, ii. Fijación de las TI de instrumentos franquiciados, iii. Fijación de las TI para instrumentos no franquiciados, iv. Riesgos de materialización de prácticas restrictivas de la competencia como ventas atadas y exclusividad en materia

127 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.15.

128 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.17.

129 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.3.1.1.

130 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.3.1.2.

131 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.3.1.5.

132 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 1.

133 Ministerio de Hacienda y URF, *Proyecto de Decreto Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor*.

contractual en el ecosistema de SPBV, y, v. Autorización a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y SEDPES para el control de las EASPBV.

3.2.1. Antecedentes normativos del Decreto

Desde el año 2003, mediante la Ley 795 del mismo año, se le otorga al Gobierno Nacional la función de regular los sistemas y de pago y las actividades vinculadas a estos, que no sean competencia del Banco de la República; así como también se le otorga a la entonces Superintendencia Bancaria (hoy SFC) la vigilancia de las entidades que administren sistemas de tarjetas débito y crédito, así como las que administren sistemas de pago y compensación, a quienes ordena aplicar las normas de las Compañías de Financiamiento.

Por medio del Decreto 1400 de 2005, se "(...) define el SPBV, sus agentes, los requisitos para acceder a la calidad de administrador del SPBV, los objetivos de vigilancia (...)"¹³⁴, como también a las EASPBV. Así, junto con el Decreto 2999 de 2005, que prescribe que las EASPBV deberán dar cumplimiento en lo pertinente a las compañías de financiamiento comercial, y no le serán aplicables las disposiciones relativas a capital mínimo de las instituciones financieras, se definió parte del régimen legal aplicable a las redes de pago de bajo valor. Con la expedición del Estatuto Orgánico del sector Financiero, Decreto 663 de 1993 -EOSF-, se definieron las normas que regulan los SPBV, entre las que se encuentra la que indica que "(...) la participación de los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las sociedades de capitalización en las EASPBV no podrá ser inferior al 51% de las acciones suscritas."¹³⁵ En materia de gobierno corporativo la norma indica, respecto de las compañías de financiamiento, que la Junta Directiva deberá estar compuesta por un número no menor a 5 ni mayor a 10 miembros.

El Decreto 2555 de 2010 define algunos actores y elementos del SPBV abierto mediante tarjetas tales como los establecimientos de crédito emisores, los establecimientos de crédito adquirentes y la TI, la cuota de manejo y el sistema abierto de tarjetas. Por su parte la Circular Externa 008 de 2018 adiciona a la Circular Básica Jurídica (en adelante CBJ) de la SFC, con el fin de introducir los conceptos de ambiente presente y no presente y de entidades administradoras de pasarelas de pago. "(...) define el ambiente de venta presente como aquel en el que el instrumento de pago interactúa con el dispositivo de captura de información"¹³⁶ (...) ambiente de venta no presente como aquel en el que el instrumento de pago no interactúa con el dispositivo de captura de información."¹³⁷ Define también a las Entidades Administradoras de Pasarelas de Pago (en adelante EAPP) como "entidades que prestan servicios de aplicación de comercio electrónico para almacenar, procesar y/o transmitir el pago correspondiente a operaciones de venta en línea"¹³⁸. Por último, en esta sección el concepto de la SIC trae a colación las Resoluciones 26255 de 2011 y 40478 de 2012, por medio de las cuales la SIC ordenó la apertura de investigación y aceptó las garantías ofrecidas, respectivamente, a ASOBANCARIA y otras entidades financieras (...) por considerar que los implicados presuntamente realizaron un acuerdo para fijar la tarifa interbancaria de intercambio (...)"¹³⁹, conducta catalogada como un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Las garantías aceptadas por la SIC consistieron en la

134 SIC, Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009), 3.

135 SIC, Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009), 5.

136 Point of sale (POS).

137 SIC, Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009), 6.

138 SIC, Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009), 6.

139 SIC, Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009), 6.

creación de un mecanismo alternativo de fijación de la TI conocido como REMI que "(...) toma en cuenta las votaciones de los agentes del mercado y las ordena de mayor a menor, para posteriormente elegir la mediana de esta distribución (...) con base en el teorema del votante mediano."¹⁴⁰

3.2.2. Abogacía de la competencia del Proyecto de Decreto

A partir de la normatividad propuesta por el entonces Proyecto de Decreto y las respuestas al cuestionario sobre abogacía de la competencia¹⁴¹, la SIC estudia los siguientes temas con la finalidad de analizar la incidencia de la normatividad respecto del funcionamiento del mercado y el cumplimiento de las previsiones del régimen de la libre competencia en Colombia:

"(i) funcionamiento del SPBV con base en el Proyecto, (ii) el funcionamiento del SPBV como mercado de dos lados, (iii) las condiciones para participantes que ejercen la actividad de adquirencia, (iv) los requisitos para sociedades no vigiladas por la SFC, que participan en el SPBV, (v) la restricción a las EASPBV para ejercer la actividad de adquirencia, y (vi) la fijación de la tarifa de intercambio en el SPBV, (vii) la revelación de información sensible de los agentes que participan en el sistema, (viii) Riesgo de materialización de posibles prácticas individuales anticompetitivas como ventas atadas o exclusividad en materia contractual, en el ecosistema del SPBV y (ix) la autorización a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicas sobre el control de las EASPBV."¹⁴²

La SIC describe el proceso de pago electrónico¹⁴³ en lo relacionado con el funcionamiento del SPBV como mercado de dos lados. Se resalta la definición de la SIC que:

"(...) los mercados de dos lados se pueden definir como mercados en los que una o múltiples plataformas facilitan la interacción entre varios tipos de usuarios finales, que participan en mercados disímiles conectados a través de una plataforma y donde las plataformas buscan que los varios tipos de usuarios finales sean gravados adecuadamente en contraprestación por los servicios recibidos (...) se diferencian de los mercados tradicionales por el hecho de que los diferentes tipos de participantes del mercado de dos lados no logran internalizar las externalidades que generan en ellos participantes ubicados en los otros extremos."¹⁴⁴

"(...) la eficiencia económica puede ser mejorada transfiriendo una mayor carga a uno o unos de los diferentes tipos de usuarios finales en función de las elasticidades precio que enfrenta cada uno de los usuarios."¹⁴⁵

3.2.2.1. Prohibición a las EASPBV para ejercer actividades de adquirencia y emisión

Volviendo al debate sobre las Redes de Pago -como EASPBV- y los efectos del Decreto 1692 de 2020 sobre sus actividades, la norma le prohibió a las EASBPV llevar a cabo actividades de adquirencia, por lo que el

140 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 3.

141 SIC, *Cuestionario de abogacía de la competencia – actos administrativos expedidos con fines regulatorios (2021)*, <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/pdf/CUESTIONARIO%20DE%20ABOGAC%C3%8DA%20DE%20LA%20COMPETENCIA%20-%20ACTOS%20ADMINISTRATIVOS%20EXPEDIDOS%20CON%20FINES%20REGULATORIOS.xlsx>.

142 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 12.

143 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 12.

144 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 13. Tomado de Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, *Two-Sided Markets: An Overview* (2004), https://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf

145 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 14.

debate que la SIC da con la URF respecto de los participantes no vigilados por la SFC y los requisitos para asegurar su solvencia, así como acerca de cómo fueron construidos estos y el análisis de las experiencias comparadas, no se profundiza en este escrito. Se aborda, a continuación, la descripción del numeral 4.5 del Concepto de la SIC, denominado *Restricción a las EASPBV para ejercer la actividad de adquirencia*.¹⁴⁶

La SIC resalta que el Decreto prohíbe a los agentes que se constituyan como EASPBV -dedicadas a la compensación y liquidación- dedicarse, al mismo tiempo, a la actividad de adquirencia o emisión. Aquellas EASPBV que al momento de la expedición del Decreto desarrollaban actividades de compensación y liquidación y, al mismo tiempo, de adquirencia y/o emisión, deben elegir una de ellas en un plazo de 4 meses, contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto.

*"Lo anterior representa una restricción directa desde la regulación a la posibilidad de integración vertical en las actividades del sistema por parte de los agentes [lo cual] limita la posibilidad de obtener los beneficios derivados de las economías de alcance [que] se presentan cuando los costos de producir de manera conjunta dos bienes o servicios son menores a la producción por separado de cada uno [lo cual] sería el potencial beneficio perdido por la restricción a que un actor participe en la prestación de varios servicios del sistema."*¹⁴⁷

El Decreto opta, entonces, por evitar la concreción del riesgo de conductas y actos anticompetitivos y/o restrictivos de la libre competencia, derivados de una integración vertical de los agentes en diferentes actividades de la cadena de valor de la industria de pagos -lo cual les daría la posibilidad de actuar y tener influencia directa en varios mercados relevantes conexos, como los de emisión, adquirencia, compensación y liquidación de transacciones-; en detrimento de la posibilidad de alcanzar y aprovechar las ventajas, en términos de bienestar del consumidor y eficiencia económica, que podría conllevar la generación de economías de alcance¹⁴⁸. Para la URF esta restricción está justificada.

*"(...) en el objetivo de reducir los potenciales riesgos derivados de conflictos de interés en el sistema, pues una entidad que cumple dos roles en el sistema puede tener incentivos para imponer barreras de entrada a potenciales competidores de uno de los segmentos del sistema."*¹⁴⁹

En este sentido, explica el documento, una EASPBV que, a su vez, lleve a cabo actividades de adquirencia y/o emisión "(...) puede imponer costos más altos o condiciones contractuales más severas para ingresar al sistema a competidores en la actividad de adquirencia."¹⁵⁰ De esta manera, para evitar riesgos derivados del conflicto de interés que generaría la circunstancia de que una EASPBV ejecutara, a su vez, actividades de adquirencia y/o emisión, se prohíbe a las EASPBV participar en dichos mercados relevantes conexos. No obstante lo anterior, el Decreto sí le permite a las EASPBV "(...) prestar servicios como procesadores o proveedores de tecnologías

146 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 18.

147 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 18.

148 "Las economías de alcance se dan cuando los costos de la producción conjunta de dos o más productos son menores a los costos de producción por separado de cada producto (...) las economías de alcance se derivan de a) la reducción de costos fijos y b) la complementariedad de los costos, dada la producción conjunta." Daniel Rovollo y Giovanna Londoño, "Análisis de las economías de escala y alcance en los servicios de acuerdo y alcantarillado en Colombia", *Revista Desarrollo y Sociedad Universidad de los Andes*, N°66 (2010), 145-182, <https://www.redalyc.org/pdf/1691/169120015005.pdf>

149 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 18.

150 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 18.

de acceso a los comercios, siempre y cuando los adquirentes así lo deseen."¹⁵¹ Esto resulta interesante, porque en contra de esta posibilidad se podrían esgrimir los mismos argumentos que se esgrimen a favor de la prohibición de que las EASPBV también presten servicios de adquirencia y/o emisión. Sin embargo, para mitigar la existencia de conflictos de interés entre las EASPBV y sus participantes, en caso de que la EASPBV preste servicios de proveedores o procesador de tecnologías de acceso para los comercios, (...) *la norma contempla una serie de reglas y condiciones para identificar y enfrentar posibles conflictos de interés.*"¹⁵². Para la SIC, esta incoherencia en la regulación es válida en tanto que la posibilidad de que las EASPBV presten servicios de proveedores de tecnologías de acceso

"(...) puede permitir que el sistema y sus participantes aprovechen la infraestructura y la experiencia que una EASPBV pueda haber adquirido en el sistema para conectar con tecnología a los comercios y facilitar su acceso a los servicios prestados por los adquirentes."¹⁵³

Dado lo anterior, la SIC considera que estas disposiciones no van en contra del régimen de la libre competencia en Colombia y las considera como un *"(...) instrumento precompetitivo que incentiva la pluralidad de agentes con la capacidad de participar en el SPBV.*"¹⁵⁴

3.2.2.2. Fijación de la TI instrumentos franquiciados

En relación con el tema de la fijación de la TI, en el Decreto se estructura un sistema en el que se diferencia el instrumento de pago según tenga o no la calidad de franquiciado. Para los instrumentos franquiciados la TI la define de forma unilateral la franquicia. De acuerdo con la URF la fijación unilateral de las TI por parte de las franquicias estaría justificada en el hecho de que las franquicias tendrían *"(...) los incentivos alineados para lograr un buen equilibrio entre el lado emisor y adquirente de tal forma que se promueva la emisión y aceptación de su medios de pago.*"¹⁵⁵ La postura de la URF también es defendida en la primera parte de este artículo, de acuerdo al modelo teórico de funcionamiento de los SPBV, como mercados de dos lados y, teniendo en cuenta que las franquicias son las más interesadas en que su instrumento de pago crezca en aceptación (expansión de la red), tanto a nivel de los tenedores del instrumento de pago, como de los comercios que lo aceptan; por lo cual tienen en cuenta las elasticidades precio-demanda de cada consumidor de cada lado con el fin de internalizar las externalidades de red que se presentan en el mercado. Para la SIC, la URF fundamenta su posición en que *"(...) las franquicias tendrían los incentivos para fijar la tarifa de intercambio adecuadamente, considerando que la fijación de tarifas muy altas o muy bajas podrían tener consecuencias negativa en relación con la cantidad de usuarios de los SPBV"*¹⁵⁶, por lo que el monto elegido en la TI, por parte de la franquicia, *"(..) no tendría el efecto potencial de incentivar la salida de agentes del mismo."*

Sin embargo, indica la SIC que, a partir de la documentación enviada por la URF, no encuentra evidencia empírica que apoye esta posición. A partir de este momento la SIC muestra cómo, desde la experiencia

151 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19.

152 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19.

153 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19.

154 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19.

155 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, Tomado de URF, *Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor (2019)*, 27, http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-120899%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

156 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19.

internacional, se han venido implementando regulaciones a la fijación de las TI cuando el pago se inicia con una tarjeta. De acuerdo con la SIC, desde la Comisión Europea de Competencia se han dado pronunciamientos que apoyan la necesidad de regular las TI ocultas y no competitivas, que aumentan los costos de operación para los comerciante y los consumidores, de modo que se haría necesario hacerlas más transparentes y eliminar lo que se constituye en un obstáculo para la implementación de los SPBV y de tecnologías innovadoras.¹⁵⁷ Así mismo indica la SIC que otras jurisdicciones en el mundo han implementado estrategias de regulación de las TI cuando el pago se hace con un instrumento franquiciado -en contra del criterio de la URF-

*"(...) ya sea producto de una intervención regulatoria de topes máximos como el caso de la Unión Europea o de compromisos adquiridos con el Banco Central como en el caso de México, al identificar fallas en el mercado de pago con tarjetas tales como, tarifas excesivamente altas"*¹⁵⁸.

Entre estas jurisdicciones se encuentran Francia, las autoridades de competencia de la Unión Europea, México, Canadá, Israel, India, China, Australia, Estados Unidos y España¹⁵⁹.

Con relación a costos ocultos en las TI y la falta de transparencia sobre las mismas y los costos asociados dentro del SPBV, se debe decir que el Decreto incluye disposiciones tendientes a asegurar la transparencia en la fijación y de los criterios de fijación de las TI¹⁶⁰, así como el deber de informar de las mismas¹⁶¹. De conformidad con el nuevo artículo 2.17.3.1.9, además de la TII *"(...) no podrá existir ninguna otra remuneración entre la entidad emisora, adquirente o entidad receptora y no deberá asumir costos de otro participante ni de sus proveedores de servicios de pago"*.

La SIC, teniendo en cuenta que la URF no aportó estudios empíricos en los que se sustentara debidamente su postura, le recomienda *"(...) considerar mecanismos, como el consagrado por el Parlamento Europeo y El Consejo de la Unión Europea, en el que se establecen topes máximos para la tarifa de intercambio en operaciones con tarjeta débito y crédito por particulares."*¹⁶² De acuerdo con la SIC, este tipo de medidas se han mostrado eficaces alcanzando sus principales objetivos:

*"(...) se redujeron las tasas de intercambio de las tarjetas de consumo y esta disminución se reflejó en la reducción de las comisiones de los comerciantes por los pagos con tarjeta, lo que en última instancia se tradujo en una mejora de los servicios a los consumidores o en una disminución de los precios al consumidor."*¹⁶³

Por otro lado indica la SIC que la entidad ha reconocido otros métodos para la regulación de las TI como 1)

157 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 19-20.

158 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 20.

159 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, Tabla No. 1. Tomado de las experiencias documentadas por Jakub Górká, "Interchange Fee Economics. To Regulate or not to regulate?" (Springer International Publishing, Palgrave MacMillan, 2018).

160 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Numeral 8 del nuevo artículo 2.17.3.1.12, así como los nuevos artículos 2.17.3.1.10 y 17.3.1.13.

161 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, Nuevo artículo 2.17.3.1.12.

162 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 21.

163 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 21. Tomado de European Commission, *Report on the application of Regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions*, Commission Staff Working Document (2020), 19, https://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/IFR_report_card_payment.pdf.

el definido por el Congreso de los Estados Unidos (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) que indica que la fijación de las TI debe hacerse de forma razonable y proporciona a los costos en los que el emisor debió incurrir para realizar la operación -distinguiendo costos variables y fijos-¹⁶⁴; 2) México, donde la TI es autorizado por el Banco Central "(...) quien verifica que sean razonables los cargos de esta"¹⁶⁵; 3) "la supervisión por parte de la SFC o del Banco de la República en la fijación objetiva de la tarifa"¹⁶⁶; y 4) fijación de "topes de variación al alza de la tarifa de intercambio a nivel mensual y anual."¹⁶⁷. De acuerdo con lo anterior, la SIC hace la siguiente recomendación a la URF:

*"(...) incluir en el Proyecto algún mecanismo, como los referenciados previamente, que impida una variación al alza excesiva de la tarifa de intercambio que potencialmente pueda tener un efecto nocivo sobre los costos que se paguen en el sistema y con ello sobre el bienestar de los consumidores y los comercios."*¹⁶⁸

Como crítica a la postura de la SIC se debe decir que en su concepto de abogacía de la competencia no aportó una justificación teórica que desvirtuara los postulados sobre los que se sustenta la postura que defiende que las franquicias tienen los incentivos alineados para propender por la expansión de la red, dentro del SPBV -el que funciona como un mercado de dos lados-; ni tampoco aportó evidencia empírica que sustentara la opción de regular las TI. La SIC únicamente reseñó el hecho consistente en que en otras jurisdicciones sí se habían venido imponiendo regulaciones a las TI de transacciones que se inician con instrumentos de pago franquiciados. Además de lo anterior, parece que la postura de la SIC se centró en las tarjetas débito y crédito, como instrumento de pago, para su análisis, desconociendo la posibilidad de existencia de otro tipo de instrumentos de pago.

3.2.2.3. Fijación de la TI de instrumentos no franquiciados

En lo relacionado con la fijación de las TI, cuando la transacción se inicia con instrumentos de pago no franquiciados, el Decreto indica que esta será responsabilidad de la EASPBV "(...) la cual para promover la entrada de nuevos participantes, deberá mantener criterios objetivos, y tendrá que cumplir con los principios de trato no discriminatorio, transparencia y no abuso de la posición dominante (...)"¹⁶⁹.

Para la SIC, se observan potenciales riesgos de colusión para la fijación de las TI que pueden llegar a ser materializadas por medio de comités como el de *Fijación de Tarifas*, "(...) pese a las disposiciones de gobierno corporativo y transparencia en las tarifas de acceso y metodología de su cálculo previstas en el Proyecto"¹⁷⁰. Como antecedente de la potencialidad de materialización de dichas conductas anticompetitivas, la SIC cita lo dicho por ella misma en la investigación que llevó a cabo contra ASOBANCARIA y otras entidades financieras por la comisión de acuerdos anticompetitivos¹⁷¹ para la fijación de las TI, que conllevarían la

164 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 21.

165 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 22.

166 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 22.

167 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 22.

168 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 22.

169 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 22.

170 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 23.

171 Resoluciones 26255 de 2011 y 40478 de 2012, que llevaron a la aceptación de la garantía propuesta por los investigados, que dio lugar al modelo REMI de las TII, en su momento.

creación de condiciones discriminatorias entre los participantes e imposición de barreras a la entrada del mercado para potenciales nuevos participantes.

Continúa la SIC analizando la obligación que imponía el entonces Proyecto de Decreto para los participantes del SPBV -cuyas transacciones se inicien a través de instrumentos de pago no franquiciados- de remitir a la EASPBV la información sobre sus costos de operación "(...) *que requieran las EASPBV para que dichas entidades puedan establecer el valor de la tarifa de intercambio.*"¹⁷². Al respecto resalta la SIC que esta medida puede tener efectos violatorios de derechos de propiedad industrial -violatorios del derecho constitucional a la libertad de empresa- y efectos anticompetitivos. Lo anterior teniendo en cuenta que estos participantes del respectivo SPBV (entre los que se encuentran los adquirentes y emisores), actúan en otro u otros de los eslabones de la misma cadena de valor, en la que también actúan las EASPBV. Así mismo teniendo en cuenta que en las EASPBV pueden existir múltiples conflictos de interés con potenciales efectos anticompetitivos. En tanto que esta resulta ser una información de carácter sensible para estos participantes, obligados a revelarla: "*Esta medida implica que adquirentes y emisores, presenten información que puede ser sensible para su operación, pues de acuerdo con el Proyecto, este es un insumo necesario para poder fijar la tarifa de intercambio del sistema.*"¹⁷³ Esta obligación podría devenir, entonces, en detrimento del autonomía competitiva de la que deben gozar todos los agentes.

3.2.2.4. Riesgos de materialización de prácticas restrictivas a la competencia como ventas atadas y exclusividad en materia contractual en el ecosistema de SPBV

Indica la SIC que, si bien es cierto que el Decreto prohíbe a las EASPBV realizar actividades de emisión y/o adquirencia, sí les permite ser PSPs de entidades que realicen adquirencia y emisión. En estos casos se genera un conflicto de intereses que puede conllevar conductas anticompetitivas -como barreras a la entrada de nuevos competidores y conductas de discriminación-, por lo cual el Decreto (artículo 2.17.2.1.14) establece una serie de normas que tienen el objetivo de mitigar estos potenciales efectos anticompetitivos¹⁷⁴. Estas disposiciones el Decreto pretende mitigar los riesgos derivados de la existencia de conflictos de interés, que pueden generar prácticas restrictivas de la competencia, en detrimento de los derechos de los consumidores y de la eficiencia del mercado: conductas relacionadas con ventas atadas y discriminación; las que conllevan potenciales efectos exclusorios y de imposición de barreras a la entrada contra potenciales competidores en el mismo u otro mercado relevante.

La SIC ve con buenos ojos estas normas destinadas a mitigar conflictos de interés, sobre todo en caso de que la EASPBV también provea servicios como PSP a adquirentes o emisores "(...) *por consideración al posible cerramiento del mercado por parte de aquellos agentes incumbentes que tuvieren posición de dominio.*"¹⁷⁵ La SIC da su aval a la imposición de estas normas:

"(...) estas restricciones explícitas para evitar bloqueos de acceso o de transacciones, junto con las medidas de gobierno corporativo del Proyecto, son herramientas que permiten morigerar los potenciales conflictos

172 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 23.

173 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 23.

174 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 24.

175 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 24.

de interés, así como posible incentivos de los agentes a desarrollar prácticas anticompetitivas en contra de otros agentes del sistema.”¹⁷⁶

No obstante lo anterior, para la SIC aún subsisten riesgos en el caso de las franquicias, en tanto que no existen normas en el Proyecto de Decreto que les impida establecer condiciones de ventas atadas, por lo que se necesitarían medidas explícitas que prohíban a las franquicias condicionar la prestación de sus servicios -por ejemplo el acceso al SPBV por parte de un comercio o un participante adquirente- “(...) a la aceptación de todo el portafolio de servicios o productos que ofrecen”¹⁷⁷, frente a lo cual los comerciantes y los demás participantes del sistema perdería poder de negociación de cara a las franquicias “(...) para poder elegir los productos o servicios ofrecidos que necesitan o que más se adecúan a sus negocios particulares (...)”¹⁷⁸, dada la posición asimétrica entre los agentes que perfeccionan el respectivo negocio jurídico. Lo anterior haría necesario el establecimiento de normas que impidan que las franquicias puedan incluir cláusulas que impliquen ventas atadas, discriminación o imposición de barreras de acceso, en los contratos, y que les permitan a los comercios y demás participantes del sistema no tener que asumir mayores costos “(...) asociados a la contratación de todo el portafolio de las franquicias.”¹⁷⁹

“En consideración a lo anterior [la SIC] recomienda que la URF evalúe la posibilidad de incluir en el Proyecto una restricción explícita para evitar que las franquicias condicionen el acceso al sistema de pagos a la aceptación de toda su oferta de productos o servicios.”¹⁸⁰

3.2.2.5. Autorización a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y SEDPES sobre el control de las EASPBV

Con relación a la autorización que el Decreto¹⁸¹ les da a los establecimientos de comercio, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las SEDPEs sobre el control de las EASPBV -poseer cualquier porcentaje de acciones en la EASPBV-, de acuerdo con la URF “(...) se presenta en el marco de las medidas propuestas en el Proyecto para facilitar la recomposición accionaria de las EASPBV”¹⁸², lo cual, desde la perspectiva de la URF,

“(...) es una oportunidad para lograr una mayor eficiencia en la infraestructura del sistema de pagos, en un contexto de crecientes sinergias entre las diferentes tecnologías de pagos, como lo son las transacciones a través de tarjetas y las transferencias electrónicas (...)”¹⁸³

176 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25.

177 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25.

178 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25.

179 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25.

180 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25.

181 Ministerio de Hacienda, *Decreto 2555 de 2010*, nuevo artículo 2.17.2.1.3.

182 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 25-26.

183 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26. Tomado de URF, *Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor*, 24.

Para la URF la recomposición accionaria de las EASPBV tiene la potencialidad de reducir la existencia de eventuales conflictos de interés, solución que ha funcionado en experiencias internacionales como la de Reino Unido, cuya autoridad de competencia propuso a los principales accionistas de las EASPBV desinvertir en su propiedad accionaria. Lo anterior, en tanto que a pesar de otras medidas tomadas para mitigar la existencia de conflictos de interés, persistían los problemas de competencia¹⁸⁴.

En este sentido, la SIC resalta los posibles efectos pro-competitivos de la norma que autoriza a los establecimientos de comercio, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las SEDPEs¹⁸⁵ para que puedan tener cualquier porcentaje de acciones en las EASPBV; en tanto que es una medida que tiene el potencial de facilitar la recomposición accionaria de las EASPBV, permitiendo solucionar conflictos de interés que llevan a potenciales problemas relacionados con la violación del régimen de la libre competencia.

Ahora bien, la autorización del Decreto también implica que se podrían generar nuevos conflictos de interés si, en vez de diversificarse, la propiedad accionaria de las EASPBV se concentra o es cooptada por entidades que participen en otros eslabones de la cadena de valor de la industria de pagos, en mercados relevantes conexos al de la compensación y liquidación.¹⁸⁶

“No obstante, la autorización a las entidades financieras para poseer cualquier porcentaje de acciones de las EASPBV implica que podrían generarse nuevos conflictos de interés.

(...) como consecuencia de estos conflictos de interés, se podrían generar prácticas anticompetitivas como precios o condiciones contractuales diferenciadas para potenciales competidores o inclusive restricciones para el acceso al sistema que puedan constituirse en obstrucciones indebidas.”¹⁸⁷

Dado lo anterior y, habiendo resaltado que el Decreto prevé medidas sobre la composición de las Juntas Directivas y los Comités de Acceso de las EASPBV (medidas de gobierno cooperativo) que pretenden mitigar la existencia de conflictos de interés; la autorización a la que se hace referencia puede ser utilizada de forma adecuada para reducir dichos riesgos. Sin embargo se *“(...) sugiere revisar la opción de fijar un límite a la propiedad accionaria que los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las SEDPEs pueden tener sobre las EASPBV”*.¹⁸⁸

3.3. Respuesta de la URF a las recomendaciones de la SIC

Esta sección tiene la finalidad de exponer las respuestas que expuso la URF en relación con las recomendaciones planteadas por la SIC en su Concepto de Abogacía de la Competencia. En respuesta al concepto de abogacía de la competencia expedido por la SIC -incidencia sobre la libre competencia en el mercado-, la URF identificó 6 recomendaciones hechas en el mismo:

184 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

185 Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos.

186 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

187 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

188 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

"1. Establecer de manera explícita en el Proyecto si las entidades vigiladas por la SFC, para ejercer la actividad de adquirencia, deben cumplir con condiciones adicionales o diferentes a las exigidas por la Ley para su constitución, y en caso de ser afirmativo, redactar estos requisitos de manera explícita en el Proyecto.

2. Evaluar el potencial restrictivo de los requisitos impuestos a las sociedades no vigiladas por la SFC para ejercer la actividad de adquirencia, e implementar alternativas complementarias que permitan la participación de este potencial universo de agentes excluidos.

3. Incluir en el Proyecto algún mecanismo, como los referenciados en el numeral 4.6.1, que impida una variación al alza excesiva de la tarifa de intercambio que potencialmente pueda tener un efecto nocivos sobre los costos que se pagan en el sistema y con ello sobre el bienestar de los consumidores y los comercios.

4. Eliminar la figura de los comités para la determinación de la tarifa de intercambio en el esquema propuesto en el Proyecto.

5. Evaluar la posibilidad de incluir en el Proyecto una restricción explícita para evitar que las franquicias condicionen el acceso al sistema de pagos a la aceptación de toda su oferta de productos o servicios.

6. Revisar la opción de fijar un límite a la propiedad accionara que los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos pueden tener en las EASPBV."¹⁸⁹

Frente a estas recomendaciones, la URF decidió seguir las número 1, 4 y 5, y apartarse¹⁹⁰ de las numero 2, 3 y 6¹⁹¹. Las razones por las cuales la URF se apartó de dichas recomendaciones fueron las siguientes:

En primer lugar, la URF pone de presente que bajo el marco legal vigente no está permitido que entidades no sometidas a la vigilancia de la SFC realicen la actividad de adquirencia, por lo que la normatividad propuesta buscó promocionar y diversificar la actividad de adquirencia al permitir que esta fuera llevada a cabo por entidades no vigiladas por la SFC, lo que tiene la potencialidad de complementar *"(...) los esquemas tradicionales con modelos de negocio disruptivos."*¹⁹² Dado lo anterior, la URF indica que la norma citada por la SIC tiene efectos procompetitivos, porque amplía el número de agentes que pueden acceder a ofertar dentro del mercado relevante, eliminándose una barrera a la entrada e incentivando la libre participación de las empresas en el mercado. En relación con los requisitos que la norma les exige a las entidades no vigiladas por la SFC para prestar los servicios de adquirencia, *"(...) en materia de solvencia y capital buscan garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con los participantes y usuarios de los sistemas de pago"*¹⁹³

Frente a la posibilidad que le plantea la SIC en relación con el desarrollo de mecanismos de habilitación alternativa para que agentes no vigilados que quieran participar en el mercado de adquirencia puedan superar las barreas de entrada que impone el Decreto¹⁹⁴ -de forma que se logre una mayor diversificación

189 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 3.

190 Teniendo en cuenta que el concepto de la SIC no es vinculante, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

191 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 3.

192 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 3.

193 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 4.

194 (...) *la medida no contempla alternativas para que este potencial universo de agentes excluidos del segmento de adquirencia, con posibilidad real de hacerlo, puedan participar del mercado (...) [por ejemplo] a través de un participante directo."* SIC, "Concepto de abogacía de la com

de los participantes- la URF no se pronuncia al respecto y, en contraposición, lo único que afirma es lo siguiente: *"Por otro lado, en caso que estos nuevos actores no puedan cumplir con los requisitos impuestos en este decreto, podrán actuar como proveedores de servicios de pago de un adquirente"*¹⁹⁵, con lo que hace evidente que no asume ni desvirtúa con un sustento adecuado la recomendación número 2 de la SIC, ni debate de forma clara y coherente los argumentos en que se sustenta esta recomendación. La URF no aclara por qué no implementar medidas indirectas de acceso como el acceso escalonado -ingresar en el SPBV por medio de un participante directo-, u otros mecanismos que facilitan la participación de otros agentes *"(...) que pudieran no tener la capacidad para cumplir los requisitos para ejercer como adquirente o proveedores de pago en el sistema, aunque estuviesen en posibilidad de hacerlo y que, de otra manera, quedarían excluidos del sistema."*¹⁹⁶

La SIC en su concepto debatió respecto de la posible incoherencia de la propuesta de la URF al presentar los requisitos de solvencia basándose en los requisitos que ya se habían establecido en otras jurisdicciones -como la de Brasil- en tanto que los valores, aplicados al caso Colombiano, resultaban similares en términos absolutos; pero no estaba claro si la URF, para establecer estos montos, había realizado una conversión por paridad de poder adquisitivo, además de considerar las diferencias económicas en aspectos fundamentales -para la industria de pagos y los mercados relevantes a regular- como la penetración del sistema financiero y acceso a mercados internacionales. Respecto de estas importantes objeciones de la SIC, la URF no se pronunció.

Ahora bien, la recomendación número 3 de la SIC a la URF se fundamentó, básicamente, en la afirmación de que, si bien es cierto que a nivel teórico las franquicias tienen los incentivos alineados para propender por la expansión de la red -SPBV-, por lo cual están interesadas en que la TI se fije de forma que se balanceen los intereses de ambos lados del mercado -el lado de la emisión y los tarjetahabiente (ordenante), y el lado de la adquirencia y los comercios (beneficiario)-, teniendo en cuenta las elasticidades precio-demanda de cada uno de los consumidores finales -poseedores del instrumento de pago y comercios aceptantes- y, conforme a ello, se logre internalizar las externalidades positivas de red generadas por el mercado; la URF no presentó evidencia empírica que apoyara este punto de vista.

En este sentido la SIC encontró que, en cambio, la experiencia comparada internacional mostró que en mucha otras e importantes jurisdicciones la fijación de las TI, cuando la transacción se inicia con instrumentos de pago franquiciados, no se dejó a la libre disposición por parte de las franquicias. Respecto de la postura que aboga por la intervención en las TI por parte del regulador, la SIC cita a la Comisaria Europea de Competencia en una alocución en el 2015, así como una serie de casos en los que se fijan topes máximos o compromisos adquiridos con el Banco Central; entre los que se destaca también los casos de México y Estados Unidos. Además de lo anterior, sugiere la posibilidad de una supervisión por parte de la SFC, o del Banco de la República en la fijación objetiva de la tarifa, o la imposición de topes de variación al alza de la TI a nivel mensual y anual. Estos mecanismos tendrían la finalidad de evitar una variación al alza excesiva de la TI, con efectos nocivos en los costos del SPBV, en contravía de ordenantes y beneficiarios.

Frente a lo anterior la URF indica:

petencia, Proyecto de Decreto Por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los sistemas de pago de bajo valor", 17.

195 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 4.

196 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 18.

“(...) la intervención en la tarifa puede generar efectos no deseados y distorsionar los precios y costos en la prestación de servicios. En efecto, si la tarifa fijada es menor a aquella que compense a los agentes por sus actividades se desincentiva el desarrollo del mercado y si por el contrario la tarifa es más alta de la que pueden definir los agentes, se encarecen los precios, afectando a los usuarios finales.”¹⁹⁷

Además de lo anterior la URF resaltó que el Decreto estableció normas tendientes a garantizar la transparencia y la publicidad de los criterios por medio de los cuales las franquicias decidían acerca de las TI para los instrumentos de sus respectivas marcas, *“(...) obligando [a la EASPBV] a divulgar en su página web, de forma explícita, los criterios utilizados para determinar las [TI]”¹⁹⁸*, lo que le permite a los agentes del mercado *“(...) comparar precios y elegir la oferta que les resulte más conveniente.”¹⁹⁹*

Desde el punto de vista de este escrito, la SIC tampoco aporta evidencia empírica estadística -o estudios al respecto- que muestren que la fijación unilateral de las TI por parte de las franquicias para instrumentos franquiciados sea inadecuada en términos de eficiencia económica y bienestar del consumidor. La SIC se dedica a citar casos de experiencias comparadas internacionales, pero sin exponer de manera precisa y detallada por qué el sistema o las opciones acogidas por estas otras jurisdicciones serían más adecuadas para el SPBV en Colombia. En este sentido, además de no presentar evidencia empírica, tampoco desvirtúa la argumentación teórica-económica que fundamenta que las franquicias tienen los incentivos alineados para propender por la expansión de la red -por lo que necesitan fijar TI adecuadas para ambos lados, tanto ordenantes como beneficiarios-, teniendo en cuenta el funcionamiento del SPBV como un mercado de dos lados.

Ahora bien, no es claro si es que la SIC propone estas otras formas de fijación de las TI para transacciones que se inician con instrumentos franquiciados en razón de otro tipo de argumentos, por ejemplo, por el enorme poder monopólico que se le estaría dando a las franquicias al definir de forma unilateral e inconsulta -por ejemplo frente a la SFC o al Banco de la República- las TI de sus instrumentos, lo que podrían conllevar enormes conflictos de interés que generen potenciales prácticas que rompan con el régimen de la libre competencia. Tampoco queda claro si la SIC observó problemas no propiamente económicos, por ejemplo, relacionados con el mantenimiento de la soberanía en el país, influencias geopolíticas por medio del control de las franquicias que, a su vez, fijarán de forma unilateral las TI para las transacciones en Colombia, entre otras.

Respecto la autorización a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las SEDPES para poseer cualquier porcentaje de acciones en las EASPBV que, de acuerdo con la URF, es una medida que tiene la finalidad de dar espacio para la recomposición accionaria de las EASPBV que dé lugar a la mitigación de conflictos de interés que generen potenciales riesgos en materia de competencia, así como una medida que favorece la eficiencia en la infraestructura del sistema de pagos, en un contexto de crecientes sinergias entre las diferentes tecnologías -en tanto que se hace necesario el cambio de composición accionaria de las EASPBV con el fin de los dueños de su capital no sean participantes del SPBV dentro del mismo u otro eslabón de la cadena de valor de la industria de pagos, es decir, agentes que actúan dentro del mismo u otro mercado relevante conexo al de la EASPBV-; la SIC le pone de presente a la URF que dicha autorización también puede devenir en la creación de nuevos conflictos de interés, promoviendo la concentración accionaria del capital de las EASPBV en entidades financieras o participantes que actúen en el mismo o en otro mercado relevante conexo al de las EASPBV; lo que podría

197 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 4.

198 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 4.

199 Ministerio de Hacienda, URF (2020), *Decreto 1692 de 2020*, 4.

generar una potencialización de la existencia de dichos conflictos de interés, que supuestamente la norma pretendía reducir. Indica la SIC:

*"(...) como consecuencia de estos conflictos de interés, se podrían generar prácticas anticompetitivas como precios o condiciones contractuales diferenciadas para potenciales competidores o inclusive restricciones para el acceso al sistema que puedan constituirse en obstrucciones indebidas."*²⁰⁰

Es decir, esta autorización del Decreto, en vez de reducir conflictos de interés podría aumentarlos, generando potenciales conductas que atenten contra el régimen de la libre competencia, como discriminación de competidores y barreras de entrada para potenciales nuevos participantes. Ante lo anterior la SIC sugiere:

*"(...) revisar la opción de fijar un límite a la propiedad accionaria que los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización y las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos pueden tener en las EASPBV."*²⁰¹

Frente a estas críticas la URF indica:

*"Las medidas de gobierno corporativo, acceso y administración de conflictos de interés, adoptadas en el presente decreto, mitigan los posibles conflictos de interés que se presenten como consecuencia de la composición accionaria de las EASPBV. En consecuencia, no es necesario establecer límites a la propiedad accionaria de las EASPBV."*²⁰²

La respuesta de la URF es incoherente respecto de lo esgrimido por la propia entidad en su documento técnico en tanto que este hace referencia que, a pesar de todas las medidas que se puedan tomar para mitigar los conflictos de interés en lo relacionado con la prohibición de posibles conductas discriminatorias, de ventas atadas y de imposición de barreras de entrada a competidores potenciales, aún persisten las violaciones al régimen de la competencia, por ejemplo en jurisdicciones como Reino Unido:

"No obstante, un informe de 2016 del PSR señaló que, pese a estas medidas, la industria mantenía problemas de competencia, debido especialmente a la estructura de propiedad del principal proveedor de infraestructura de pagos y que operaba los sistemas de pago interbancarios, pagos de valor inmediatos y la red de cajeros.

*Para solucionar estos problemas, PSR propuso que los principales accionistas desinvirtieran su propiedad accionaria en dicho proveedor de infraestructura, para así eliminar fuentes de conflictos de interés."*²⁰³

Lo anterior hace pensar que, además de todas las medidas en términos de gobierno corporativo, acceso y administración de conflictos de interés, tomadas por el regulador; se hace necesario diversificar y recomponer la posesión de capital de las EASPBV que, tradicionalmente, han estado bajo el control de entidades financieras en Colombia²⁰⁴. Dado lo anterior era evidente que se hacía necesario que el mecanismo

200 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

201 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

202 SIC, *Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)*, 26.

203 URF, *Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor*, 6-7.

204 URF, *Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor*, 23: "(...) actualmente la estructura de capital de las

de autorización del Decreto contemplara, también, una contrapartida normativa que impidiera que esta habilitación se convierta en el foco de reconcentración de la posesión del capital de las EASPBV en agentes como entidades financieras, con directos intereses y conflictos de interés en otros eslabones de la cadena de valor -conflictos de interés que pueden generar incentivos para violar el régimen de la competencia con la finalidad de obtener ventajas en mercados relevantes conexos-, en contravía de la eficiencia del mercado de pagos de bajo valor y el bienestar de los consumidores finales, tanto ordenantes -poseedores de instrumentos de pago- como beneficiarios -comercios aceptantes-.

Dado lo anterior, desde el punto de vista de este escrito parece inadecuado y con potenciales consecuencias negativas -en términos de la libre competencia- que la URF no haya seguido la recomendación número 6 de la SIC, en tanto que la autorización otorgada a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y SEDPEs, en vez de llevar a una recomposición accionaria, puede conllevar a la toma de posesión por parte del capital de las EASPBV por parte de entidades financieras y, en general, de participantes en el mismo o en otro eslabón de la cadena de valor, es decir, participantes del SPBV que actúan en el mismo o en otros mercados relevantes conexos al que actúa la respectiva EASPBV. Como bien lo resaltaba la propia URF en jurisdicciones como Reino Unido se ha encontrado que, aún después de imponer toda una normatividad tendiente a mitigar los conflictos de interés y sus potenciales efectos anticompetitivos, las prácticas contra el régimen de la libre competencia se seguían cometiendo. Por lo anterior y, siguiendo la misma línea argumentativa de la URF, uno de los aspectos más importantes para lograr reducir el número de incidencias de prácticas restrictivas de la competencia, es lograr la recomposición accionaria de las EASPBV, de forma que la inversión en su capital se diversifique y no se concentre -aún más- en entidades financieras o en otros participantes del SPBV²⁰⁵.

El no acatar esta recomendación deja un problema abierto: que una norma que pretendía facilitar y apoyar la recomposición accionaria de las EASPBV (diversificación accionaria) no termine convertida en una puerta abierta para la reconcentración accionaria de estas entidades; lo que terminaría por agravar los problemas relacionados con la existencia de conflictos de interés entre los participantes que interactúan en el ecosistema de pagos de los SPBV en Colombia.

IV. CONCLUSIONES

El Decreto 1692 de 2020 incluye prescripciones importantes que tienen la finalidad de incentivar la innovación y aumentar la eficiencia dentro de la industria de pagos de bajo valor en Colombia, tales como la autorización a entidades no vigiladas por la SFC para prestar los servicios de adquirencia. Así mismo incluye disposiciones tendientes a mitigar los conflictos de interés que se dan en relación con las EASPBV, prohibiéndoles ejercer las actividades de adquirencia y emisión -además de la compensación y liquidación-; y autorizando a las entidades financieras, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización y Sociedades Especializadas en depósitos y Pagos Electrónicos para tener cualquier porcentaje de acciones en las EASPBV, con el fin de incentivar una recomposición accionaria de las mismas, que conlleve a la reducción de conflictos de interés por vía de diversificar la propiedad accionaria sobre su capital. Por otro lado, la norma tuvo la finalidad de definir de forma transparente cada uno de los participantes y cada una de las actividades que se lleva a cabo dentro de la cadena de valor de pagos de bajo valor, de forma que cada uno de estos aspectos fuera lo más claro posible para los participantes, consumidores finales, la sociedad y el Estado. Se debe resaltar, también, la regulación clara y precisa de las TI, tanto para el caso de instrumentos de pago franquiciados como de no franquiciados.

administradoras de sistemas de pago en Colombia ha estado concentrada en los establecimientos bancarios."

²⁰⁵ El propio documento técnico de la URF menciona que "*Típicamente la estructura de capital de los sistemas de pago ha estado concentrada en los establecimientos bancarios y entidades financieras tradicionales (...) las políticas de tarifas de dichos sistemas tradicionalmente han respondido a las necesidades particulares de estos agentes.*" URF, "Documento técnico Actualización normativa de los sistemas de pago de bajo valor", 5.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Pablo Márquez y Eduardo Gómez, "Abogacía de la Competencia y regulación de sistemas de pago: la experiencia de Colombia", *Investigaciones CeCo* (abril, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile