

Expediente 006-2021/CLC

Resolución 023-2022/DLC-INDECOPI

31 de marzo de 2022

VISTAS:

La denuncia presentada el 28 de diciembre de 2021¹ por EBANX PERU S.A.C. (en adelante, EBANX o la Denunciante, indistintamente) contra Visa International Service Association y Visa International Peru S.R.L. (en adelante, conjuntamente VISA); así como las actuaciones realizadas por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección², antes la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia); y

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 28 de diciembre de 2021, EBANX interpuso una denuncia contra VISA por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la realización de conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, infracción tipificada en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³. La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos⁴:

- Existen comercios no domiciliados en Perú que comercializan bienes y servicios con consumidores peruanos, como Netflix o Spotify. Para recibir

¹ Cabe precisar que, si bien la denuncia fue presentada el 24 de diciembre de 2021 por Mesa de Partes Virtual, considerando que dicho día fue feriado, se considera como presentada el primer día hábil después de presentada la denuncia; es decir, el 28 de diciembre de 2021.

² De acuerdo con lo establecido en el literal a) del artículo 97 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

³ Las referencias a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponden al Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM.

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

[...]

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

⁴ Como parte de los documentos que sustentan su denuncia, EBANX presentó lo siguiente: (i) Estudio de Mercado de los Servicios de Pagos con Tarjetas, (ii) Comunicado de VISA titulado «Upcoming Pilot Program in Argentina, Colombia and Peru for Acquirers and Payment Facilitators to Contract with Foreign E-Commerce Merchants», (iii) Voto emitido por Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Consejera del Conselho Administrativo de Defesa Econômica, (iv) Carta de CAPECE remitida a la Dirección el 20 de diciembre del 2021, (v) Cartas remitidas por NIUBIZ a EBANX los días 4 y 8 de noviembre, y 13 de diciembre, (vi) Contrato suscrito entre Niubiz (VisaNet) y EBANX del 30 de abril del 2018; así como sus respectivas adendas y (vii) Publicación en FORBES Perú sobre el impacto que tendría la medida adoptada por Niubiz en el mercado peruano.

los pagos, específicamente cuando son pagos con tarjetas, estos comercios pueden utilizar dos mecanismos: el tradicional o «*cross border*»; y el innovador a través de agentes de recaudo internacional o «*collection agent*».

- Mediante el sistema *cross border* o sistema tradicional de pago, las transacciones que se realizan entre consumidores ubicados en el Perú se entienden realizadas en el exterior. La transacción es capturada en moneda extranjera por un adquirente ubicado fuera del país y, luego de procesarse a través de la red de la marca, el comerciante extranjero recibe el pago del adquirente situado en un tercer país. El mecanismo *cross border* supone una mayor tasa para transacciones internacionales que deben ser asumidas por los comercios extranjeros o por los consumidores.
- EBANX viene prestando el servicio de pagos internacionales a través del mecanismo de *collection agent* o agente de recaudo internacional, que ofrece, en el mercado peruano, un servicio de pago en moneda local para los consumidores. Los agentes de recaudo internacional generan beneficios en el mercado: (i) disminución de la tasa cobrada para transacciones internacionales; (ii) ingreso de comercios extranjeros en el mercado peruano; y (iii) consumidores peruanos pueden acceder a productos y servicios de empresas extranjeras.
- Para que EBANX pueda realizar las actividades propias de un agente de recaudo, resulta necesario el acceso a la red de tarjetahabientes y comercios de la marca VISA en el Perú. VISA, como marca, cuenta con la estructura central sobre la que el resto de los agentes puede brindar sus servicios y si un agente desea acceder a «alrededor del 80% del mercado de consumo en Perú», resulta imperativo utilizar la red de la referida marca.
- En ese sentido, el servicio de acceso a la red de VISA en el Perú constituye por sí mismo un mercado relevante en el que dicha empresa actúa como un monopolista, siendo la única que permite el acceso a su red y, por ende, ostentaría una posición de dominio.
- VISA habría incurrido en una práctica anticompetitiva por la implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del programa piloto de Ubicación Extendida del Comercio (*Expanded Merchant Location Pilot Program*, en adelante, Programa EMLP), que implica que las transacciones que involucren un comercio localizado fuera de la jurisdicción del adquirente peruano se encontrarán sujetas a una tasa adicional⁵.

Dicha tasa sería aplicada en las transacciones realizadas por los agentes de recaudo internacional, como es el caso de EBANX, con la finalidad de dificultar su permanencia o excluir del mercado a los agentes de recaudo

⁵ De acuerdo con EBANX, el Programa EMLP incrementaría la tasa de las transacciones de los agentes de recaudo hasta 6.17%; y su comisión fija por transacción hasta USD 0,42; siendo mayores que las cobradas en el mecanismo *cross border*. Si se niegan a participar en el Programa EMLP, EBANX no podría realizar transacciones con la red VISA a los comercios internacionales, ya que, de hacerlo, se le aplicaría una penalidad de USD 75.000 y la restricción de la transacción.

internacional y favorecer la prevalencia del mecanismo *cross border*, que es más costoso y, por tanto, más rentable para VISA.

- El incremento de las tasas para los agentes de recaudo internacional sin ningún sustento económico incentivaría la salida de estos agentes del mercado de servicios de pago. De esta forma, VISA pretende intervenir en el mercado de las transacciones internacionales realizadas a través de la red de VISA, adoptar nuevas reglas de precios discriminatorias e injustificadas y, como consecuencia de la aplicación del programa EMLP, excluir a EBANX de la competencia por las transacciones internacionales realizadas por los consumidores localizados en el Perú a comercios extranjeros.
 - VISA no incurriría en mayores costos por las transacciones iniciadas a través de los agentes de recaudo que justifique el cobro de esta tasa adicional. La relación entre el agente de recaudo y el adquirente incluye la remuneración a la marca de tarjetas por los servicios y coberturas por los riesgos de liquidación indebida de transacciones, operaciones fraudulentas, transacciones derogatorias, entre otros.
2. Conjuntamente con su denuncia, EBANX presentó una solicitud de medida cautelar en la que solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión), alternativamente, lo siguiente:
- En el supuesto que la decisión cautelar sea emitida con fecha anterior al 25 de diciembre del 2021, se ordene a VISA suspender la implementación del Programa EMLP respecto a EBANX, así como la aplicación de nuevas tasas y cualquier tipo de penalidades, multas o sanciones, hasta que la Comisión se pronuncie sobre el fondo de la controversia.
 - En el supuesto que la decisión cautelar sea emitida con fecha posterior al 25 de diciembre del 2021 y se haya ejecutado la implementación del Programa EMLP respecto a EBANX, se ordene restablecer las condiciones originales y habituales bajo las que se han venido prestando los servicios EBANX en el Perú. Ello significa, la no aplicación de tasa adicional alguna, ni la posibilidad de aplicar penalidad, multa o sanción por este motivo, hasta que la Comisión se pronuncie sobre el fondo de la controversia.
 - En el supuesto que, al momento de la decisión cautelar, VISA o su adquirente vinculado (Niubiz), hayan aplicado algún tipo de penalidad, multa o sanción por la no implementación del Programa EMLP en desmedro de EBANX, se ordene a VISA restituir el monto penalizado, multado o sancionado, a favor de EBANX, hasta que la Comisión se pronuncie sobre el fondo de la controversia.
3. Mediante Carta 020-2022/DLC-INDECOPI (en adelante, la Carta 020), notificada el 13 de enero de 2022, la Dirección requirió a EBANX presentar información relacionada, entre otros aspectos, con las características de su modelo de negocio, la identificación de los agentes competidores de la denunciante, el

funcionamiento de los servicios brindados por VISA, así como información del Programa EMLP.

4. El 19 de enero de 2022, EBANX solicitó a la Dirección un plazo adicional para atender el requerimiento formulado mediante Carta 020.
5. Mediante Carta 039-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 19 de enero de 2022, la Dirección atendió la solicitud presentada por EBANX, otorgándole un plazo adicional de tres (3) días hábiles para remitir la información requerida mediante Carta 020.
6. Mediante Cartas 042, 043 y 044-2022/DLC-INDECOPI (en adelante, las Cartas 042, 043 y 044) notificadas entre el 24 y 25 de enero de 2022, la Dirección requirió a PayU Perú S.A.C., PPRO Perú S.A.C. y DLocal Perú S.A.C. (en adelante, PayU, PPRO y DLocal, respectivamente) presentar información relacionada con las características de su modelo de negocio y el funcionamiento del servicio de aceptación de pagos a comercios extranjeros que venden bienes o servicios en el Perú⁶. Las referidas empresas no cumplieron con presentar la información solicitada en el plazo inicialmente otorgado por la Dirección.
7. El 25 de enero de 2022, EBANX complementó su denuncia y absolvió el requerimiento de información formulado mediante Carta 020, solicitando que toda la información presentada sea declarada confidencial. Los principales argumentos señalados por EBANX fueron los siguientes:
 - EBANX precisó que brinda su servicio sobre su propia plataforma, organizando todos los grupos necesarios para una solución de pago completa para realizar transacciones internacionales. De manera particular, detalla que su servicio comprende: (a) contratar con comercios que brindan servicios de alcance global, (b) establecer relaciones con Niubiz o Izipay para el acceso a la red de tarjetahabientes y (c) cobrar el dinero que los consumidores finales han pagado por el servicio del comercio internacional.
 - EBANX ofrece un sistema alternativo de pagos internacionales en el mercado de medios de pago. Asimismo, señala que existe una relación de competencia entre las plataformas de pago que realizan transacciones internacionales. Esta competencia enfrenta a las plataformas que ofrecen el sistema *cross border* (plataformas de múltiples lados de Visa, Mastercard y Amex) y las plataformas, o players de modelos distintos, como los agentes de recaudo.
 - EBANX precisó que, debido a la naturaleza de sus servicios y a las actividades que brinda como agente de recaudo internacional en la realización de transacciones internacionales, no puede ser considerado como un facilitador de pagos. Ello debido a que, como agente de recaudo, EBANX ofrece una solución completa de pagos para transacciones internacionales. En cambio, los facilitadores resultan ser un complemento de las plataformas de pago domésticas locales, respecto a las cuales, existe

⁶ Cabe precisar que mediante Razón de Dirección 004-2022/DLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2022 se incorporó al Expediente 002-2021/CLC-MC las Cartas 042, 043, 044, 076, 077 y 078.

una relación de complementariedad y no de competencia pues solo ofrecen servicios para la realización de pagos dentro de la plataforma de la marca.

- EBANX señaló que el análisis no debía limitarse a la competencia «intraplataforma» sino que debía considerar que la verdadera batalla por la competencia en la industria de medios de pago se da en el ámbito de la competencia «inter modal» o «entre plataformas». Para ello, EBANX reiteró que la concejera Cristiane Alkmin del Consejo Administrativo de Defensa Económica (en adelante, CADE) en 2017, advirtió que «*Visa comienza a preocuparse con la competencia creciente (que representa EBANX) y comienza a tener incentivos para impedir o inviabilizar el actuar de este player*».
 - EBANX informó que VISA postergó la efectiva aplicación del Programa EMLP hasta el 24 de febrero de 2022, reiterando su solicitud de medida cautelar.
8. El 3 de febrero de 2022, EBANX solicitó el uso de la palabra a la Comisión para informar sobre el sustento de su denuncia.
 9. Mediante Cartas 076, 077 y 078-2022/DLC-INDECOPI, notificadas entre el 4 y 7 de febrero de 2022, la Dirección reiteró a PayU, PPRO y DLocal para que, en un plazo máximo de (3) días hábiles, cumplieran con presentar la información solicitada mediante las Cartas 042, 043 y 044.
 10. El 11 de febrero de 2022, PayU solicitó una extensión de plazo para cumplir con lo solicitado por la Dirección mediante Carta 042. La Dirección atendió la solicitud mediante Carta 104-2022/DLC-INDECOPI, otorgándoles una prórroga de tres (3) días adicionales⁷.
 11. Mediante Resolución 001-2022/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2022, notificada a EBANX el 16 de febrero de 2022, la Comisión decidió declarar infundado el pedido de medida cautelar formulado por EBANX, debido a que, sobre la base de la información aportada por la Denunciante y los actuados hasta ese momento, no se acreditó verosimilitud en la configuración de las conductas anticompetitivas denunciadas; pues no se observó una probabilidad relativamente alta de que VISA haya cometido una práctica de abuso de su posición de dominio debido a que no se verificó los elementos determinantes para que una conducta califique como tal. Concretamente, la Comisión no verificó que exista una relación de competencia (real o potencial) entre el supuesto infractor (VISA) y el presunto afectado (EBANX) que permita calificar a la conducta denunciada como una de efecto exclusorio.

Asimismo, la Comisión desestimó la solicitud de informe oral formulada por EBANX debido a que contaban con los elementos de juicio para resolver lo formulado por EBANX y además consideraron que la referida empresa había

⁷ Cabe precisar que mediante Razón de Dirección 009-2022/DLC-INDECOPI del 3 de marzo de 2022 se incorporó al Expediente 006-2021/CLC, los escritos presentados por PayU el 11 y 17 de febrero de 2022 y las Cartas 104 y 129-2022/DLC-INDECOPI.

presentado por escrito y sin restricción alguna los argumentos que sustentaban su solicitud de medida cautelar.

