



TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS DE FONDOS: MERCADO RELEVANTE Y PODER DE MERCADO

Tomás Menchaca O.

Transacciones electrónicas de fondos: mercado relevante y poder de mercado

Septiembre 2022



Tomás Menchaca O.

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio de Menchaca y Cía.. Profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2010-2016).

I. INTRODUCCIÓN

1. Este trabajo¹ pretende analizar cómo una correcta -o incorrecta- definición del mercado relevante puede llevar a conclusiones totalmente opuestas en materia de libre competencia, tomando como ejemplo la Sentencia N°174/2020 del H Tribunal, que concluyó que el mercado relevante en el caso de las tarifas interbancarias que se cobran a los bancos por las transferencias electrónicas de fondos sería el de las cuentas corrientes, en el cual el demandado, Banco Estado, no tendría poder de mercado del que pudiera abusar, por lo que rechazó la demanda.
2. En efecto, el H. Tribunal, desechando tanto la definición de las demandantes² como de la demandada³, estimó que el mercado relevante del producto correspondería al de las cuentas bancarias (cuentas corrientes y cuentas vista, incluyendo Cuenta RUT), y que las transferencias electrónicas constituyen uno de los servicios que se adscriben a dichas cuentas. El fundamento para sostenerlo sería que las transferencias electrónicas serían servicios que se encuentran inherentemente ligados a las cuentas bancarias en cuanto permiten a los clientes tenedores de cuentas enviar y recibir dinero entre diferentes cuentas, ya sean propias o de terceros.
3. Dicha sentencia fue revocada por la Excma. Corte Suprema, quien definió, a mi juicio acertadamente, el mercado relevante, indicando que *“está constituido, en la especie, por los servicios de transferencias electrónicas de fondos en línea, que se efectúan mediante la interconexión en red de las distintas instituciones bancarias adscritas al sistema, sea que se practiquen desde o con destino a cuentas corrientes o cuentas vista, dentro del territorio nacional”*⁴.

1 Parte de este artículo se basa en el informe en derecho titulado “Análisis Sentencia N°174/2020 del TDLC”, elaborado por el autor en diciembre de 2020. Este informe fue presentado ante la Corte Suprema, en la causa rol 125433-2020 (caratulada “Itaú Corpbanca / Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”), por los apoderados de la parte Banco BICE

2 Los demandantes señalaron como mercado relevante los servicios de recepción de transferencias electrónicas bancarias, dentro del territorio nacional. En este marco, plantearon que en este mercado existiría una situación de interdependencia en que el banco emisor estaría obligado a pagar la tarifa interbancaria cobrada por el banco del cliente receptor, no existiendo ningún sustituto cercano. Scotiabank y BBVA además plantearon como mercado relevante conexo al anterior, el mercado de las cuentas vistas, donde además se circunscribiría el mercado de la Cuenta RUT.

3 Por su parte, Banco Estado señaló que el mercado relevante era el de “las transferencias electrónicas de fondos, las que comprenden distintas operaciones que originen cargos de dinero en cuentas bancarias, esto es, el envío, recepción, la liquidación en efectivo, etc.” y, a diferencia de las demandantes, agregó que sí existiría sustituibilidad entre los diversos medios de pago. Así, por ejemplo, indica que la transferencia electrónica ha sustituido a los cheques. Y, en respuesta al mercado conexo indicado por Scotiabank y BBVA, indicó que la Cuenta RUT es un producto financiero susceptible de ser imitado y desarrollado por cualquier otra empresa bancaria.

4 E. Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de abril de 2022, recaída en autos Rol N°125.433-2020, Considerando 24°.

II. MERCADO RELEVANTE

4. Como todos sabemos, para determinar la existencia de una conducta de abuso de posición dominante, es necesario en primer lugar determinar el mercado relevante para, luego de ello, analizar si el acusado tiene poder de mercado en el mismo y si es capaz de abusar o no de tal poder para, finalmente, analizar si cometió la infracción imputada. Por eso la delimitación del mercado relevante es un paso previo en el análisis de las conductas anticompetitivas, pues sin ello no se pueden definir distintas variables de interés tales como: quiénes son los competidores, cuál es el grado de concentración y la intensidad de competencia, entre otros. Un error en la definición del mercado relevante llevará a errar también en las siguientes etapas de análisis.
5. En ese sentido, Hovenkamp define al mercado relevante como: *"el grupo de ventas más pequeño para el cual la elasticidad de la demanda y la oferta sean lo suficientemente bajas como para que un 'monopolista hipotético' con el 100% de ese grupo pueda reducir la producción de manera rentable y aumentar los precios sustancialmente por sobre el costo marginal"*⁵. Por ello, el concepto de mercado relevante tiene implícita la idea de que resulta necesario incluir todos aquellos productos que se necesita controlar para poder elevar el precio de manera rentable. Es decir, se deben incluir todos aquellos productos que sean sustitutos lo suficientemente próximos como para afirmar que compiten directamente entre sí.
6. Parece bastante evidente que para definir un mercado relevante hay que determinar en primer lugar quiénes son los oferentes y los demandantes, así como el proceso de formación de precios en el mismo.
7. En ese sentido, Posner indica que antes que todo se debe identificar al grupo de compradores y al grupo de vendedores actual o potencial que sirve al mercado que se está analizando⁶. En efecto, un mercado por definición es el lugar donde se compran y venden bienes y servicios, y el proceso de formación de precios en él está determinado por sus oferentes y demandantes, por lo que, también por definición, no se puede considerar que pertenecen a un mismo mercado relevante bienes o servicios que se transan en mercados que tienen oferentes y demandantes distintos.
8. Sostener lo contrario equivaldría a suponer que no existe un mercado de los neumáticos porque los neumáticos forman parte de los automóviles; que no existe un mercado de la leche cruda porque ésta se incorpora en los productos finales que se elaboran con ella; que, en general no existe ningún mercado de insumos porque todos se incorporan en los productos finales que con ellos se elaboran. La prueba más sencilla de que son mercados distintos es que sus oferentes y demandantes son diferentes. Los productores de neumáticos los venden a los productores de automóviles, conformándose así un mercado de neumáticos totalmente diferente al de los automóviles, porque tienen oferentes y demandantes distintos.
9. El hecho de que los mercados de insumos sean mercados relacionados con el de los productos finales en que se incorporan tales insumos, no permite en modo alguno considerar que este último es el mercado relevante que debe considerarse en sede de libre competencia si queremos juzgar la conducta de oferentes⁷ en el primero, pues en dicha sede lo que se debe analizar es la capacidad de un actor para

5 Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust* (West Academic, 2017), sec. 5.2; Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, página 65. Traducción libre.

6 Richard Posner, *Antitrust Law* (The University of Chicago Law Review). Pág. 149.

7 O demandantes si lo que se está analizando es un abuso de tipo monopsónico, o un abuso de poder de compra.

influir en el precio de mercado del bien -su poder de mercado-, y el oferente con posición dominante en el mismo (o poder de mercado suficiente para poder abusar) solo puede tener -o no tener- poder de mercado respecto de quien compra los bienes o servicios que él ofrece.

10. Sólo una vez identificados los compradores y oferentes se puede aplicar el test del monopolista hipotético (SSNIP)⁸, que consiste en preguntarse qué sucede si un monopolista decide aumentar el precio del bien que vende en un monto pequeño pero significativo (5% o 10%) por un período prolongando de tiempo. Si se ve reducido sus ingresos, significa que el consumidor sustituyó ese bien por el sustituto más cercano y, en consecuencia, debería incorporarse dicho sustituto a la definición de mercado relevante.
11. Sin embargo, la prueba del SSNIP no es infalible. En general funciona bien, pero puede presentar problemas en algunos casos de abuso de posición dominante. Por ejemplo, la “falacia del celofán”, que consiste en que un monopolista podría haber fijado precios tan altos que un aumento de éstos no sería rentable, porque los consumidores reemplazarían el producto por un sustituto inferior. De este modo, la prueba del SSNIP podría indicar que es necesario agregar sustitutos que en un ambiente competitivo no lo serían, ampliando la definición de mercado relevante y conduciendo a pequeñas cuotas de mercado, concluyendo erróneamente que hay ausencia de dominancia por parte de la empresa objeto de la investigación.
12. El nombre de la falacia viene del caso Du Pont en que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que, al existir una alta elasticidad cruzada entre el celofán y otros materiales de embalaje flexible, terminó considerándolos todos parte de un mismo mercado. Sin embargo, el fallo fue bastante criticado porque la existencia de una alta elasticidad de sustitución cruzada era indicativo del alto poder de mercado que tenía Du Pont.
13. Sin embargo, en el caso de las transferencias electrónicas parece evidente que no se podría dar la denominada “falacia del celofán”, dado que no existe sustitución alguna ni actual ni potencial al acceso a la red del banco receptor de una transferencia electrónica para terminar la misma.

III. MERCADO RELEVANTE EN LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS

14. Parece bastante claro que el caso en estudio sobre las transferencias electrónicas de fondos se trata de un servicio que se prestan recíprocamente los bancos entre sí, en que los bancos son tanto oferentes como demandantes. También es un hecho absolutamente pacífico que el precio -la comisión cobrada por cada banco- es pagado al banco que recibe la transferencia electrónica por el banco del cual se origina la comunicación vía internet.
15. Considerando lo anterior, podemos sostener que es un error señalar que el mercado relevante sea el de las cuentas corrientes bancarias y el de las cuentas vista. Aquí no se trata de un mercado en que el oferente, frente a sus clientes, sean los bancos y los demandantes los cuentacorrentistas, sino de **un mercado en que oferentes y demandantes son los bancos, que deben pagar por las transferencias electrónicas que efectúan sus clientes a los bancos receptores de las mismas.**

⁸ Por su nombre en inglés *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*.

16. Por ello, parece claro al suscrito que estamos en presencia de un mercado relacionado con el **otorgamiento de servicios de red para la terminación de la transferencia en la red** del banco receptor de la misma, perfectamente asimilable a los servicios de terminación de las comunicaciones que se cobran las compañías telefónicas entre sí por la terminación de las llamadas, que es la denominada *tarifa de interconexión* o cargo de acceso y que, por expresa disposición legal, debe necesariamente ser regulada, precisamente porque todas las compañías gozan de posición monopólica respecto de la terminación de las llamadas en su red.
17. En efecto, la ley estableció que el cargo de acceso debía ser regulado para todas las compañías de telecomunicaciones porque, exactamente igual que en el caso bajo análisis, cada compañía actúa como monopolista en la recepción de las llamadas, dado que la compañía de telecomunicaciones en que se origina la llamada no tiene ninguna posibilidad de evitar que su cliente efectúe una llamada a la compañía receptora de la misma. Por ello, al no haber alternativa alguna de sustitución, a ningún precio, la compañía receptora de la llamada podría, si no estuviera regulada, cobrar prácticamente lo que quisiera por ese acceso a su red⁹. Precisamente por ello, esa tarifa será siempre regulada, según lo dispuesto en el art. 29 de la Ley General de Telecomunicaciones.
18. La situación es muy parecida en el caso bajo análisis: se trata de la tarifa que cobra una empresa (el banco receptor de la transferencia), por el acceso a su red para la terminación de la transacción en la red de telecomunicaciones de dicho banco. El poder de mercado de ese banco es igual que el de la compañía de telecomunicaciones en el caso antes señalado, porque el cobro es por exactamente el mismo servicio, esto es, la interconexión a la red de telecomunicaciones del receptor de la transacción (o de la llamada en el caso de telecomunicaciones).
19. Por ello, el carácter de monopolista con poder de mercado casi total existe tanto en el mercado bancario para la terminación de las transferencias electrónicas, como en el de las telecomunicaciones dado que, a diferencia de otros monopolios, el cliente del monopolista no puede sustituir la compra o derechamente dejar de hacerla si los precios son muy altos, pues no es él quien decide efectuarla. Quien toma esa decisión es el cuentacorrentista que efectúa la transferencia electrónica. En el mercado de las telecomunicaciones el cargo de interconexión a la red del receptor de la llamada se encuentra regulado para evitar los abusos que sin duda se darían si no lo estuviera.
20. La única limitante al abuso de posición dominante en ambos casos -que son totalmente comparables, sino idénticos- es la característica de que las comunicaciones (transferencias en el caso bancario) son bidireccionales. Esto es, que todas las compañías deben cobrar por el acceso a su red que realizan los otros bancos y a su vez, pagar por el acceso a la red de sus competidores.
21. Si bien parecería que ello haría disminuir los riesgos de abuso del poder de mercado de la empresa receptora, lo cierto es que los aumenta enormemente en el caso de la empresa con mayor tráfico de llamadas en un caso, o de transferencias electrónicas en el otro, pues si la empresa más pequeña sube los precios, terminará perdiendo más de lo que gana, pues lo que deberá pagar al precio más alto será muy

9 Si bien todo monopolista tiene como límite al precio que puede fijar aquel denominado como "precio monopólico", consistente en el precio que es igual al costo marginal, este precio monopólico será más alto mientras más inelástica sea la demanda por el bien en cuestión. Si bien la medición de tal elasticidad es algo que excede este trabajo, estimo que el hecho que no sea el consumidor (quien efectúa la llamada) quien efectúa el pago, sino la compañía de telecomunicaciones, ello hace que un mayor precio no influya prácticamente nada en la decisión de consumo, lo que permite suponer que la demanda por llamadas a una determinada compañía será muy inelástica ante cambios en el precio de la misma. Exactamente lo mismo ocurre en el caso de las transferencias electrónicas, en que quien paga la comisión es el banco, y quien decide efectuar la transferencia es el cliente del banco.

superior a lo que cobrará por ello. Si, por el contrario, quien lo hace es la empresa que tiene un flujo de transacciones neto positivo (más terminaciones de comunicaciones de entrada que de salida), le será muy conveniente subir los precios todo lo que le sea posible, pues podrá obtener rentas monopólicas por ello.

22. Por ello, existen las mismas razones para regular el cargo de interconexión a la red de telecomunicaciones para la terminación de una llamada, que para regular el cargo de interconexión a la red del banco en que se va a producir la terminación de una transferencia electrónica de fondos. En ambos casos se trata de un monopolio sin ninguna posibilidad de sustitución.
23. Sin embargo, dado que el mercado de las telecomunicaciones se encuentra regulado, no parece complicado establecer una regulación del cargo de acceso o interconexión. Por el contrario, el mercado bancario no está regulado y, en general, opera en condiciones de competencia en los servicios que presta a sus clientes. Por ello, la solución que se planteó para resolver el problema de la falta de regulación de las tarifas de interconexión para las transferencias electrónicas fue que éstas se fijaran por una sociedad de apoyo al giro bancario, con los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación que deben exigirse a los precios fijados en el caso de un monopolio, como es claramente el caso de las tarifas interbancarias que se cobran mutuamente los bancos por la terminación de las transferencias en su red.
24. Ello funcionó así hasta que, en el año 2002, los bancos decidieron fijar entre sí y de forma bilateral las tarifas interbancarias, quedando únicamente como tarifas “por defecto” aquellas estipuladas en los Contratos de Partícipe, si es que éstas no eran modificadas¹⁰; por lo que la facultad de modificar los precios quedó dependiendo de la capacidad de negociación de cada parte, la que, como se verá, es muy baja en el caso de los bancos más pequeños.
25. Tras lo anterior, en los hechos por más de 20 años Banco Estado no bajó dichas tarifas a pesar de que los costos unitarios por transacción han bajado enormemente desde que se ha universalizado el uso de las transferencias electrónicas de fondos. De hecho, es pacífico que en los mercados de plataformas los costos marginales son cercanos a cero, por lo que el precio cobrado a los usuarios de una red -cuyo costo para servir a pocos o muchos clientes es prácticamente el mismo- debiera disminuir enormemente si aumenta el número de usuarios de la misma.

10 Acta Décimo Novena Sesión del Comité de Normas del “Centro de Compensación Automatizado S.A.” del 30 de mayo de 2002: “1.- Cambio de funciones del Comité de Normas.- 1.1 El Comité de Normas deja a partir de esta fecha de participar en la definición de tarifas interbancarias. 1.2 Los Banco fijarán libremente y en forma bilateral las tarifas de corresponsalía (interbancarias) hacia sus propias cuentas. 1.3 Las actuales tarifas se mantendrán como tarifas “Default” o continuidad comercial, amparadas por el actual Contrato de Partícipes y se modificarán en forma bilateral formalizadas a través de convenios bilaterales entre los Banco Partícipes. 1.4 Los Bancos Partícipes podrán ofrecer a otros Bancos Partícipes servicios de corresponsalía pagando ambos las tarifas operacionales del CCA, según se reglamento” (a fojas 69 Cuaderno de Documentos Públicos Banco BICE).

Criterio utilizado por el H. Tribunal en la Sentencia N°174

26. En la Sentencia N°174, el H. Tribunal, al realizar el análisis de mercado relevante, llegó a la convicción de que las transferencias electrónicas pertenecen al mismo mercado relevante que el de las cuentas bancarias, debido a que dicho último servicio está **intrínsecamente unido** a la existencia de cuentas corrientes y cuentas a la vista que tiene cada banco. Si bien esto último es efectivo, a nuestro juicio ello no permite llegar a la definición de mercado relevante del H. Tribunal¹¹.
27. Para fundamentar su decisión se basó en cinco argumentos: (i) La SBIF define las transferencias electrónicas como todas aquellas *“operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas”*¹²; (ii) en las demandas se indica que *“la posibilidad de hacer transferencias se considera como algo inherente a la cuenta bancaria y no como un servicio adicional”*¹³; (iii) algunas demandantes señalaron que al ser las transferencias electrónicas inherentes al servicio de cuentas bancarias, termina afectando este último mercado; (iv) que el informe económico acompañado por Banco BICE señala que *“los bancos no tienen opción al respecto, tienen que ofrecer este servicio”*, refiriéndose al servicio de TEF¹⁴; y, (v) los representantes de Banco Security y Banco BICE señalaron que las transferencias electrónicas no se pueden separar de las cuentas corrientes y cuentas vista.
28. Llama la atención el hecho de que el H. Tribunal haya definido el mercado relevante en base a un criterio intrínseco, elemento que es totalmente ajeno a la doctrina y jurisprudencia clásica, y que, además, presenta graves falencias que se estudiarán en esta sección. Tal vez lo que intentó aplicar el H. Tribunal fue la doctrina de los **posmercados**, aunque sin cumplir los requisitos necesarios para ello.
29. El análisis de los posmercados surge como respuesta al problema para definir los mercados cuando existen productos primarios y secundarios. Por ejemplo, puede existir un repuesto (producto secundario) que está diseñado solamente para un producto específico (mercado primario). Por ello, si se define el mercado relevante como el del repuesto para un producto específico, podría dar lugar a una posición dominante del fabricante del repuesto, incluso, si este tiene una posición débil en el mercado primario.
30. El caso más famoso sobre posmercados es el de *Kodak*, en que se estaba investigando la práctica de esa compañía de atar las ventas de refacciones para sus fotocopiadores con los servicios de asistencia técnica. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos (en una decisión mayoritaria) definió el mercado de manera limitada como el mercado secundario de refacciones y servicios de fotocopiadores de Kodak. Usando esta definición, se encontró que Kodak tenía casi el 100% del mercado de reparaciones

11 Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, consideración Centésimo Décimo Tercero: *“Que las consideraciones antes expuestas dan cuenta de que las cuentas bancarias -ya sea cuenta corriente o cuenta vista- pertenecen al mismo mercado relevante en cuanto instrumentos que permiten captar dinero y, a su vez, demuestran que este no se puede circunscribir a las transferencias electrónicas de fondos entre bancos, ni menos al de recepción de transferencias electrónicas, como argumentan las demandantes, toda vez que dicho servicio está intrínsecamente unido a la existencia de las cuentas corrientes y cuentas a la vista que tiene cada banco. Por ello, el mercado relevante del producto corresponde a las cuentas bancarias, esto es, cuentas corrientes y cuentas vista, y las transferencias electrónicas constituyen uno de los servicios que se adscriben a dichas cuentas;”*.

12 Recopilación Actualizada de Normas, Capítulo 1-7, Hoja 1, Transferencia electrónica de información y fondos, pág. 1. Disponible en: https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28893_doc_pdf.pdf https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28893_doc_pdf.pdf Última vista: 15/09/2022.

13 Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, consideración Centésimo Décimo Tercero, en la que se hace referencia a demanda Security, fojas 108 y 109; en igual sentido, Demanda Bice, fojas 15 y 16, y Demanda Banco Internacional, fojas 205 y 206.

14 Demanda Banco BICE contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N°174/2020, consideración Centésimo Décimo Tercero, en la que se cita informe de Claudio Sapelli.

de fotocopiadores de Kodak y de 80 a 90% del mercado de servicios y asistencia para las fotocopiadores de Kodak. Esto llevó a su vez a la conclusión de que tenía poder de mercado, a pesar de que Kodak tenía cuotas de mercado que oscilaban entre 2 y 23% en los mercados primarios¹⁵.

31. En el caso bajo análisis puede que el H. Tribunal haya pensado que si definía el mercado relevante únicamente como el de transferencias electrónicas se habría generado el mismo problema de Kodak, por lo que optó por definir el mercado de manera más amplia, llegando a la conclusión de que, como en el mercado primario no existía posición dominante por parte del Banco Estado, entonces no podría existir abuso en el mercado de transferencias electrónicas. Sin embargo, estimo que dicho análisis es incorrecto por las siguientes consideraciones:
- i. En primer lugar, hay que determinar cuáles son los oferentes y consumidores de los mercados a analizar por lo que, para poder aplicar la teoría de los posmercados es necesario que los consumidores y oferentes, tanto del mercado primario como del secundario, sean los mismos. Por ejemplo, en el caso de Kodak, los consumidores del mercado primario eran los que compraban las cámaras y los consumidores del mercado secundario de refacciones eran los mismos dueños que habían comprado las cámaras a Kodak; quien, a su vez, era el oferente tanto del mercado primario (venta de cámaras) como del mercado secundario (repuestos y servicio técnico). En el caso bajo análisis los oferentes y demandantes de uno y otro mercado son distintos. En el de las cuentas bancarias, tenemos como oferentes a los bancos y como consumidores a los cuentacorrentistas y, en el de las tarifas interbancarias, oferentes o demandantes son los bancos, que se prestan recíprocamente el servicio.
 - ii. Lo que interesa del mercado relevante es saber hasta qué grado un producto ejerce una presión competitiva sobre el otro y, en ese sentido, el criterio intrínseco no ofrece ninguna información al respecto. Pongamos de ejemplo el caso de los neumáticos de automóviles. Estos son indispensables para la producción de autos y, por lo tanto, siguiendo el criterio bajo análisis, la venta de neumáticos debería ser parte del mismo mercado relevante que el de los automóviles. Sin embargo, estimo que no son parte del mismo mercado relevante, a pesar de que uno es intrínseco del otro, debido a que enfrentan presiones competitivas distintas;
 - iii. En este caso el criterio intrínseco nos lleva a un resultado contrario al del test SSNIP. Supongamos que existe un monopolista hipotético que es el único vendedor de transferencias bancarias ¿Sería rentable para este monopolista hipotético aumentar el precio de la recepción de las transferencias por encima del nivel actual de una manera no transitoria? En este caso, si aumenta el precio en 10% la cantidad demandada seguirá siendo la misma, es decir, el cambio total será 0 y la elasticidad de la demanda respecto de su propio precio sería completamente inelástica. Esto se debe a que la cantidad de transacciones a realizar es una variable exógena para el banco. Lo anterior significaría que las transferencias bancarias no enfrentan limitaciones significativas de competencia de otros productos o, en otras palabras, que no hay otros productos que sustituyan lo suficiente a las transferencias bancarias de manera que el monopolista hipotético pudiera perder mucha demanda cuando aumentara el precio de transferencias bancarias. En consecuencia, según el test SSNIP las transferencias bancarias se deben considerar un mercado separado;
 - iv. Si existe un mercado que es competitivo los precios se deberían fijar libremente entre los agentes de mercado en el punto en que la oferta se intersecta con la demanda. Por el contrario, si un mercado presenta imperfecciones de gran magnitud, el legislador buscará regular las tarifas

¹⁵ Massimo Motta, Política de Competencia, Teoría y Práctica, Fondo de Cultura Económica (2018). Pág. 148.

a cobrar para buscar un equilibrio óptimo socialmente, como es el caso de los monopolios naturales. Por ello, estimo contradictorio que el H. Tribunal indicara que Banco Estado no tiene posición dominante, pero que diga al mismo tiempo que, dadas las características de las transferencias electrónicas se justificaría que un tercero fije dicha tarifa. Si no hay posición dominante de ningún agente ¿Por qué debería ingresar un tercero a determinar las tarifas?¹⁶

- v. Por último, las transferencias bancarias presentan las características de una **economía de red**, y, por lo tanto, deben analizarse bajo dicha perspectiva y no la de un posmercado, y eso es precisamente lo que se hará a continuación.

IV. INTEROPERABILIDAD EN LAS TRANSFERENCIAS BANCARIAS

32. Una de las características propias de los mercados de plataformas que utilizan redes de telecomunicaciones, entre los que se encuentra el de las transferencias electrónicas bancarias, es la interdependencia o interoperabilidad, que permite el desarrollo óptimo del mercado al permitir que las plataformas y las aplicaciones producidas por distintos desarrolladores puedan conectarse entre sí.¹⁷
33. En los mercados en que existen redes, la interconexión resulta necesaria para poder desarrollarlas y aprovechar al máximo los beneficios de ésta. Precisamente por ello, en el sector de las telecomunicaciones la Ley N°18.168 (Ley General de Telecomunicaciones), en su artículo 3° letra B), establece la obligación de que las distintas redes deben interconectarse entre sí y establece asimismo la obligación de regular las tarifas de interconexión.
34. Por lo mismo, el H. Tribunal dictó la Instrucción de Carácter General N°2 para regular las tarifas denominadas *on-net* y *off-net*, indicando que las compañías debían competir por precio o por calidad de servicio y no por la posibilidad de acceso a otros suscriptores, destacando que, de lo contrario, las compañías más grandes tendrían ventajas que imposibilitarían la competencia¹⁸. Es precisamente eso lo que ocurre en este caso, debido a que si un Banco grande decide no negociar tendrá todas las ventajas para imposibilitar llegar a un acuerdo razonable con otros Bancos y podrá imponer, dada su posición monopólica, las condiciones de la transacción.
35. Como se dijo antes, tal como ocurre en el mercado de las telecomunicaciones, en el mercado de las transferencias electrónicas bancarias existe interdependencia entre los Bancos, en que cada uno de ellos cuenta con su propia red, por lo que es necesario interconectarse con el resto del sistema para poder satisfacer las necesidades del usuario final.

16 Demanda de Banco BICE y otros contra Banco Estado, C-323-2017, Sentencia TDLC N° 174-2020 Consideración Sexagésimo Sexto: “Que por lo anterior resulta difícil que la totalidad de los bancos logren auto regularse de modo de determinar de manera conjunta la tarifa a cobrar entre sí. Por esta razón, en este caso en particular, se justificaría que un tercero fije dicha tarifa tomando en consideración los incentivos de todos los actores involucrados, regulación que excede el alcance de este procedimiento;”

17 Vanessa Facuse y Ana María Montoya, *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica*, Thomson Reuters, p.134. Luciana Macedo, *Economía Digital y Competencia*, Pág. 288.

18 H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Instrucción de Carácter General N°2. Considerando Segundo: “Que lo señalado en tales normas no es casualidad, toda vez que las compañías deben competir por precio y por calidad de servicio y no por la posibilidad de acceso a otros suscriptores. Tratándose de un servicio público, para cada suscriptor debe estar asegurada la posibilidad de conectarse con los suscriptores de todas las compañías, y la condicionalidad de esa posibilidad no debe ser una herramienta de competencia. Si así fuese, las compañías más grandes tendrían ventajas de tal magnitud que se imposibilitaría la competencia; en el extremo, la compañía más grande podría negar la interconexión a otras y ninguna otra empresa podría entrar al mercado;”

36. Si bien en el mercado de las transferencias electrónicas no existe una disposición legal equivalente a la Ley General de Telecomunicaciones, que obligue a tarificar la interconexión, la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF¹⁹ dispone que el modelo de negocios bancario obliga a que éste se desarrolle por medio de la interconexión. Si un banco tomara la decisión de no interconectarse con otro banco, simplemente los clientes no contratarían con ese banco, porque la calidad de servicio sería muy inferior en comparación a lo ofrecido por otros bancos que pueden prestar el servicio de transferencias a todo el resto de los bancos del sistema. Por lo tanto, la interconexión entre las redes de los distintos bancos hoy es de la esencia de la industria bancaria.
37. De este modo, **todos los bancos tienen el monopolio de acceso a su red**. Efectivamente, los bancos pueden cobrar lo que deseen a otro banco que tenga la intención de conectarse a su red, porque la decisión de transferir no proviene del banco emisor, sino del cliente de dicho banco. De este modo, independiente del valor que cobre el banco receptor, el primero debe pagar para satisfacer la orden de su cliente, y si decide no interconectarse con ese banco simplemente tendría que salir del negocio bancario, o disminuir muy sustancialmente la calidad de sus servicios. Además, y lo que lo hace aún más grave, a los clientes del banco no se les cobra por este servicio, por lo que quien asume el costo es el banco emisor, afectando a los bancos más pequeños que deben enfrentar costos más altos por la diferenciación de tarifas existentes, lo que evidentemente afecta negativamente la competencia en el mercado bancario.

V. POSICIÓN DOMINANTE DE BANCO ESTADO

38. Se entiende por **poder de mercado la capacidad de un agente económico de influir decisivamente en el precio de un bien o servicio, u otra variable relevante de competencia, generándole una renta sobre normal**. Tal concepto de poder mercado es consistente con lo señalado en las sentencias 26/2005²⁰, 85/2009²¹, y 112/2011²² del H. TDLC, entre otras.

19 RAN, Capítulo 1-7, 4.1. "Con el objeto de proveer mayor seguridad y un mejor servicio a sus clientes, los bancos deberán disponer que las transferencias que se realicen a través de canales electrónicos se cumplan de forma inmediata, en la medida que exista la correspondiente provisión de fondos. Así, los respectivos cargos y abonos o puesta a disposición de los respectivos beneficiarios del importe de **estas transferencias deben efectuarse simultáneamente y de inmediato**, en el mismo día en que se ordena y curse la transferencia. **Esta simultaneidad debe cumplirse tanto en aquellas transferencias que se realicen entre cuentas dentro del mismo banco**, como en aquellas en que el abono en cuenta o pago al respectivo beneficiario deba efectuarse en otro banco" (Lo destacado es mío). https://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/articles-28893_doc_pdf.pdf [Última visita: 17 de diciembre de 2020].

20 Denuncia de Philip Morris, en contra de Chiletabacos, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26-2005 Consideración Trigésimo Segunda: "Que, como ha podido apreciarse en los considerandos anteriores, CCT ha incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un poder de mercado, y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia".

21 Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., C-11-04, Sentencia TDLC N° 85-2009 Consideración Centésimo Trigésimo Sexta: "Que, tal como ya se ha establecido en las consideraciones octogésimo octava y octogésimo novena, precedentes, este Tribunal concuerda con la demandante y con la FNE en el sentido que, en las áreas fuera de su área de concesión, pero cercanas a ella, la empresa sanitaria titular de dicha concesión tiene un importante poder de mercado, en tanto disponga de economías de escala relevantes, razón por la cual su actuar no se ve disciplinado por la competencia, lo que conlleva un riesgo de potenciales abusos monopólicos respecto de las empresas constructoras".

22 FNE contra Corporación de Radio Valparaíso y otros, C-194-2009, Sentencia TDLC N° 112-2012 Consideración Sexagésimo Novena: "Que lo anterior también permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder– suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado".

39. Para el derecho de la libre competencia el poder de mercado de una empresa debe ser tal que le permita cometer los abusos que se le imputan. En ese sentido, lo que caracteriza al poder de mercado de una empresa en un mercado determinado es la capacidad de actuar con independencia de sus competidores, clientes o consumidores.
40. Habiendo definido el mercado relevante como el de terminación de las transferencias electrónicas en la red del banco receptor de la misma, que es el oferente en dicho mercado, y siendo el banco en que se origina la transferencia electrónica el demandante del servicio y quien debe pagar por él, parece claro, como se ha dicho, que el banco receptor de la transferencia goza de posición monopólica, por cuanto podría subir el precio no solo un 10% por un periodo de un año, sino mucho más y permanentemente, sin perder ni un solo cliente; ni una sola venta por ello.
41. Por ello, en el caso *sub lite*, considero que (i) todos los bancos tienen una posición monopólica respecto del cobro de la tarifa de interconexión a su red; (ii) si no se les impide abusar de su posición dominante, los bancos probablemente recurrirán a la teoría de juegos e interacción estratégica para determinar cuánto van a cobrar a cada banco por el acceso a su red; es decir, la tarifa que fijarán quedará determinada por la cantidad de veces que se efectúen transacciones hacia el banco destinatario.
42. Así, para Banco Estado, en su condición de receptor neto positivo de transferencias, le es rentable cobrar una tarifa más alta a bancos más pequeños -con menor número de transacciones-, porque la cantidad de transferencias interbancarias destinadas a los clientes de dichos bancos será menor, por lo que deberá incurrir en este pago una menor cantidad de veces que el número de veces que cobra a dicho banco por tal servicio. En cambio, le es menos rentable cobrar una tarifa muy alta a los bancos grandes, en tanto a esa misma tarifa se sujetará cada vez que sus clientes emitan una orden de transferencia bancaria a uno de esos bancos.
43. Lo cierto es que, además de que los oferentes y demandantes del servicio (las instituciones bancarias) son interdependientes de este servicio entre sí, es difícil -sino imposible- disciplinar el poder de mercado que tiene la institución receptora sobre sus propios precios, y donde los bancos con menos clientes tienen una menor capacidad de negociación frente a aquellos que tienen una mayor cartera de clientes en el mercado de las transferencias electrónicas de fondos y que son receptores netos de transferencias, como es el caso de Banco Estado.
44. Así entonces, en un mercado como éste, se dan las condiciones para que una empresa que tiene redes más grandes y es, por ende, receptor neto positivo de transferencias, pueda abusar imponiendo condiciones que se alejan a las de un mercado competitivo, generando con ello daño a otros actores del mercado.
45. Por ello, existiendo una clara posición dominante (monopólica) del Banco Estado en el mercado relevante definido como se ha indicado más arriba, queda pendiente analizar si los precios que cobraba por las terminaciones en sus redes de las transferencias electrónicas de fondos son contrarios a la libre competencia por ser arbitrariamente discriminatorios, como estableció la Excma. Corte Suprema.

VI. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

46. Como una primera aproximación, podemos afirmar que la discriminación de precios se analiza bajo la regla de la razón y, para que se produzca la infracción, se requiere del abuso de la posición dominante del que comete la infracción y que la causa que genera la diferencia de los precios o su cuantía debe ser injustificada o arbitraria, de manera de afectar la libre competencia.
47. Al respecto, para que la discriminación de precios sea sancionada en sede de libre competencia debe ser abusiva, es decir, arbitraria, carente de una justificación económica razonable, contraria a la libre competencia²³ y ejercida por quien detenta poder de mercado. Así lo ha fallado la jurisprudencia del H. Tribunal²⁴.
48. En particular, en el mercado de transferencias electrónicas existe el riesgo de “discriminación de tercer grado” caracterizada por ser muy costoso o casi imposible para un consumidor cambiarse de categoría. Puesto que, como se señaló, los demandantes son los bancos, y no pueden prescindir de efectuar transacciones con un banco, dado que ello significaría excluirlos del mercado. Así, para el caso particular de las tarifas interbancarias cobradas por Banco Estado, este aplicaría a los demandantes tarifas discriminatorias de tercer grado para las batch de crédito y TEF, clasificando a los demandantes del servicio en pequeños, medianos y grandes bancos.
49. Ahora bien, una diferenciación de tarifas podría tener justificación si existen diferencias de costos para prestar el servicio a unos bancos respecto de otros, o si al cobrar distinto se expande la red atrayendo más clientes. Sin embargo, en un mercado como éste no se producen diferencias relevantes de costos por la terminación de la transferencia de un banco grande o de uno pequeño y tampoco se produce ningún efecto de externalidades positivas de red, debido a que una baja en el precio no genera que la red se expanda.
50. Respecto a los costos de prestación del servicio, el H. TDLC señala que el Banco Estado es quien cuenta con la mayor cantidad de infraestructura física para liquidación de efectivo, pero que, no obstante, la infraestructura física que aporta cada banco no necesariamente beneficia a los clientes del resto de los bancos, sino prioritariamente a sus propios clientes. Tal inversión tampoco justificaría los costos diferenciados de prestar el servicio, no sólo porque no contribuye a los clientes de aquel banco distinto del que haya realizado la inversión, sino también porque la infraestructura para la liquidación de pagos está destinada también a atender otros servicios diferentes al del mercado relevante objeto de análisis, tales como: la liquidación en efectivo de pagos de cheques por caja, de vales a la vista, u otros.

23 “En este sentido, Domingo Valdés, *“La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico”*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1992, Pág. 105.: *“Así, la discriminación de precios no consiste en precios o tratos diferentes, sino en precios o tratos diversos a quienes debía dárselos los mismos o bien en precios o tratos iguales a quienes eran debidos precios o tragos desiguales”*.

24 Demanda de Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda. contra Petróleos Transandinos, C- 185-2009, Sentencia TDLC N° 107/2010. La diferencia del precio al que la demandada vendía combustible para su distribución minorista mediante EDS y camiones peddlers, encuentra una explicación razonable en la diferencia de costos que implicaba para esta compañía una y otra modalidad de distribución minorista. También ha sido sancionada la conducta o se ha hecho referencia a la materia en las sentencias N°26/2005, 96/2008, 85/2009, 88/2009, 90/2009, 116/2016 y 156/2016 del TDLC.

51. En relación a los efectos de red, el H. Tribunal determinó que las transferencias electrónicas son un sistema con externalidades directas de red positivas, por cuanto permiten conectar cuentas de distintos bancos, sin ser necesario pertenecer o tener cuenta en el mismo banco del destinatario de una transferencia electrónica para poder transferirle dinero. Debido a lo anterior, justificó la diferencia de precios, ya que, a su parecer, los bancos pequeños ofrecen una red de clientes menos atractiva que los bancos grandes y, por lo tanto, dentro de la negociación se les debe cobrar más caro.
52. Sin embargo, en un mercado **como éste no se produce ningún efecto de externalidades positivas de red**. El cobrar precios diferenciados, uno más bajo para aquellos que tienen más clientes y otro más alto para aquellos bancos que tienen menos clientes, no genera que la red se expanda. En otras palabras, la discriminación no produce que más clientes o más bancos se integren a la red, lo que demuestra la inexistencia de este tipo de efectos. Por el contrario, una política de precios diferenciados lo único que genera es perjudicar a los bancos más pequeños que deben enfrentar costos más altos debido a que se les impone una tarifa muy superior al costo marginal, afectándose con ello la competencia en el mercado bancario y las posibilidades de entrada al mismo.

VII. CONCLUSIONES

53. Es bastante evidente que para definir un mercado relevante del producto hay que determinar en primer lugar quiénes son sus oferentes y demandantes, así como el proceso de formación de precios en el mismo. En este caso se trata de un servicio que se prestan recíprocamente los bancos entre sí, en que los oferentes son los bancos y los demandantes también, y que el precio -la comisión cobrada por cada banco-, es pagado al banco que recibe la transferencia electrónica por el banco del cual se origina la comunicación vía internet.
54. Por ello, parece claro que el mercado relevante es uno relacionado con el otorgamiento de servicios de red para la terminación de la transferencia en la red del banco receptor de la misma, perfectamente asimilable a los servicios de interconexión que se cobran las compañías telefónicas entre sí por la terminación de las llamadas, cuyo precio es regulado por tratarse de un monopolio natural.
55. Ahora bien, una diferenciación de tarifas podría tener justificación si existen diferencias de costos para prestar el servicio a unos bancos respecto de otros o si al cobrar distinto se expande la red atrayendo más clientes. Sin embargo, en un mercado como éste no se producirían diferencias de costos por la terminación de la transferencia de un banco grande o de uno pequeño y tampoco se produce ningún efecto de externalidades positivas de red, debido a que una baja en el precio no genera que la red se expanda.
56. Debido a lo anterior, a mi juicio una política de precios diferenciados parece carecer de justificación económica y perjudica a los bancos más pequeños, que deben enfrentar costos más altos debido a que se les impone una tarifa muy superior al costo marginal y a la que se cobra a los bancos más grandes, restringiéndose con ello la competencia en el mercado bancario, tal como resolvió la Excma. Corte Suprema en la resolución de alzada.



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:

Tomás Menchaca Olivares, "Transacciones electrónicas de fondos: mercado relevante y poder de mercado", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2022),
<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