12. El 17 de febrero de 2022, PayU absolvió el requerimiento de información formulado mediante Carta 042.
13. El 25 de febrero de 2022, EBANX informó a la Dirección sobre nuevos hechos. En particular, la Denunciante precisó lo siguiente:
 - Que la empresa Compañía Peruana de Medios de Pago S.A.C. (en adelante, Niubiz), empresa vinculada a VISA y su principal adquirente en el Perú, materializó las amenazas de la marca y resolvió el contrato que mantenía con EBANX mediante una carta del 23 de febrero de 2022.
 - Con la acción descrita, EBANX afirmó que el peligro denunciado se hacía evidente, en tanto se habría materializado en su contra el impedimento de acceso a la red de tarjetahabientes de VISA y, con ello, que se logre su exclusión del mercado peruano.
14. Mediante Carta 129-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 18 de febrero de 2022, la Dirección citó a PayU a una entrevista. El 25 de febrero de 2022 se llevó a cabo la referida diligencia⁸.
15. Mediante Resolución 011-2022/CLC-INDECOPI de fecha 3 de marzo de 2022, la Dirección resolvió prorrogar el plazo para la calificación de la denuncia presentada por EBANX, por un plazo de veinte (20) días adicionales.
16. Mediante Carta 217-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 3 de marzo de 2022, la Dirección solicitó a PayU que precisará su solicitud de confidencialidad, señalando los minutos de la entrevista realizada el 25 de febrero de 2022 que serían materia de su solicitud de confidencialidad y cumpliera con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 35 de la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas.
17. Mediante Carta 220-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 4 de marzo de 2022, la Dirección solicitó a la Cámara Peruana de Comercio Electrónico que trasladara las Cartas 043 y 044 a sus afiliadas PPRO y DLocal.
18. El 9 de marzo de 2022, PayU señaló que la entrevista debía ser tratada como confidencial sin presentar una justificación ni tampoco precisar los minutos que debían ser considerados como confidenciales.
19. Mediante Carta 259-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 10 de marzo de 2022, la Dirección reiteró a PayU que precisará su solicitud de confidencialidad en el plazo

⁸ Cabe precisar que mediante Razón de Dirección 012-2022/DLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2022 se incorporó al Expediente 006-2021/CLC, la parte pertinente de la entrevista realizada el 25 de febrero de 2022, el escrito presentado por PayU el 9 de marzo de 2022, el escrito presentado por PPRO el 14 de marzo de 2022, los escritos presentados por DLocal el 14 y 18 de marzo de 2022, el escrito presentado por VISA el 16 de marzo de 2022, las Cartas 217, 220, 259, 260 y 279-2022/DLC-INDECOPI y las Resoluciones 20 y 22-2022/DLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2022.

de tres (3) días hábiles contados desde el día siguiente de su notificación, bajo apercibimiento de tener como no presentada su solicitud de confidencialidad.

20. Mediante Carta 260-2022/DLC-INDECOPI, notificada el 11 de marzo de 2022, la Dirección solicitó a VISA información sobre el funcionamiento del servicio de aceptación de pagos a comercios extranjeros que venden bienes o servicios en el Perú.
21. El 14 de marzo de 2022, PPRO absolvió el requerimiento de información formulado mediante Carta 043.
22. El 14 de marzo de 2022, DLocal solicitó una extensión de plazo para cumplir con lo solicitado por la Dirección mediante Carta 044. La Dirección atendió la solicitud mediante Carta 279-2022/DLC-INDECOPI, otorgándoles una prórroga de tres (3) días adicionales.
23. El 16 de marzo de 2022, VISA absolvió el requerimiento de información formulado mediante Carta 260. VISA solicitó la confidencialidad de parte de la información presentada que fue resuelta mediante Resolución 022-2022/DLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2022.
24. El 18 de marzo de 2022, DLocal absolvió el requerimiento de información formulado mediante Carta 044.
25. El 29 de marzo de 2022, EBANX amplió los argumentos de su denuncia y presentó un Informe Económico sobre el análisis de la relación de competencia entre EBANX y VISA, y los efectos de la implementación de la EMPL. En particular, la Denunciante precisó lo siguiente:
 - VISA reconoce en su Reporte Anual del año 2021 que enfrenta una creciente competencia por parte de proveedores de «pago alternativos», que son a la vez competidores y «socios de su red» (como EBANX).
 - Las nuevas tarifas impuestas por Visa en el programa EMLP tienen un claro carácter excluyente y no explotativo, en la medida de que no solo tienen como objetivo aumentar las ganancias comprimiendo los márgenes de otros agentes, sino que buscan imponer tarifas específicamente superiores a las cobradas en su sistema de pago *cross border* – lo que se caracteriza como un estrechamiento de márgenes.
26. Mediante Resolución 020-2022/DLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2022, la Dirección declaró improcedente la confidencialidad genérica presentada por PayU sobre la entrevista realizada el 25 de febrero de 2022, debido a que no cumplió con las Cartas 217 y 259-2022/DLC-INDECOPI, mediante las cuales se le solicitó precisar su solicitud de confidencialidad en los términos establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
27. Mediante Resolución 021-2022/DLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2022, la Dirección resolvió las solicitudes de confidencialidad presentada por EBANX el 28 de diciembre de 2021 y 25 de enero de 2022.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

28. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, a partir del análisis de la información que obra en el Expediente, se acredita la existencia de indicios razonables acerca de la realización de actos de abuso de posición de dominio implementados por VISA que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Dicha conducta se encuentra tipificada en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁹.

III. ANÁLISIS

3.1. Marco teórico

3.1.1. Elementos del abuso de posición de dominio

29. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, los artículos 10.2 y 10.5 reiteran la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio para que se configure un abuso de posición de dominio, no siendo suficiente el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales¹⁰.
30. La necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»). Las primeras se encuentran bajo el ámbito de

⁹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. [...]

¹⁰ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como [...].

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con mecanismos de maximización de beneficios de los agentes económicos¹¹, por ejemplo, a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo¹².

31. Considerando lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - ii. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

32. Con relación al **primer requisito**, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

33. En lo que se refiere al **segundo requisito**, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica».

Al respecto, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f). Sin embargo, este

¹¹ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, p. 69.

¹² A nivel jurisprudencial, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos exclusorios. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.

artículo también permite analizar otras conductas que no son señaladas expresamente pero que también tienen el objetivo de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (literal h).

Cabe señalar que el análisis del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la empresa y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

34. El **tercer y último requisito** exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos¹³ (es decir, que produjo un «efecto exclusorio»).

En otras palabras, para determinar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este tercer requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Ahora bien, incluso cuando la conducta cuestionada pueda generar un perjuicio a los competidores del agente dominante, esta será ilegal únicamente en ausencia de eficiencias procompetitivas o cuando tales eficiencias no estén en capacidad de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados. Corresponde al presunto infractor acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial o de eficiencia válida

¹³ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

y que, por lo tanto, responde a una mayor eficiencia económica, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, estas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados.

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁴, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma¹⁵, que para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

35. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera **concurrente**. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.1.2. Requisitos para el inicio de un procedimiento por infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

36. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
37. En ese sentido, de acuerdo con el literal b) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁶, la denuncia de parte sobre la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
38. Los indicios razonables son un conjunto de elementos de juicio que demuestran, de manera preliminar o indiciaria, una tesis creíble acerca de la existencia de una

¹⁴ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- Del abuso de la posición de dominio.
10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

¹⁵ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

¹⁶ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-
La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas deberá contener:
(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.

39. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Esta protección implica, a su vez, la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta; y (ii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
40. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que indicó lo siguiente:

«[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a las procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.»

41. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier denuncia, sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que puedan notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían acarrear.
42. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada, así como los medios probatorios pertinentes. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que la Dirección pueda realizar de oficio, en su función de órgano de investigación e instrucción, para verificar la existencia de indicios de una posible infracción.

3.2. Análisis de indicios de la infracción denunciada

43. En el presente caso, para determinar, a nivel indiciario, si VISA incurrió en un abuso de posición de dominio en los términos denunciados por EBANX, se debe acreditar –de manera concurrente– que existen indicios razonables de los siguientes elementos:
- a) La posición de dominio que VISA ostentaría en el mercado relevante.
 - b) La existencia de una conducta dirigida a restringir la competencia consistente en la implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del Programa EMLP, con el objetivo de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (entre ellos, a EBANX). De acuerdo con la

Denunciante, esta práctica estaría tipificada en la cláusula general prevista en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- c) Que la conducta indicada permitió a VISA obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

44. Cabe recordar que la ley exige que, para la configuración de un abuso de posición de dominio, estos requisitos se presenten de manera **concurrente**. En consecuencia, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de todos y cada uno de estos requisitos.
45. En tal sentido, a continuación, se analizará si existen indicios razonables que sustenten la existencia de todos estos elementos y, en consecuencia, si concurren los requisitos exigidos por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para admitir a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio formulada por EBANX.

3.2.1. Indicios razonables de la posición de dominio de VISA

46. Como se ha señalado, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que VISA presuntamente gozaría de dicha posición.

a. Los servicios de pagos con tarjetas en el Perú

47. Antes de delimitar el mercado relevante, tomando en consideración la conducta denunciada, corresponde realizar una breve descripción sobre el funcionamiento de los servicios de pagos, específicamente, los realizados con tarjetas de pago en el Perú. Para ello se tomará en cuenta la información del Estudio de Mercado de los Servicios de Pagos con Tarjetas (en adelante, el Estudio de Mercado) realizado por la Comisión¹⁷. De hecho, este documento también es citado por EBANX para sustentar su denuncia.
48. Uno de los medios de pago más utilizados en el Perú es el efectivo¹⁸. En el 2019, cerca del 85% de las compras en el Perú se realizaron a través de este medio. Sin embargo, también existen otros medios de pago que tienen una especial relevancia porque facilitan una infraestructura física o virtual que permite que ocurran transacciones comerciales entre dos tipos de agentes económicos

¹⁷ El Estudio de Mercado de los Servicios de Pagos con Tarjetas fue publicado en agosto de 2021. Este documento se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2382411/Estudio%20de%20Mercado%20de%20los%20Servicios%20de%20Tarjetas%20de%20Pago.pdf>

¹⁸ ASOCIACIÓN DE BANCOS DEL PERÚ - ASBANC (2017). Reducción del uso del dinero en el Perú. Disponible en <https://www.asbanc.com.pe/prensa/Reduccion-del-uso-del-dinero-en-efectivo-en-el-Peru.pdf>

(consumidores y comercios), creando de ese modo valor para estos agentes e incrementando su bienestar¹⁹. Uno de estos medios de pago son las transacciones realizadas con tarjetas de pago.

49. Para que un comercio pueda recibir pagos con tarjetas por la venta de sus bienes o servicios, necesita contratar los servicios de aceptación de pagos con tarjetas a un agente afiliador, quien le proporcionará un punto de venta físico o virtual en donde el consumidor puede realizar el pago utilizando su tarjeta. Es decir, existe una relación contractual entre el comercio y el agente afiliador que, a su vez, tiene que contratar con otros agentes para poder ofrecer sus servicios, como se explicará más adelante.
50. En efecto, dentro los servicios de pagos con tarjetas en el Perú interactúan diversos tipos de agentes²⁰: (i) en el lado de la emisión los emisores y tarjetahabientes; (ii) en el lado de la aceptación o afiliación los adquirentes, los facilitadores de pagos y los comercios; y (iii) las licenciatarias o marcas de tarjetas como la plataforma que interconecta a la emisión y la aceptación de tarjetas.
51. Los emisores son los agentes que se encargan de emitir tarjetas de pago a los tarjetahabientes, pudiendo estar asociados a una marca propia o a una marca internacional. Los emisores necesitan contratar con una licenciataria para poder emitir su marca de tarjeta. Por lo general, los emisores son una institución financiera como el Banco de Crédito del Perú, el Banco BBVA Perú, el Banco Internacional del Perú-Interbank, entre otros, que emiten tarjetas de pagos (crédito, débito o prepago) de las marcas VISA, Mastercard, entre otras, a sus tarjetahabientes²¹.
52. Los adquirentes y facilitadores de pagos son los agentes que se encargan de afiliar a los comercios para que acepten tarjetas de pago, para una o varias marcas de tarjetas, en sus transacciones. Los adquirentes necesitan contratar con una licenciataria para poder brindar el servicio de aceptación de pagos para su marca de tarjeta²². En cambio, los facilitadores de pago no contratan con las licenciatarias, sino que contratan con los adquirentes la conexión a la red de las marcas con las que estos tengan licencia²³.

Así, por ejemplo, Niubiz y PMP son adquirentes que tienen la licencia de las marcas VISA y Mastercard y brindan a los comercios la aceptación de pagos con esas marcas. Por su parte, Vendemás es un facilitador de pagos y debe contratar primero con Niubiz o con PMP la conexión a las redes de VISA y Mastercard para luego poder ofrecer a los comercios, la aceptación de estas marcas.

¹⁹ EVANS, David y Richard SCHMALENSEE (2013). The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. En BLAIR, Roger y Daniel SOKOL. Oxford Handbook on International Antitrust Economics. Volume 1. Oxford University Press.

²⁰ Para mayor detalle, consultar la sección 5 del Estudio de Mercado, en las páginas 69 a 105.

²¹ Para mayor detalle, consultar la sección 5.3 del Estudio de Mercado, en las páginas 76 al 81.

²² Para mayor detalle, consultar la sección 5.4 del Estudio de Mercado, en las páginas 81 al 98.

²³ Para mayor detalle, consultar la sección 5.5 del Estudio de Mercado, en las páginas 98 al 102.

Además, se observó que el modelo de negocio de los facilitadores de pago se basa en ofrecer soluciones multimarca a los comercios; es decir, pueden ofrecer el servicio de aceptación de pagos para todas las marcas en el mercado. Para ello, los facilitadores deben tener contratos de conexión con los adquirentes de todas las marcas²⁴. Asimismo, algunos facilitadores también ofrecen al comercio la aceptación de pagos a través de otros medios de pago como son las billeteras electrónicas de los bancos, como Yape o Plin o, en el caso del comercio electrónico, a través de PagoEfectivo, que permite realizar pagos mediante depósitos en las ventanillas y aplicaciones de bancos o a través de agentes²⁵.

53. Las licenciatarias son los agentes que se encargan de desarrollar y administrar una marca de tarjetas de pago o una red de pago, proporcionando un conjunto de reglas y la infraestructura en la que se procesan las transacciones²⁶.

Así, por ejemplo, en el Perú operan las marcas de tarjetas VISA, Mastercard, American Express, Diners, entre otras. Cada una administra las reglas de los agentes que se interconectan a través de sus redes.

54. A continuación, se grafica la relación entre los agentes involucrados en el servicio de pagos con tarjetas en el Perú.

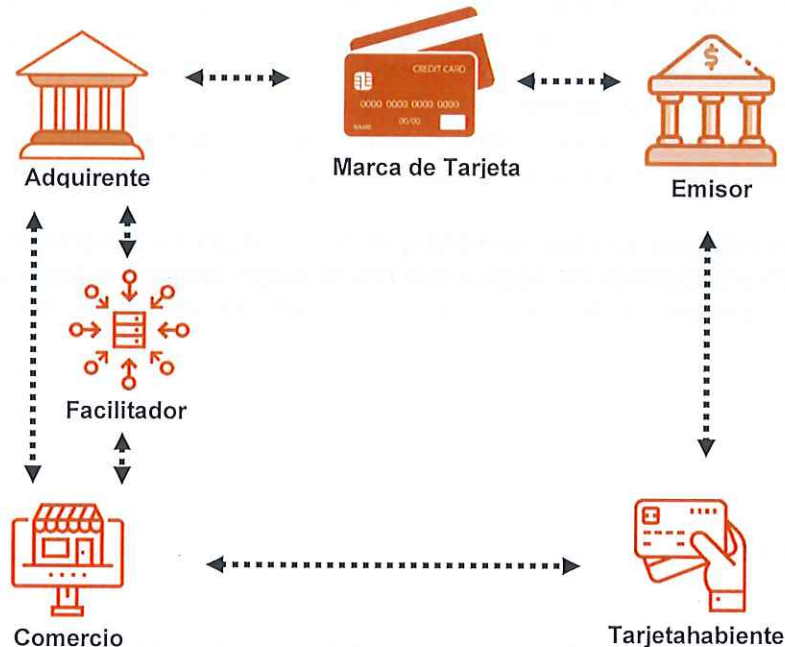
[Ver Gráfico en la siguiente página]

²⁴ Para mayor detalle, consultar las páginas 98 y 99 del Estudio de Mercado.

²⁵ Al respecto consultar los Términos y Condiciones del servicio de Izipay. Disponible en: <https://www.izipay.pe/pdf/terminos-y-condiciones>
De igual forma, consultar los Términos y Condiciones de Vendemas. Disponible en: <https://www.vendemas.com.pe/terminos-y-condiciones/contractuales/>

²⁶ Para mayor detalle, consultar la sección 5.2 del Estudio de Mercado, en las páginas 71 a 76.

Gráfico 1
Relaciones entre agentes en los servicios de pagos con tarjetas



Las flechas identifican la transmisión de la información desde la realización de la transacción hasta su aprobación o denegatoria.

Fuente: Estudio de Mercado

55. En síntesis, cuando un consumidor o tarjetahabiente realiza una compra a un comercio, el adquirente o el facilitador –a través de su contrato de conexión con el adquirente–, se encargará de capturar la información de la transacción y se la enviará a la marca de la tarjeta para su validación con el emisor. Una vez obtenida la autorización o denegación de la transacción será enviada por el emisor a la marca, y esta la transmitirá al adquirente²⁷.

Luego de que la transacción ha sido aprobada, se realiza la actividad de compensación, que es el proceso de transmisión de la información de las transacciones para el cálculo de los montos por pagar y por cobrar a los emisores y adquirentes; y la actividad de liquidación, que es el proceso de transferencia de fondos desde los emisores hacia los adquirentes, y desde estos hacia los facilitadores de pago, para llegar finalmente a los comercios. Es a través de este proceso que el pago realizado por el tarjetahabiente es recibido finalmente por el comercio.

56. La interacción de estos agentes permite que los comercios y tarjetahabientes lleven a cabo las transacciones usando tarjetas de pago. En tal sentido, para que una transacción pueda realizarse usando una tarjeta de pago, por ejemplo, de la marca VISA, se necesita que un comercio esté afiliado por un adquirente o un facilitador para la aceptación de esta marca y que un tarjetahabiente posea una tarjeta de esta marca, otorgada por un emisor. Asimismo, en la medida que las

²⁷ Para mayor detalle, consultar la sección 3.3 del Estudio de Mercado, en las páginas 32 a 34.

marcas de tarjetas son plataformas que interconectan los dos lados del mercado, estas procuran que ambos lados se expandan, para aprovechar los efectos red que se generan²⁸.

b. Mercado relevante

57. Según el artículo 6 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para definir el mercado relevante es necesario identificar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante²⁹.
58. En el presente caso, la identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante partirá del análisis de las conductas materia de denuncia. Para ello, es necesario explicar, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
59. EBANX, la denunciante, es una empresa dedicada a la prestación de servicios de aceptación de pagos a comercios extranjeros que comercializan bienes o servicios en el Perú. Si bien EBANX se denomina agente de recaudo internacional, los demás agentes que prestan estos servicios, reconocidos por EBANX, se denominan facilitadores de pagos.

Para que un facilitador de pagos pueda prestar sus servicios a los comercios extranjeros, necesita una conexión con un medio de pago (como VISA o Mastercard) a través de un contrato con un adquirente peruano, que le permita acceder a la red de una marca de tarjeta para que los consumidores puedan realizar pagos usando sus tarjetas. A este mecanismo se le puede denominar «localización doméstica», ya que las transacciones realizadas por comercios internacionales son procesadas como transacciones locales.

60. Por su parte VISA, la denunciada, es licenciataria de una marca de tarjetas y se encarga de desarrollar y administrar el medio de pago de las tarjetas VISA. Asimismo, de acuerdo con la denuncia, VISA proveería un mecanismo alternativo para que comercios extranjeros que comercializan bienes o servicios en el Perú puedan aceptar pagos con tarjetas VISA, denominado «*cross border*».
61. En este contexto, EBANX señala que VISA, aprovechando su condición de exclusividad en la provisión del acceso a la red de la marca VISA en el Perú, estaría incrementando los costos de acceso, afectando a los servicios de pagos

²⁸ Para mayor detalle, consultar la sección 3.6 del Estudio de Mercado, en las páginas 40 a 47.

²⁹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

con tarjetas de la marca VISA para los comercios extranjeros que ofrecen productos o servicios en Perú.

62. Es necesario resaltar que VISA, como desarrolladora y administradora de la red de tarjetas VISA, tiene la potestad de establecer el conjunto de reglas que deben seguir los agentes que participan dentro de su red. Así, de acuerdo con la denuncia, VISA habría incurrido en un abuso de su posición de dominio mediante la adopción de nuevas reglas de precios, de manera discriminatoria e injustificada, a través de la implementación del Programa EMLP.

El Programa EMLP aplicaría una tasa adicional a aquellas transacciones que involucren a un comercio localizado fuera de la jurisdicción del adquirente peruano; es decir, a los comercios a los que EBANX ofrece sus servicios.

63. De este modo, VISA podría realizar la supuesta conducta anticompetitiva en el mercado de acceso a la red de la marca VISA en el Perú. Este mercado se definirá a continuación y se analizará si VISA, de manera indiciaria, tiene posición de dominio. Luego, se evaluará el mercado afectado en el que supuestamente la conducta denunciada habría producido sus efectos.

i. Mercado de producto

64. El mercado de producto relevante está compuesto por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. La determinación del producto relevante implica identificar las necesidades que el bien o servicio bajo análisis busca satisfacer para poder reconocer, en función a dichas necesidades, qué productos podrían ser adquiridos de manera alternativa. Luego, para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, así como las características, usos y precios de los posibles sustitutos.
65. El servicio involucrado en la conducta investigada sería el acceso a la red de la marca VISA en el Perú. Así, se determinará si existen sustitutos adecuados a estos, en función a las necesidades que dicho servicio busca satisfacer.
66. Para que un consumidor pueda realizar pagos a los comercios por la compra de bienes o servicios, puede utilizar distintos medios de pago, estos son el efectivo, las tarjetas de pago, los cheques, las transferencias electrónicas de fondos, entre otros³⁰. La principal característica de medios de pago diferentes del efectivo – como las tarjetas o las transferencias electrónicas– es que permiten el traslado de fondos desde la cuenta de un consumidor hacia la de un comercio³¹.
67. Como se mencionó anteriormente, en el Perú, uno de los medios de pago más utilizados es el efectivo. En el 2019, cerca del 85% de las compras se realizaron a través de este medio; sin embargo, existen otros medios de pago que tienen una

³⁰ Para mayor detalle, consultar las páginas 10 y 11 del Estudio de Mercado.

³¹ Banque de France. (2021). Payments and market infrastructures in the digital era. Disponible en https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/media/2021/01/07/payments_market.pdf

especial relevancia porque facilitan una infraestructura física o virtual que permite que ocurran transacciones comerciales entre dos tipos de agentes económicos (consumidores y comercios).

68. Dentro de los medios de pago diferentes al efectivo, las tarjetas de crédito y débito agrupaban el 61% del total de transacciones realizadas durante el año 2017; siendo los instrumentos de pago más importantes en el Perú, seguidos por las transferencias bancarias con el 35%³².
69. Ahora bien, en el Perú, VISA opera como una licenciataria de una marca de tarjetas y se encarga de desarrollar y administrar un medio de pago, para lo cual ha creado su propia red de pago, proporcionando un conjunto de reglas y la infraestructura en la que se procesan las transacciones, permitiendo que los pagos realizados por un consumidor sean trasladados hacia los comercios.
70. En el caso de los medios de pago diferentes al efectivo, el agente que crea y administra un medio de pago establece las reglas para que los fondos que paga el consumidor lleguen al comercio donde se realizó el pago. Por ejemplo, en el caso de las tarjetas, la marca o licenciataria establece las reglas mediante las cuales las transacciones son aprobadas, compensadas y liquidadas.
71. De igual forma, en el caso de billeteras electrónicas, los bancos o entidades financieras establecen las reglas mediante las cuales se realiza el retiro de fondos de una cuenta y se transfieren a otra.
72. Los medios de pago diferentes al efectivo permiten que los pagos se realicen de manera más sencilla, evitando diversos costos asociados al uso del efectivo (gestión, fraude, robo, entre otros), y permitiendo que se realicen transacciones que de otro modo no se concretarían³³. Asimismo, el uso de dichos medios de pago permite una mayor inclusión financiera de los consumidores, al mejorar el acceso a los servicios financieros de la población. Por lo señalado, de manera indicaría, los medios de pago diferentes al efectivo tendrían características y usos distintos al efectivo.
73. En relación con la competencia entre diferentes medios de pago, en la decisión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la adquisición de la empresa Plaid por parte de Visa Inc, se determinó que Plaid era una empresa que desarrollaba un medio de pago que constituía un importante competidor de Visa Inc dentro del mercado de transacciones de débito en línea, en el que Visa Inc participa a través de sus tarjetas de débito y Plaid a través de transferencias interbancarias³⁴. Así, distintos medios de pago pueden competir entre sí para que una transacción se lleve a cabo a través de sus sistemas.

³² ASBANC (2017). Op. Cit. p 2.

³³ En el Estudio de Mercado se indica que de acuerdo con la Ley 30730, Ley de Bancarización, las transacciones que involucren la compra de vehículos y bienes inmuebles por un monto superior a S/ 13 200, deberán ser bancarizados.

³⁴ Para mayor detalle, consultar Final Visa-Plaid Complaint - Department of Justice. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1334726/download>

74. Asimismo, en el caso específico de las compras de consumidores nacionales a comercios extranjeros, los medios de pago más utilizados son las tarjetas, seguidas del dinero electrónico, mientras que en el caso de compras de consumidores nacionales a comercio nacionales, existe un mayor número de medios de pago disponibles para realizar las transacciones³⁵.
75. En ese sentido, la demanda de los medios de pagos, diferentes del efectivo, estará influenciada por las decisiones de los consumidores y comercios, respecto del número y tipo de medios de pagos que deciden tener.
76. Al respecto, el Estudio de Mercado estableció que, a pesar de que las transferencias bancarias pueden ser un medio de pago alternativo a las tarjetas, especialmente con la aparición de las billeteras electrónicas, su uso enfrenta ciertas restricciones que no poseen las tarjetas.

Por ejemplo, las billeteras electrónicas, al igual que las tarjetas de débito, se vinculan a una cuenta de ahorros; sin embargo, la billetera solo puede realizar transacciones por un máximo de entre S/ 500 y S/ 1 500 al día³⁶. Por su parte, algunas billeteras electrónicas requieren que el consumidor y comercio posean una cuenta en la misma entidad bancaria para realizar la transacción. Finalmente, diversos agentes ofrecen a los comercios la aceptación conjunta de tarjetas y billeteras electrónicas, mostrando que su uso sería complementario³⁷.

77. Así, aunque se podría considerar que existen características que diferencian los pagos realizados con tarjetas de aquellos realizados mediante transferencias, para el presente análisis, desde una perspectiva favorable con la denuncia, se considerará que los distintos medios de pago diferentes al efectivo compiten entre sí para que los consumidores y comercios los utilicen al momento de realizar sus transacciones.
78. En el caso específico de las tarjetas, las diferentes marcas de tarjetas compiten entre sí para que los emisores entreguen tarjetas vinculadas a su marca a los consumidores; y a su vez, para que los adquirentes ofrezcan a los comercios la aceptación de las tarjetas vinculadas a su marca³⁸. Sin embargo, las marcas de tarjetas también enfrentarían competencia por parte de otros medios de pago como son, por ejemplo, las transferencias interbancarias.

³⁵ Bank for International Settlements. (2018). Cross-border retail payments. Disponible en: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d173.pdf>

³⁶ En el caso de Yape, el monto máximo diario que se puede transferir es de S/ 500. Al respecto, consultar: <https://www.yape.com.pe/#/preguntas-frecuentes/2--yape-funcionalidades/25--cual-es-el-monto-maximo-de-envio-y-recepcion-de-dinero-si-me-registre-con-mi-ta>

En el caso de Lukita, el monto máximo diario que se puede transferir es de S/ 1 500. Al respecto consultar: <https://www.bbva.pe/personas/servicios-digitales/plin.html#cuanto-puedo-transferir-por-plin>

³⁷ Por ejemplo, el adquirente Niubiz ofrece la aceptación de Yape, Lukita, Tunki, entre otras billeteras. Al respecto consultar: <https://www.niubiz.com.pe/terminos-condiciones/billeteras-electronicas/>

De igual forma, el facilitador de pagos Izipay también ofrece la aceptación de Yape, Lukita, Tunki, entre otras billeteras. Al respecto consultar: <https://compraya.izipay.pe/beneficios>

³⁸ Para mayor detalle, consultar la página 71 del Estudio de Mercado.

79. En conclusión, esta Dirección considera que –a nivel indiciario– es posible definir el mercado de producto relevante como los medios de pagos diferentes al efectivo.

ii. Mercado geográfico

80. En relación con la delimitación geográfica del mercado, esta se debe determinar en función de las fuentes de provisión alternativas del producto relevante, en atención a las características del producto relevante y a las condiciones de adquisición.
81. Al respecto, tanto los comercios como consumidores pueden utilizar las tarjetas de marcas internacionales en diversas partes del Perú, estando limitado solo al despliegue de operaciones de adquirentes y facilitadores de pago. Asimismo, las transferencias interbancarias y billeteras electrónicas pueden utilizarse para transferir fondos desde cualquier parte del Perú³⁹.
82. En ese sentido, considerando que los comercios y consumidores pueden utilizar los medios de pagos disponibles en el país, esta Dirección considera que para efectos de esta decisión el mercado geográfico relevante se encuentra delimitado por el territorio nacional.

iii. Conclusión

83. Considerando el análisis realizado, esta Dirección considera que, de manera indiciaria y desde una perspectiva favorable con la denuncia, el mercado relevante corresponde a los medios de pago diferentes al efectivo en el Perú.

c. Posición de dominio

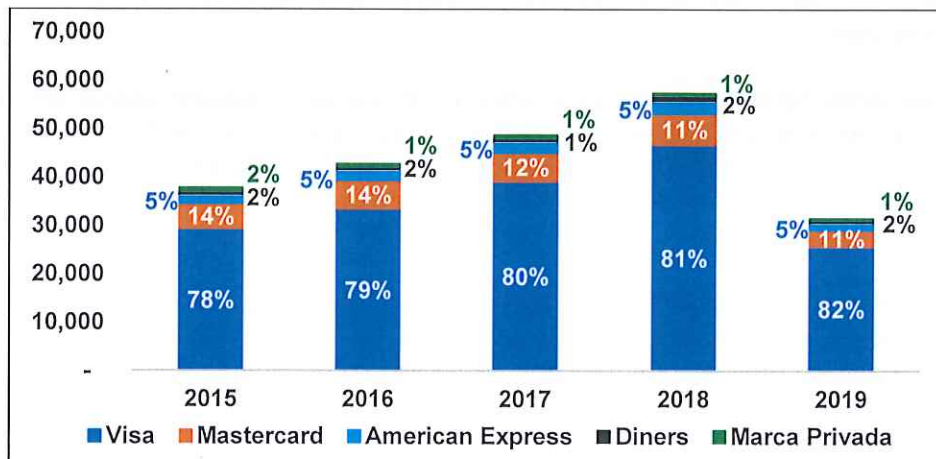
84. Habiendo definido el mercado relevante, corresponde determinar si, en dicho mercado, VISA ostenta una posición de dominio. Al respecto, la información disponible solo abarca el valor de las transacciones realizadas a través de tarjetas de pago y no de otros medios de pagos diferentes al efectivo como transferencias o billeteras electrónicas.
85. Las transacciones realizadas a través de tarjetas de pago representan más del 60% de los pagos realizados con medios diferentes al efectivo, siendo adicionalmente el principal medio de pago para transacciones con comercios extranjeros⁴⁰.
86. Sobre el particular, el Estudio de Mercado mostró que VISA fue la marca de tarjetas más utilizada en el Perú entre 2015 y 2019, tanto en valor de las transacciones como número de tarjetas emitidas. El Gráfico 2 muestra la

³⁹ De igual forma, en la decisión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la adquisición de la empresa Plaid por parte de Visa Inc, se determinó que el ámbito geográfico relevante era a nivel nacional.

⁴⁰ Bank for International Settlements. (2018). Cross-border retail payments. Disponible en: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d173.pdf>

distribución de la participación de las marcas de tarjetas en el valor de las transacciones realizadas entre 2015 y 2019, observándose que VISA representó más del 78% en todos los años, seguida de Mastercard con más del 10% en todos los años y, en menor medida, American Express, Diners y marcas privadas.

Gráfico 2
Valor de las transacciones recibidas por adquirentes según marca. 2015 – 2019*
S/ Millones



*La información del año 2019 es hasta el mes de junio.

Fuente: Estudio de Mercado

87. Tomando en consideración que las tarjetas de pago solo representan el 60% de los pagos realizados con medios diferentes al efectivo, VISA representaría alrededor del 47% del valor de las transacciones realizadas con medios de pagos diferentes al efectivo entre 2015 y 2019.
88. Por otro lado, es importante mencionar que las tarjetas de pago se caracterizan por ser mercados de dos lados. Al respecto, un mercado de dos lados es aquel donde una empresa, que actúa como plataforma, atiende a distintos grupos de usuarios, que de alguna manera se necesitan mutuamente, o cuyas demandas resultan ser interdependientes de tarjetas de pago a establecimientos comerciales extranjeros⁴¹. En el caso específico, las marcas de tarjetas como VISA son plataformas que interconectan a tarjetahabientes y comercios que usan las tarjetas de pago de su marca.
89. Debido a la interdependencia entre los distintos grupos de usuarios, una característica estructural de las plataformas es que presentan efectos de red o externalidades pudiendo ser de dos tipos: (i) efecto red directo o externalidad intragrupo, que se da cuando el valor del servicio para un usuario se incrementa con la base de usuarios existente en su grupo o lado del mercado; y (ii) efecto de red indirecto o externalidad intergrupo, que se da cuando un incremento en el número de usuarios de un lado del mercado, aumenta el valor o atractivo de la plataforma a usuarios del otro lado.

⁴¹ Para mayor detalle, consultar la sección 3.6 del Estudio de Mercado.

90. Así, en el caso de las tarjetas de pago, mientras mayor es el número de tarjetahabientes que utilicen las tarjetas de una marca, y de comercios que la acepten, mayor serán los efectos de red que tenga esa marca de tarjeta y mayor podrá ser su poder en el mercado.
91. Sin embargo, incluso con la presencia de una empresa dominante en un mercado, existen incentivos para competir por el mercado ante la entrada de un potencial nuevo operador con una tecnología revolucionaria. Esto es lo que se refiere a la dinámica de *winner-takes-all* donde el jugador que lance primero el nuevo servicio podrá conseguir hacerse con todo (o casi todo) el mercado⁴².
92. Al respecto, las billeteras electrónicas se han venido posicionando como medios de pago relevantes en los últimos años, siendo usadas por cada vez más consumidores y comercios. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, estos medios de pago mantienen características que los diferencian de las tarjetas de pago.
93. En tal sentido, del análisis realizado, esta Dirección considera, de manera indiciaria y desde una perspectiva favorable para la denuncia, que **VISA posee una posición dominante en el mercado de medios de pago diferentes al efectivo en el Perú** ya que ha representado más del 78% del valor de las transacciones realizadas con tarjetas de pago entre 2015 y 2019 y alrededor del 47% del valor de las transacciones realizadas con medios de pagos diferentes al efectivo entre 2015 y 2019, con una participación que no ha disminuido en ese periodo, sino que ha aumentado. Además, considerando la presencia de efectos de red en este tipo de mercados, una marca de tarjetas entrante podría tener dificultades para posicionarse en el mercado a un nivel similar al de VISA e incluso, las marcas que ya participan del mercado no han podido superar el 15% de participación entre 2015 y 2019⁴³.

d. Mercado afectado

94. Cuando una conducta anticompetitiva se presenta en mercados relacionados, el mercado relevante puede no coincidir con el mercado afectado. En el presente caso, de acuerdo con la denuncia, VISA habría utilizado su condición de exclusividad en la provisión del acceso al medio de pago de las tarjetas de marca VISA para incrementar los costos de acceso a este medio de pago y así afectar a los servicios de pagos con tarjetas de la marca VISA demandados por los comercios extranjeros que ofrecen productos o servicios en Perú.
95. Para que los comercios extranjeros puedan comercializar sus bienes o servicios en el Perú, necesitan contratar los servicios de un agente que les permita la

⁴² HERGUERA, I. (2021). Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE. Instituto Complutense de Análisis Económico (ICAE). Disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/dt/2021/dt2021-10.pdf>

⁴³ Cabe precisar que el análisis sobre las participaciones de los actores en el mercado relevante se ha realizado con información con la que actualmente se encuentra a disposición de esta Dirección y además permite realizar un análisis desde una perspectiva favorable a la denuncia. No se cuenta con información pública posterior al 2019 que refleje un cambio sustancial de las afirmaciones a nivel indiciario sobre la posición de dominio de VISA en el mercado analizado.



aceptación de determinado medio de pago utilizado por sus clientes. Estos servicios pueden incluir pagos a través de tarjetas y otros medios, como transferencias.

96. En el caso específico de los pagos con tarjetas, según la información disponible, el servicio de aceptación de pagos en el Perú se desarrolla a través de dos formas. La primera es a través del mecanismo «*cross border*» en el que un comercio extranjero contrata el servicio de aceptación de pagos con un adquirente o facilitador, ubicado en su país.
97. Bajo el mecanismo *cross border*, cuando el consumidor peruano realiza una compra a un comercio extranjero, el adquirente o el facilitador de pago extranjero –a través de su contrato de conexión con el adquirente–, se encargará de capturar la información de la transacción y se la enviará a la marca de la tarjeta para su validación con el emisor ubicado en el Perú. Debido a que la transacción es originada por un adquirente o facilitador ubicado en el extranjero, y es validada por un emisor ubicado en el Perú, la transacción se considera como internacional o *cross border*.
98. Luego de validada la transacción, la marca de la tarjeta realizará las actividades de compensación y liquidación con las que el emisor peruano transferirá los fondos recaudados por las transacciones al adquirente internacional quien, a su vez, remitirá tales conceptos al comercio o al facilitador de pago.
99. La segunda forma es a través del mecanismo que, según la denunciante, se denomina *collection agent* o agente de recaudo internacional⁴⁴ y que esta Dirección denominará «localización doméstica» y es desarrollado por facilitadores de pagos. En este mecanismo el comercio extranjero contrata el servicio de aceptación de pagos con un facilitador de pagos peruano, quien se encarga de recaudar, a nombre del comercio extranjero, los pagos realizados por los consumidores peruanos para luego transferir lo recaudado a las cuentas bancarias del comercio en el extranjero. Para prestar sus servicios a los comercios extranjeros, el facilitador de pagos necesita una conexión con el medio de pago (como VISA o Mastercard) a través de un adquirente peruano que le permita acceder a la red de una marca de tarjeta para que los consumidores puedan realizar pagos usando sus tarjetas.
100. Asimismo, ya que el facilitador de pagos también puede ofrecer otros medios de pago para que los consumidores puedan realizar la transacción, tiene que contratar con los agentes que administran estos medios como, por ejemplo, PagoEfectivo.
101. En el caso de pagos con tarjeta, bajo el mecanismo de *localización doméstica*, cuando el consumidor peruano realiza una compra a un comercio extranjero, el facilitador de pagos ubicado en Perú se encargará de capturar la información de

⁴⁴ Cabe precisar que de acuerdo con VISA son los facilitadores de pagos –que con la autorización de un adquirente– firman contratos de aceptación de pagos de productos VISA con los comercios, sean electrónicos o presenciales. Para ello, los facilitadores de pago cuentan con un contrato con un adquirente para proporcionar servicios de pago de productos VISA a comercios. Ver escrito presentado por VISA el 16 de marzo de 2022 en respuesta a la Carta 260-2022/DLC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

la transacción y se la enviará al adquirente peruano para que este la remita a la marca de la tarjeta para su validación con un emisor ubicado en el Perú. Debido a que la transacción es originada en el Perú y es validada con un emisor peruano, la transacción se consideraría como local.

102. Luego de validada la transacción, se realizarán las actividades de compensación y liquidación con las que el emisor peruano transferirá los fondos recaudados por las transacciones al adquirente peruano quien, a su vez, remitirá tales conceptos al facilitador de pagos. Al finalizar, el facilitador de pagos transfiere lo recaudado a las cuentas bancarias del comercio en el extranjero.
103. En ese sentido, los mecanismos *cross border* y *localización doméstica* serían mecanismos alternativos de servicios de pagos para que los comercios extranjeros puedan comercializar sus bienes o servicios en el Perú. Cabe resaltar que, por ejemplo, VISA o Mastercard son las titulares de las redes o plataformas mediante las cuales se realizan las transacciones ya sea por uno u otro mecanismo.
104. Tanto en el mecanismo *cross border* como en el de *localización doméstica* actúan diversos agentes. Por un lado, en el mecanismo de *cross border*, un adquirente o facilitador internacional para ofrecer el servicio de aceptación de pagos a un comercio extranjero requiere tener la licencia de una marca de tarjeta y el facilitador un contrato con un adquirente⁴⁵. De igual forma, en el mecanismo de *localización doméstica*, para que un facilitador de pagos pueda ofrecer el servicio de aceptación de pagos a un comercio extranjero necesita tener un contrato con un adquirente local quien le brindará la conexión a la red de la marca⁴⁶. Así, los adquirentes o facilitadores de pagos internacionales, y los facilitadores de pagos locales, se encargan de ofrecer los servicios de aceptación de pagos de tarjetas a los comercios internacionales. Para ofrecer sus servicios, dichos agentes requieren acceder a una red o plataforma de pagos de tarjetas.
105. En relación con lo anterior, EBANX argumentó, en su informe económico, que el mecanismo de agente de recaudo, como EBANX denomina a la *localización doméstica*, sería una forma de pago alternativa al mecanismo *cross border* para que los comercios extranjeros puedan realizar sus transacciones con consumidores peruanos. Asimismo, señalan que el agente de recaudo permitiría a los comercios extranjeros evitar el contrato con un adquirente internacional, y el mecanismo *cross border*, pudiendo así contratar con el agente de recaudo peruano para que sus transacciones sean consideradas locales. En tal sentido, EBANX reconoce que la alternativa que el comercio extranjero tendría al servicio que prestan los facilitadores de pagos sería, por lo menos, un adquirente internacional.

⁴⁵ Es decir, el facilitador y el adquirente internacional podrían competir por el servicio de aceptación de pagos a comercios extranjeros, pero también podría existir una relación de complementariedad entre ambos pues el facilitador necesita acceder a la red de la marca de tarjeta y eso únicamente lo puede hacer a través de un adquirente.

⁴⁶ En este caso, existe una relación de complementariedad entre el adquirente y facilitador de pagos para transacciones internacionales debido a que el facilitador necesita acceder a la red de VISA a través del adquirente para poder ofrecer el servicio de aceptación de pagos.

106. En conclusión, los facilitadores de pagos (mecanismo de *localización doméstica*), los adquirentes extranjeros (mecanismo *cross border*) y los facilitadores de pagos extranjeros (mecanismo *cross border*) podrían competir entre sí por el servicio de aceptación de pago con tarjetas a comercios extranjeros que ofrecen productos o servicios en Perú. Para ofrecer sus servicios, estos agentes necesitan una conexión con una red de tarjetas para llevar a cabo la transacción mediante el mecanismo *cross border* o de *localización doméstica*. Cabe precisar que ambos mecanismos se desarrollan en la red global de pagos de VISA, siendo VISA el encargado de administrar dicha red en ambos mecanismos.
107. Al respecto, de manera similar a la relación de competencia que existiría entre los facilitadores de pagos locales, los adquirentes extranjeros y los facilitadores de pagos extranjeros, el Estudio de Mercado estableció que en el caso de transacciones enteramente locales, podría existir una relación de competencia entre los diversos adquirentes por la afiliación de comercios de diferentes tamaños, y una relación de competencia entre los diversos facilitadores de pago por la afiliación de comercios pequeños, principalmente⁴⁷. También, en algunos casos, podría existir una relación de competencia entre adquirentes y facilitadores de pagos en la medida que los últimos pueden ampliar sus operaciones a comercios medianos⁴⁸.
108. En ese mismo sentido, el CADE y el Banco Central de Brasil han establecido que los adquirentes y facilitadores de pagos (denominados sub adquirentes) tendrían una relación de competencia en la provisión del servicio de aceptación de pagos para ciertos tipos de comercios; sin embargo, los adquirentes y facilitadores también pueden adoptar modelos de negocio complementarios⁴⁹.
109. Considerando el análisis realizado, para efectos de la presente decisión, esta Dirección considera, de manera indiciaria y desde una perspectiva favorable para la denuncia, que el mercado afectado corresponde al servicio de aceptación de pagos con tarjetas demandado por comercios extranjeros que ofrecen productos o servicios en Perú.

3.2.2. Análisis de indicios de la supuesta conducta anticompetitiva de VISA

a. Marco aplicable a las conductas denunciadas por EBANX

(i) Conductas bajo el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia

110. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas califica como infracción a aquellas conductas de efecto exclusorio⁵⁰. Es decir, aquellas realizadas por

⁴⁷ Para mayor detalle, consultar la página 98 del Estudio de Mercado.

⁴⁸ Para mayor detalle, consultar la sección 6.2.iii del Estudio de Mercado, en las páginas 116 a 119.

⁴⁹ Para mayor detalle, consultar el Inquérito Administrativo 08700.005986/2018-66 del CADE. Disponible en: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/general_superintendence_s_opinion_to_close_the_inquiry_-_decision.pdf?54793/3d71357ccf6515c96776ea5098ee7b3a7783fb16

⁵⁰ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

agentes económicos que tienen posición de dominio en un mercado relevante y que a través de la presunta conducta abusiva restringe o puede restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (es decir, que produce un «efecto exclusorio»).

111. De hecho, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, se precisó que «los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, sino solo aquellas que producen un efecto exclusorio»⁵¹. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto exclusorio de competidores guarda directa relación con la finalidad de la Ley contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.
112. Cabe precisar que las prácticas exclusorias son aquellas cuyo efecto es excluir o desplazar a competidores o impedir su ingreso al mercado y, por ende, afectan directamente el proceso competitivo. El daño a los consumidores se produce indirectamente mediante la afectación al proceso competitivo. En esta clasificación se encuentran, por ejemplo, la negativa injustificada de suministro, la discriminación de precios, subordinar una venta a la compra de otros bienes o servicios, entre otras.

En cambio, las prácticas explotativas representan la explotación directa del poder de mercado de la empresa dominante. Estas conductas de explotación surgen cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes o consumidores. Los precios «excesivos» y la discriminación «explotativa» se encuentran dentro de esta clasificación.

113. Los precios «excesivos» podrían identificarse con el concepto de precios monopólicos de la teoría económica. El precio monopólico es aquel que establece una empresa en condición de monopolio maximizando sus beneficios⁵². Otro concepto económico vinculado es el de «poder de mercado», el cual es entendido como la capacidad que tiene una empresa de influir en el precio de un bien, fijándolo o manteniéndolo por encima de precios que regirían en un entorno competitivo⁵³. El ejercicio del poder de mercado determinará la imposición de un

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio.

⁵¹ Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, págs. 5, 20-21.

⁵² A diferencia del resultado de competencia perfecta en donde los precios se igualan a los costos marginales, la conducta maximizadora de beneficios de una empresa monopólica determina la fijación de precios en un nivel superior al de sus costos marginales (precio monopólico) y una reducción de la oferta respecto al nivel que prevalecería en un entorno competitivo.

⁵³ Bajo el modelo de competencia perfecta los productores, actuando individualmente, no tienen la capacidad de influir en el precio de mercado, sino que lo toman como dado y en función del mismo deciden los niveles de producto a ofrecer; sin embargo, una empresa dominante o, en el extremo, monopólica, sí se encuentra en capacidad de influir por sí sola en los niveles de precios del mercado. El ejercicio de dicha capacidad («poder de mercado») en este último caso determinará la imposición de un precio monopólico.



precio monopólico. Por lo tanto, la imposición de los denominados precios «excesivos» representa la fijación por parte de una empresa dominante de precios superiores a los de un entorno competitivo.

114. Cabe precisar que en la Resolución 052-2007/INDECOPI-CLC en la que se analizó un presunto abuso de posición de dominio mediante la imposición de un precio «excesivo» y un trato discriminatorio «explotativo» en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu, el órgano resolutorio precisó lo siguiente:

«El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios «excesivos» o «abusivos», pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe dicho dispositivo legal».

Sin perjuicio de ello, aunque los hechos denunciados no calificaban como una conducta anticompetitiva, la Comisión emitió una abogacía de la competencia, con la finalidad de que se promuevan mecanismos de competencia para la concesión de la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu para lograr un mayor dinamismo en el servicio de transporte de pasajeros de esta ruta.

115. En síntesis, las denominadas prácticas «explotativas» como los precios «excesivos» y la discriminación «explotativa» —a diferencia de las prácticas exclusorias— no necesariamente afectan las condiciones de competencia o disminuyen la rivalidad entre las empresas, sino que inciden directamente en cuánto gana determinado agente económico dominante. La política de competencia a través de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se encarga de proteger el proceso competitivo y sancionar las prácticas que lo afectan, es decir, aquellas que excluyen competidores o impiden su acceso al mercado (conductas exclusorias), debido a que eliminan la rivalidad propia de la competencia mediante mecanismos distintos a la eficiencia económica de los agentes del mercado.
116. Finalmente, cabe precisar que la Dirección puede realizar estudios y publicar informes con la finalidad de proponer a la Comisión la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la competencia a través de la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica en un mercado donde la competencia no es posible⁵⁴. De esta forma, aunque una conducta no califique como una infracción en los términos de la Ley de Represión de Conductas

⁵⁴

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 15.- La Secretaría Técnica

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

(...)

g) Realizar estudios y publicar informes, incluyendo actividades de investigación dirigidas a proponer a la Comisión el ejercicio de las facultades establecidas en el literal e) del numeral 14.2 del artículo 14.

Anticompetitivas, si se verifica que podría tener un impacto sobre la competencia, la Dirección cuenta con este otro mecanismo para fomentar o promover la competencia.

(ii) Conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (LRCA, art. 10.2.h)

117. Como se ha señalado, el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que constituyen prácticas de abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
118. Tal como ha sido prevista, la cláusula general de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponde a una tipificación general de todas las conductas anticompetitivas que podrían ser manifestaciones del ejercicio abusivo de la posición de dominio de una empresa. Por ello, las formas de abuso no se agotan con las modalidades expresamente previstas desde los literales a) hasta la g) del artículo 10.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sino que también constituyen actos de abuso de posición de dominio todas aquellas otras conductas, individual o conjuntamente consideradas, que estén dirigidas a impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
119. Estas conductas, que por sus singulares características no se encuentran expresamente previstas en dicho listado enunciativo, resultan también sancionables directamente en virtud de la cláusula general recogida en el literal h) del artículo 10.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵⁵.
120. Al respecto, debe considerarse que, en un mercado caracterizado por encontrarse dominado por un único agente, sea en la comercialización o prestación de un determinado bien o servicio, dicha empresa buscará determinar sus precios u otras condiciones relevantes según el mayor beneficio económico que le reporten en ausencia de presiones competitivas. De esta manera, el ingreso de nuevos competidores al mercado podría representar una «amenaza» a la situación privilegiada que ostenta esta empresa, al obligarla a tomar en cuenta las presiones de sus competidores para determinar sus precios y otras variables de su oferta.
121. Esta situación, si bien podría incentivar a la empresa con posición de dominio a actuar competitivamente, también podría incentivarla a planificar, organizar y materializar una serie de actos dirigidos a «defender» o asegurar su dominio en el mercado y a bloquear el ingreso o permanencia de sus competidores mediante acciones que no se basan en su mayor eficiencia económica.

⁵⁵ La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 indica que «al describir las características esenciales de la infracción, la tipificación de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio -incluyendo la cláusula general del literal h) del numeral 10.2 del artículo 10- se ajusta a las exigencias del principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 27444 y resulta conforme a las tendencias del moderno derecho administrativo sancionador».

122. Un aspecto determinante para calificar estas conductas como una práctica de abuso de posición de dominio es que produzcan un efecto exclusorio; es decir, la estrategia diseñada por el agente con posición de dominio debe estar dirigida esencialmente a impedir o dificultar la permanencia de sus competidores actuales o potenciales en el mercado. De esta forma, la estrategia puede restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
123. Ahora bien, la flexibilidad de la cláusula general no implica una falta de rigurosidad en el análisis de las formas de abuso de posición de dominio distintas o más complejas que los ejemplos enunciativos recogidos por la Ley. La ilegalidad debe evaluarse sobre la base de elementos de juicio objetivos que permitan determinar que las acciones cuestionadas constituyen un comportamiento estratégico destinado a impedir u obstaculizar injustificadamente el desenvolvimiento regular del competidor en el mercado o entorpecer su actividad económica. La rigurosidad en el análisis tiene por finalidad evitar que se inhiban prácticas que busquen un desempeño más eficiente de los agentes económicos y que sean parte del normal desenvolvimiento del proceso competitivo en el mercado.
124. Finalmente, debido a que toda forma de abuso de posición de dominio está sujeta a una prohibición relativa, la conducta restrictiva analizada debe carecer de justificación en eficiencia y, por el contrario, debe estar en capacidad de producir un efecto exclusorio, al generar un daño efectivo o potencial sobre el competidor o competidores afectados, limitando su capacidad de ingresar o desarrollarse en el mercado, generando barreras o estrategias que limiten su entrada, dificulten su permanencia o provoquen su salida del mercado por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

b. Verificación de la existencia de indicios sobre la conducta denunciada por EBANX

125. De acuerdo con lo indicado en su denuncia, EBANX señaló que VISA infringió el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por la implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del Programa EMLP, que implica que las transacciones que involucren a un comercio localizado fuera de la jurisdicción del adquirente peruano se encontrarán sujetas a nuevas reglas de precios. La imposición del Programa EMLP generaría que el procesamiento de las transacciones internacionales a través de agentes de recaudo sea más costoso que el mecanismo tradicional *cross border*.

Según EBANX, la conducta anticompetitiva que VISA pretende implementar tiene como objetivo eliminar el denominado mecanismo de agentes de recaudo internacional, con lo cual se afectaría la competencia en el mercado de transacciones internacionales, perjudicando a los consumidores y comercios de terceros países, pero beneficiando a VISA, la cual podría mantener los ingresos que le genera el mecanismo *cross border*, que es más costoso y, por tanto, más rentable para VISA.

126. Al respecto, como se ha señalado anteriormente, para que una conducta pueda calificar como una práctica de abuso de posición de dominio bajo la modalidad de la cláusula general (LRCA, art. 10.2.h) es necesario que produzcan un efecto exclusorio; es decir, la estrategia diseñada por el agente con posición de dominio debe estar dirigida esencialmente a impedir o dificultar la permanencia de sus competidores actuales o potenciales en el mercado relevante o afectado. De esta forma, la estrategia puede restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
127. En ese sentido, es necesario acreditar que existe una relación de competencia directa o indirecta entre EBANX y VISA, pues solo en este escenario se podría evaluar si la conducta implementada por VISA podría calificar como una estrategia diseñada por un agente con posición de dominio dirigida esencialmente a impedir o dificultar la permanencia de sus competidores actuales o potenciales en el mercado. De esta forma, podría considerarse que la conducta denunciada podría encajar dentro de la cláusula general prevista en el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En cambio, si no se acredita este requisito esencial previsto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no será posible continuar con el análisis debido a que la conducta denunciada no podría calificar como una de abuso de posición de dominio.

Cabe reiterar que la necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»).

128. A continuación, esta Dirección analizará la conducta denunciada por EBANX con la finalidad de determinar si podría calificar como una práctica de abuso de posición de dominio que busca impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

- **Implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del Programa EMLP**

129. EBANX para sustentar que la implementación del Programa EMLP por parte de VISA tiene como objetivo excluir a sus competidores, señaló que, al ser un agente de recaudo internacional, como EBANX se denomina, sería una plataforma que canaliza los pagos que un consumidor en el Perú realiza por los bienes o servicios que le brinda un comercio ubicado en el extranjero. Este servicio, según EBANX, sería uno alternativo al modelo tradicional o *cross border* que se da enteramente dentro de la plataforma de VISA; mientras que en el caso de EBANX dicho servicio se brinda sobre su propia plataforma.

130. Adicionalmente, señaló que si bien EBANX contrata con Niubiz (adquirente de VISA) para acceder a la red de tarjetahabientes de VISA ya que representa el 80% de todos los usuarios de tarjetas de pago en Perú, también EBANX puede brindar su servicio de pago/cobro internacional, 100% por fuera de la plataforma de Visa, en el caso de que los consumidores utilicen medios de pago alternativos como Pago Efectivo o SafetyPay.
131. En tal sentido, según EBANX, al ser una plataforma de pagos, sería un competidor de VISA en el servicio de aceptación de pagos con tarjetas a comercios extranjeros que ofrecen sus productos o servicios en el Perú debido a que ambas plataformas competirían por realizar la transacción internacional. Asimismo, identificó que las empresas PayU, DLocal y PPRO ofrecen un servicio similar al suyo y que serían sus competidores.
132. A continuación, se analizará si existe una relación de competencia entre VISA y EBANX

(i) Sobre los servicios ofrecidos por EBANX

133. EBANX ha señalado que es una plataforma de pagos que compite con VISA ofreciendo a los comercios internacionales y usuarios la posibilidad de realizar una transacción internacional.
134. En su informe económico, EBANX señala que su plataforma, al igual que la de VISA, también sería un mercado de dos lados, al conectar a consumidores peruanos con comercios extranjeros, utilizando para ello la red de tarjetahabientes de VISA y usuarios de otros medios de pago, como SafetyPay y Pago Efectivo. Así, para un comercio extranjero EBANX competiría con VISA mientras que, desde la perspectiva de los consumidores locales, EBANX también competiría con VISA, al brindar una alternativa de pago sin tarjeta a los consumidores peruanos que usan efectivo en sus transacciones.
135. Al respecto, esta Dirección ha observado que los servicios ofrecidos por EBANX se basan principalmente en ofrecer a los comercios extranjeros el servicio de aceptación de pagos en el Perú, ya sea a través de tarjetas de pago o de otros medios de pago. Para ello, EBANX necesita acceder a una red de pagos como la de VISA, en el caso de tarjetas de pago. EBANX se conecta a las redes de las marcas a través de los adquirentes, observándose una relación de dependencia vertical o complementaria entre su servicio y el ofrecido por los adquirentes, teniendo una figura similar a la de los facilitadores de pago en las transacciones locales.
136. Asimismo, de acuerdo con lo señalado por EBANX, también ofrecería a los comercios extranjeros y consumidores peruanos la posibilidad de realizar las transacciones a través de otros medios de pago diferentes a las tarjetas, como es PagoEfectivo. Al respecto, esta Dirección ha podido observar que, los servicios ofrecidos por los facilitadores de pagos de transacciones locales, también buscan ofrecer a los comercios una solución de pagos amplia que no solo incluya pagos con una marca de tarjetas, sino con todas, y con distintos medios de pago, como

también lo haría EBANX como parte de sus servicios ofrecidos a los comercios internacionales⁵⁶.

137. Ahora bien, para conocer mejor el servicio ofrecido por EBANX, esta Dirección consultó a otros agentes que brindarían un servicio similar a EBANX, en específico sobre las características de los servicios prestados a los comercios extranjeros que ofrecen bienes o servicios en Perú⁵⁷. Cabe precisar que estas empresas también fueron identificadas por la denunciante como plataformas que competirían con el servicio ofrecido por su empresa y, a su vez, con el ofrecido por VISA a través del modelo *cross border*.
138. Al respecto, PayU en la entrevista realizada por esta Dirección señaló que el servicio que ofrece es la de un facilitador de pagos que se encarga de brindarle a los clientes, sean locales o internacionales, la posibilidad de procesar sus pagos de manera local⁵⁸. Por su parte, PPRO señaló que sus principales clientes son comercios internacionales que solicitan el servicio de procesamiento de pagos y que necesita contratar con un adquirente para ofrecer sus servicios⁵⁹. Tanto PayU como PPRO no reconocieron a VISA como uno de sus competidores sino únicamente a los mismos agentes que EBANX habría señalado⁶⁰.
139. En la misma línea, DLocal señaló que tiene la condición de «facilitador de pago» y que ofrece sus servicios a comercios internacionales y locales que venden sus productos a consumidores peruanos, precisando que, en sus operaciones, los adquirentes son sus socios estratégicos en la ejecución y desarrollo de su negocio, debido a que se encargan de solicitar la autorización a los emisores de las transacciones que se realizan y efectúan las liquidaciones vinculadas a su negocio⁶¹.

También reconoce a PayU, EBANX y PPRO como sus competidores mas no a VISA. Por el contrario, al momento de explicar las características de sus servicios, señala que VISA es una marca o medio de pago. Cabe precisar que en la explicación que realiza sobre el funcionamiento de sus servicios no hace distinción en que su modelo varíe para los comercios locales y los internacionales.

⁵⁶ De hecho, PayU confirmó que, como parte del negocio de los facilitadores de pago, ofrecen a los comercios extranjeros la posibilidad de tener toda la oferta de pagos local para el consumidor. Entrevista del 25 de febrero de 2022.

⁵⁷ Las consultas se realizaron a PayU, PPRO y DLocal.

⁵⁸ Entrevista del 25 de febrero de 2022.

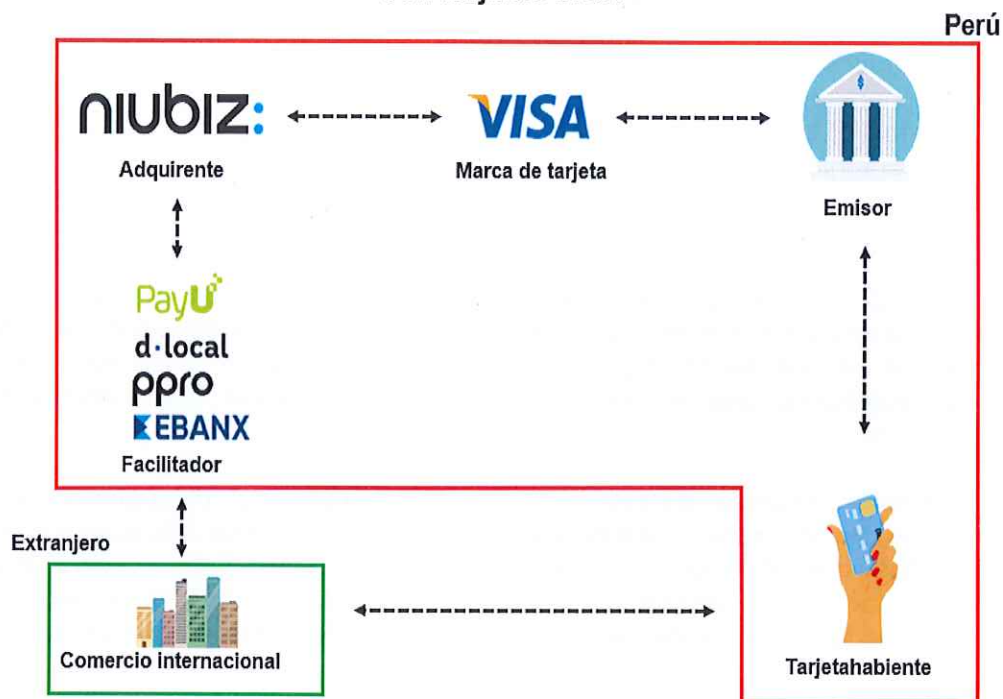
⁵⁹ PayU y DLocal señalaron que brindan el procesamiento de pagos a comercios internacionales y luego precisaron que sus servicios son las de un facilitador de pagos. Asimismo, PPRO también señaló que ofrece el servicio de procesamiento de pago. Esta Dirección ha podido observar que las referidas empresas consideran que el servicio de procesamiento de pago a comercios internacionales es el de aceptación de pagos a comercios internacionales. Sin embargo, técnicamente un procesador de pagos, provee servicios tecnológicos a los adquirentes para la captura de transacciones a través de una red física de terminales (POS) o de plataformas de pagos y el enrutamiento de la transacción hacia la marca para su validación.

⁶⁰ Escrito de PayU del 17 de febrero de 2022 y escrito de PPRO del 14 de marzo de 2022.

⁶¹ Escrito de DLocal del 18 de marzo de 2022.

140. Asimismo, VISA ha señalado que los adquirentes pueden decidir desarrollar su negocio de adquirencia directamente o través de agentes que se denominan facilitadores de pago. El adquirente autoriza al facilitador para firmar acuerdos de aceptación con comercios, sean electrónicos o presenciales. Concretamente, VISA ha reconocido a EBANX, PayU, DLocal y PPRO como facilitadores de pago⁶².
141. A continuación, se grafica los servicios ofrecidos por EBANX (o PayU, DLocal y PPRO) a través de tarjetas de pago de VISA a los comercios extranjeros que ofrecen sus servicios o productos en Perú:

Gráfico 3
Servicios ofrecidos por EBANX a comercios internacionales para pagos con tarjetas VISA



Fuente: Fuente: Escritos presentados por EBANX, PayU, PPRO y VISA.
Elaboración: Dirección

142. Cabe recalcar que, esta Dirección también ha podido observar que, para que EBANX pueda operar en la red de VISA tiene un contrato de afiliación al sistema de VISA y sus respectivas adendas. Al respecto, se ha verificado que la adenda denominada «Contrato de Afiliación al Sistema Niubiz Perú» celebrado el 21 de febrero de 2019 entre EBANX como agente de recaudo y Niubiz Perú, así como la adenda denominada «Contrato de Afiliación al Sistema Visanet Perú» celebrado en la misma fecha entre EBANX como facilitador de pagos y Visanet, al momento de describir los servicios realizados por EBANX como agente de recaudo y facilitador de pagos, ambos modelos coinciden íntegramente en todas las características. Es decir, independientemente de su denominación, las

⁶² Escrito presentado por VISA el 16 de marzo de 2022.

características del modelo negocio son idénticas, debiendo primar el principio de primacía de la realidad.

143. En la misma línea, en el voto particular citado por la denunciante para sustentar la relación de competencia entre EBANX y VISA, se consideró a EBANX como un facilitador de pagos a comercios internacionales. Si bien la denunciante ha señalado que en ese momento se calificó como facilitador internacional a su empresa debido a que aún no era clara la regulación de los agentes de recaudo y que luego se introdujo la denominación especial de servicios de pagos o transferencias internacionales (eFX), lo cierto es que el servicio ofrecido por EBANX era considerado como un facilitador internacional según lo desarrollado en el voto singular.
144. Adicionalmente, en el Comunicado de VISA titulado «*Upcoming Pilot Program in Argentina, Colombia and Peru for Acquirers and Payment Facilitators to Contract with Foreign E-Commerce Merchants*», que fue adjuntado por EBANX como parte de su denuncia, se puede observar que el Programa EMLP estaría dirigido a los adquirentes y a sus facilitadores de pago registrados para que continúen ofreciendo servicios de aceptación de VISA a comercios o mercados de tarjetas no presentes (CNP) ubicados fuera de la jurisdicción del adquirente.

También, en el escrito presentado por la Cámara Peruana de Comercio Electrónico (CAPECE) a la Dirección que fue adjuntado por EBANX como parte de su denuncia, señalan que los agentes afectados por la implementación del Programa EMLP serían los facilitadores de pagos internacionales. Como se puede observar, diversos agentes del mercado coinciden en señalar que el servicio ofrecido por empresas como EBANX, PayU, DLocal y PPRO a los comercios extranjeros sería de facilitación de pagos internacionales.

145. A continuación, se muestra un cuadro comparativo entre los servicios de los facilitadores de pagos para transacciones locales y de los facilitadores de pagos para transacciones internacionales:

[Ver Cuadro en la siguiente página]

Cuadro 1: Servicios ofrecidos por facilitadores de transacciones locales y facilitador de pagos de transacciones internacionales

	Facilitador de pagos para transacciones locales	Facilitador de pagos para transacciones internacionales	Actividad que realiza EBANX
¿Qué servicio ofrece?	Se encuentra a cargo de afiliar a los comercios para que acepten tarjetas de pago, para una o varias marcas de tarjetas, en sus transacciones.	Es un mecanismo alternativo de servicios de aceptación de pagos para que los comercios extranjeros puedan comercializar sus bienes o servicios en el Perú.	Ofrece a los comercios extranjeros el servicio de aceptación de pagos en el Perú ya sea a través de tarjetas de pago o de otros medios.
¿Cómo realiza el servicio?	Para que un facilitador de pagos pueda ofrecer el servicio de aceptación a un comercio, <i>necesita tener un contrato con un adquirente</i> quien le brindará la conexión a la red de la marca. No contratan con las licenciatarias.	Para ofrecer el servicio de aceptación de pagos a un comercio extranjero, <i>necesita tener un contrato con un adquirente local</i> quien le brindará la conexión a la red de la marca.	Para ofrecer su actividad, EBANX <i>contrata con los adquirentes la conexión a las redes de las marcas.</i>
¿Ofrece soluciones multimarca?	Sí, ofrece a los comercios el servicio de aceptación de pagos para <i>todas las marcas en el mercado.</i> También ofrece a los comercios el servicio a través de otros medios de pago como son las <i>billeteras electrónicas de los bancos, como Yape o Plin</i> o, en el caso del comercio electrónico, a través de <i>PagoEfectivo.</i>	Sí, se encarga de <i>recaudar los pagos realizados por los consumidores peruanos</i> , a los comercios extranjeros para luego transferir lo recaudado a las cuentas bancarias del comercio, en el extranjero. Ofrece al comercio extranjero la aceptación de pagos de consumidores peruanos a través de tarjetas de pagos y otros medios.	Sí, ofrece a los comercios extranjeros la posibilidad de <i>realizar las transacciones a través de otros medios de pago diferentes a las tarjetas, como es PagoEfectivo.</i>

Fuente: Resolución 001-2022/CLC-INDECOPI
 Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

146. En conclusión, EBANX afirma que los servicios que esta empresa ofrece no serían los provistos por un facilitador de pagos debido a que este se limitaría a ser un complemento de las plataformas domésticas locales (y no un competidor de la plataforma de pago) sino que debería reconocérsele como agente de recaudo internacional, por las características de los servicios que brinda. Sin embargo, de la información proporcionada por los agentes que brindarían un servicio similar al ofrecido por EBANX y de otros agentes que participan en este mercado, podría

afirmarse que el servicio de EBANX es similar al servicio prestado por un facilitador de pagos locales y, en el caso analizado, sería un facilitador de pagos de transacciones internacionales siendo un agente que opera dentro de la red de la marca VISA.

(ii) Sobre los servicios ofrecidos por VISA

147. Esta Dirección ha podido observar que el servicio ofrecido por VISA en Perú es el desarrollo y administración de una marca de tarjetas de pago o una red de pago que conecta a distintos grupos de usuarios de diferentes lados del mercado (consumidores, comercios, emisores, adquirentes y facilitadores). En ese sentido, VISA administra una plataforma que permite la realización de pagos y el traspaso de fondos desde los consumidores hasta los comercios. Así, la red de VISA sería un medio de pago que compite con otros medios como son las transferencias interbancarias, los cheques y el dinero en efectivo⁶³.
148. En el caso específico de las tarjetas, las diferentes marcas de tarjetas, como por ejemplo VISA y Mastercard, compiten entre sí para que los emisores entreguen tarjetas vinculadas a su marca a los consumidores; y a su vez, para que los adquirentes ofrezcan a los comercios la aceptación de las tarjetas vinculadas a su marca⁶⁴.
149. Ahora bien, EBANX afirma que el mecanismo de *localización doméstica* es un alternativo al modelo tradicional o *cross border*. Asimismo, también ha señalado que en el modelo *cross border*, la plataforma que organiza el servicio y gerencia los diversos lados involucrados es la marca (VISA), que dicta los términos del servicio y las principales reglas a todos los involucrados, mientras que, en el mecanismo de *localización doméstica*, los diversos servicios son organizados por los agentes de recaudo (como EBANX). Por ello, concluye que VISA tendría incentivos para favorecer el mecanismo *cross border* debido a que organiza todo el servicio.
150. Sobre el particular, esta Dirección coincide con EBANX en que los mecanismos *cross border* y de *localización doméstica*, podrían considerarse mecanismos alternativos de servicios de aceptación de pagos para que los comercios extranjeros puedan comercializar sus bienes o servicios en el Perú. Sin embargo, VISA cumple el mismo rol en ambos modelos debido a que se encarga de desarrollar y administrar su propia red de pago, proporcionando un conjunto de reglas y la infraestructura en la que se procesan las transacciones, permitiendo que los pagos realizados por un consumidor sean trasladados hacia los comercios.
151. Lo que varía en estos mecanismos son los agentes que ofrecen el servicio de aceptación de pagos a los comercios internacionales. Así, en el mecanismo de *localización doméstica* participan los facilitadores de pagos locales y los

⁶³ De manera similar se señaló en el Estudio de Mercado. Para mayor detalle, consultar las páginas 10 y 11 del referido Estudio.

⁶⁴ Para mayor detalle, consultar la página 71 del Estudio de Mercado.



adquirentes locales –a través de los cuales los facilitadores de pagos locales pueden acceder a la red de VISA–; mientras que en el modelo de *cross border* participan el adquirente extranjero y/o los facilitadores de pagos extranjeros. En ese sentido, los facilitadores de pagos locales (mecanismo de *localización doméstica*), los adquirentes extranjeros (mecanismo *cross border*) y los facilitadores de pagos extranjeros (mecanismo *cross border*) podrían competir entre sí por el servicio de aceptación de pago con tarjetas a comercios extranjeros que ofrecen productos o servicios en Perú⁶⁵; mas no con VISA.

152. En conclusión, VISA ha creado su propia red de pagos y administra su marca de tarjetas de pago o una red de pago que conecta a distintos grupos de usuarios de diferentes lados del mercado (consumidores, comercios, emisores, adquirentes y facilitadores), que permiten que los pagos realizados por un consumidor sean trasladados hacia los comercios.

(iii) Comparación entre el servicio de VISA y EBANX

153. Luego de haber analizado las principales características de los servicios de VISA y EBANX, se evaluará si estos pueden resultar alternativos o sustitutos para poder afirmar que son competidores entre sí.

154. Al respecto, VISA desarrolla y administra un medio de pago propio que son las tarjetas de pago de la marca VISA, en el cual interactúan emisores y adquirentes (incluso también facilitadores de pagos) que ofrecen servicios a consumidores y comercios para realizar una transacción utilizando esta red de pago. Asimismo, establece las reglas para que se pueda realizar la transferencia de fondos, esto es el retiro de los fondos desde las cuentas de los consumidores y su traslado hacia los comercios. El servicio ofrecido por VISA es principalmente demandado por adquirentes, emisores, consumidores y comercios.

En cambio, EBANX únicamente contrata los servicios de diversos medios de pago complementarios para ofrecer el servicio de aceptación de pagos a los comercios internacionales mas no desarrolla un medio de pago propio. De igual forma, EBANX no realiza el retiro de los fondos de los consumidores para su traslado a los comercios, sino que recibe los fondos desde un agente dentro de la red del medio de pago y solo se encarga de su traslado a los comercios. De hecho, para ofrecer sus servicios a los comercios extranjeros, EBANX necesita acceder a una red de pagos como es VISA a través de un adquirente, quien será el que le envíe los fondos de las transacciones. El servicio ofrecido por EBANX es demandado principalmente por los comercios internacionales.

155. Sobre el particular, EBANX ha señalado que de acuerdo con el voto particular emitido en 2017 por la Consejera Cristiane Junqueira de CADE se podía advertir que el surgimiento de plataformas como EBANX es una amenaza a la posición de VISA como plataforma dominante en el mercado de transacciones internacionales (competencia actual), pero también es una amenaza a su posición en

⁶⁵ De hecho, PayU ha señalado que su empresa competiría con otra empresa que se encuentre conectada a un adquirente internacional. Entrevista del 25 de febrero de 2022.

transacciones domésticas o locales (competencia potencial)⁶⁶. Al respecto, cabe precisar que este pronunciamiento fue un voto particular que se apartó de la decisión mayoritaria y que además hace referencia a una competencia potencial por un nicho de negocio que podría resultar atractivo para VISA en un futuro, mas no afirma que exista una competencia actual entre VISA y EBANX.

Ahora bien, de la información proporcionada por EBANX y de los servicios que actualmente desarrolla dicha empresa, no se puede apreciar que EBANX proyecte desarrollar un servicio similar a VISA o un medio de pago alternativo, que permita afirmar fehacientemente que, aunque actualmente no son competidores directos, podría existir una competencia potencial.

156. Asimismo, en otro pronunciamiento, el CADE y el Banco Central de Brasil determinaron que un facilitador de pago no podría generar presión competitiva a una marca de tarjeta, en la medida que el primero es un participante de la red que crea y administra la segunda. En efecto, la marca es la persona jurídica responsable del medio de pago, es decir, del conjunto de reglas y procedimientos que rigen la prestación de un determinado servicio de pago al público, mientras que el facilitador es solo un participante⁶⁷.
157. Adicionalmente, como parte de los argumentos para sustentar la relación de competencia entre EBANX y VISA, la denunciante señala que VISA en su Reporte Anual del año 2021 ha reconocido que enfrenta una creciente competencia por parte de proveedores de «pago alternativos», que son a la vez competidores y «socios de su red» (como EBANX). Al respecto, de la revisión del referido documento se puede observar que VISA claramente señala que compiten contra otros medios de pago que incluye pagos en papel, principalmente efectivo y cheques y todas las formas de pagos electrónico, señalando como ejemplos, billeteras digitales, plataforma de criptomonedas y los sistemas de cuenta a cuenta a través de comercio electrónico o canales móviles.
158. Efectivamente, la innovación y la tecnología están impulsando el desarrollo de nuevos medios de pago. Para que se desarrolle una alternativa a los medios de pago debe considerarse que este nuevo instrumento debe permitir el traslado de

⁶⁶ En su voto singular, la consejera señala lo siguiente: «10. Por un lado, las banderas ganan con la existencia de este nuevo sistema, ya que se accede a sus tarjetas por más personas. Por otro lado, como: (1) hay dos sistemas que compiten entre sí (el *cross border* y el facilitador internacional); (2) las banderas pierden ingresos cuando el consumidor opta por el "facilitador internacional"; y (3) este segundo sistema comienza a crecer incluso con el mismo público que antes solo podía usar el primer sistema, Visa empieza a preocuparse por esta creciente competencia y empieza a tener incentivos para evitar o impedir que este jugador actúe. Incluso porque la propia Visa puede estar planeando entrar en este todavía lucrativo nicho de mercado, con una potencial competencia que, si no hace nada, verá reducidos sus ingresos». Traducción libre de «Por um lado, as bandeiras ganham com a existência deste novo sistema, pois seus cartões são acessados por mais pessoas. Por outro, como: (1) são dois sistemas concorrentes (*cross border* e o facilitador internacional); (2) as bandeiras perdem faturamento quando o consumidor opta pelo sistema com o "facilitador internacional"; e (3) este segundo sistema começa a crescer até mesmo com o público que poderia só usar o primeiro sistema, a Visa começa a se preocupar com esta concorrência crescente e começa a ter incentivos para impedir ou inviabilizar este *player* de atuar. Até porque a própria Visa pode estar planejando entrar neste ainda lucrativo nicho de mercado, com uma concorrência potencial latente, no que, se ela não fizer nada, verá o seu faturamento ser reduzido».

⁶⁷ Para mayor detalle, consultar el Inquérito Administrativo 08700.005986/2018-66 del CADE. Disponible en: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/general_superintendence_s_opinion_to_close_the_inquiry_-_decision.pdf?254793/3d71357ccf6515c96776ea5098ee7b3a7783fb16



fondos desde la cuenta de un consumidor hacia la de un comercio, cualquiera que sea el medio o proceso técnico utilizado.

159. Ahora bien, concretamente en relación con el servicio ofrecido por los agentes reconocidos por EBANX como plataformas que competirían con el servicio ofrecido por su empresa y, a su vez, con el ofrecido por VISA a través del modelo *cross border*, no han reconocido a VISA como un competidor en el servicio que ofrecen a los comercios internacionales que brindan bienes o servicios en Perú. Por el contrario, estas empresas han señalado que son facilitadores de pagos y como el propio EBANX ha reconocido un facilitador de pagos se limitaría a ser un complemento de las plataformas domésticas locales y no un competidor de la plataforma de pago.

Asimismo, VISA también ha explicado que los facilitadores de pagos actúan directamente con los comercios (sean estos online o electrónicos o presenciales), mantienen relación con éstos y a su vez interactúan con el adquirente que lo ha autorizado para firmar los acuerdos de aceptación de pagos en su nombre con los comercios⁶⁸.

160. En ese sentido, si bien la innovación y la tecnología están impulsando el desarrollo de nuevos medios de pago, a criterio de esta Dirección, el servicio que ofrece VISA no es una alternativa al servicio ofrecido por EBANX en la medida que VISA desarrolla y administra un medio de pago propio que son las tarjetas de la marca VISA, y EBANX ofrece el servicio de aceptación de distintos medios de pagos complementarios a los comercios internacionales que brindan bienes o servicios en Perú.
161. A continuación, se muestra un cuadro comparativo entre los servicios de VISA y de los facilitadores de pagos de transacciones internacionales:

[Ver Cuadro en la siguiente página]

⁶⁸ Escrito presentado por VISA el 16 de marzo de 2022.

Cuadro 2: Servicio prestado por la marca de tarjeta VISA y el facilitador de pagos para transacciones internacionales EBANX

	Marca de tarjeta o licenciataria VISA	Facilitador de pagos para transacciones internacionales EBANX
<i>¿Qué servicio ofrece?</i>	<p>Ofrece la infraestructura encargada de procesar las transacciones, establecer los estándares operacionales y comerciales que permiten el funcionamiento del sistema de pagos y realizar cierto nivel de investigación y desarrollo para mejorar la red de pagos.</p> <p>Se encuentra a cargo de administrar una plataforma que permite la realización de pagos y el traspaso de fondos desde los consumidores hasta los comercios.</p>	<p>Ofrece a los comercios extranjeros el servicio de aceptación de pagos en el Perú ya sea a través de tarjetas de pago (todas las marcas) y de otros medios (Yape, Plin, PagoEfectivo).</p> <p>Se encuentra a cargo de de afiliar a los comercios para que acepten tarjetas de pago a nombre de un adquirente u otros medios de pago.</p>
<i>¿Quiénes son sus clientes?</i>	Adquirentes, consumidores y emisores.	Comercios internacionales.
<i>¿Quiénes son sus principales competidores?</i>	<p>Diferentes marcas de tarjeta como Mastercard, American Express y Diners.</p> <p>Otros medios de pago como transferencias bancarias, criptomonedas, cheques y dinero en efectivo.</p>	<p>Otros agentes de recaudo como PayU, DLocal y PPRO.</p> <p>También facilitadores y/o adquirentes internacionales que ofrecen el servicio de aceptación de pagos a los comercios extranjeros.</p>

Fuente: Escritos presentados por EBANX, PayU, PPRO y VISA y Estudio de Mercado.
Elaboración: Dirección

162. En conclusión, VISA desarrolla y administra un medio de pago proporcionando reglas para que el traspaso de fondos, desde el consumidor al comercio, pueda realizarse, y también se encarga de viabilizar las transacciones realizadas a través de la interconexión del lado emisor y afiliador conectados a su red. Por su parte, EBANX se encarga de capturar la transacción y enviarla hacia la red de VISA para su aprobación, no ejecuta el retiro de fondos del consumidor para su traslado al comercio, sino que solo recibe los fondos de un agente afiliador conectado a la red de VISA.
163. De esta forma, el servicio ofrecido por VISA es el de desarrollar un medio de pago, permitiendo a distintos agentes acceder a su red para que los pagos se puedan realizar, participando en el mercado relevante definido en la sección 3.2.1.b; mientras que EBANX ofrecería el servicio de aceptación de pagos a comercios internacionales, participando en el mercado afectado definido en la sección 3.2.1.d. Por ello, esta Dirección considera que no existe una relación de competencia entre ambos agentes pues participan en mercados diferentes.

(iv) Sobre la conducta denunciada por EBANX

164. De acuerdo con lo indicado en su denuncia, EBANX señaló que VISA infringió el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por la implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del Programa EMLP, que implica que las transacciones que involucren a un comercio localizado fuera de la jurisdicción del adquirente peruano se encontrarán sujetas a nuevas reglas de precios. La imposición del Programa EMLP generaría que el procesamiento de las transacciones internacionales a través de agentes de recaudo sea más costoso que el mecanismo tradicional *cross border* y, por tanto, más rentable para VISA.
165. Asimismo, EBANX ha señalado que las nuevas tarifas impuestas por VISA en el programa EMLP tienen un claro carácter excluyente y no explotativo, en la medida de que no solo tienen como objetivo aumentar las ganancias comprimiendo los márgenes de otros agentes, sino que buscan imponer tarifas específicamente superiores a las cobradas en su sistema de pago *cross border*, lo que se caracteriza como un estrechamiento de márgenes.
166. Cabe resaltar que la Sala Especializada en la Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) en numerosas resoluciones⁶⁹ ha sido enfática en señalar que la exigencia de probar el carácter exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio implica distinguir aquellas prácticas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales, de aquellas prácticas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado.
167. Sobre la importancia del efecto exclusorio, a manera de ejemplo, en la Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI, la Sala declaró que no se encontraron indicios razonables para sostener que Petroperú S.A. haya podido obtener beneficios o generado perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En el mencionado caso, la Sala determinó que la empresa denunciante, Llama Gas S.A., no tuvo una relación de competencia directa o indirecta con el presunto dominante, pues dicha empresa se encargaba principalmente del envasado de GLP y la venta minorista de este producto, mientras que Petroperú S.A., por su parte, se dedicaba al suministro y la venta mayorista de GLP. En esa medida, las prácticas realizadas por Petroperú S.A. no excluían a algún rival actual o potencial, directo o indirecto del mercado.
168. Por otro lado, se encuentra el caso que dio lugar a la Resolución 930- 2011/SC1-INDECOPI por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca) contra Super Star S.R.L. En el mencionado procedimiento, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio, es necesario que la conducta denunciada genere un efecto exclusorio. En este sentido, se verificó que pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la

⁶⁹ A manera de ejemplo la Resolución 0589-2015/SDC-INDECOPI, Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI y Resolución 930- 2011/SC1-INDECOPI.

distribución de productos de Gloria en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante –una empresa mayorista– no era posible que se genere un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

169. Ahora bien, del análisis realizado, no se ha acreditado que exista una relación de competencia entre EBANX y VISA. Por ello, considerando que, para que una conducta pueda ser encausada dentro de la cláusula general prevista en el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, es necesario que el agente con posición de dominio implemente estrategias dirigidas esencialmente a impedir o dificultar la permanencia de sus competidores actuales o potenciales en el mercado (efecto exclusorio), la conducta denunciada no podría ser calificada como tal al no haberse acreditado la relación de competencia entre EBANX y VISA; y, en consecuencia, no podría calificarse como un conducta exclusoria.

Por el contrario, aparentemente la implementación del Programa EMLP podría responder más bien al ejercicio de poder de mercado que tendría VISA que no necesariamente disminuye la rivalidad entre las empresas competidoras, sino que inciden directamente en cuánto gana determinado agente económico dominante. Sin embargo, en esta decisión no se han evaluado las justificaciones de la implementación del Programa EMLP debido a que este análisis únicamente hubiese procedido de haberse acreditado que la conducta denunciada podría calificar como una modalidad de abuso de posición de dominio.

170. Asimismo, cabe precisar que para evaluar una conducta de estrechamiento de márgenes es necesario que exista una relación de competencia directa o indirecta entre la empresa supuestamente afectada y la empresa que estaría realizando la práctica. De esta forma, la empresa con posición de dominio (o una empresa de su grupo económico) que se encuentra en distintos niveles de la cadena de producción aplicaría esta estrategia con la finalidad de excluir a un competidor directo o indirecto. Sin embargo, en el caso bajo análisis, esta práctica también se descartaría debido a que, aunque EBANX, como facilitador de pagos de transacciones internacionales, necesita acceder a la red de la marca VISA, no existe una relación de competencia entre VISA y EBANX en el mercado de aceptación de pagos para que los comercios extranjeros puedan comercializar sus bienes o servicios en el Perú, que pueda incentivar a realizar una práctica como esta.

171. Por otro lado, de la información recabada, no se ha observado un trato diferenciado entre los agentes que ofrecen un servicio similar al de EBANX sino que la implementación del Programa EMLP estaría dirigido a los adquirentes y a sus facilitadores de pago registrados para que continúen ofreciendo servicios de aceptación de VISA a comercios o mercados de tarjetas no presentes ubicados fuera de la jurisdicción del adquirente.

172. De esta forma, al no haberse acreditado que la conducta denunciada pueda ser encausada dentro de la cláusula general prevista en el inciso h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas al no haberse verificado que entre EBANX y VISA exista una relación de competencia que pudiera generar



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

un efecto exclusorio en perjuicio de la denunciante, corresponde declarar improcedente la denuncia de EBANX.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia;

RESUELVE: Declarar improcedente la denuncia presentada por EBANX PERU S.A.C. el 28 de diciembre de 2021 en contra de Visa International Service Association y Visa International Peru S.R.L. por un presunto abuso de posición de dominio por la presunta implementación arbitraria, discriminatoria e injustificada del Programa EMLP en perjuicio de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica; al no existir indicios razonables de la configuración de la infracción denunciada. En consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicha empresa, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables sobre las infracciones denunciadas.



Jesús Eloy Espinoza Lozada
Director

Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia