

ANT.: Denuncia por eventuales conductas anticompetitivas en el mercado de emisión de boletas electrónicas. Rol N° 2649-21 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 19 de octubre de 2021

A: FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE: JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía informo al señor Fiscal Nacional Económico (S) acerca de la admisibilidad de la denuncia indicada, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación.

I. Antecedentes

1. Con fecha 19 de enero de 2021, un particular ingresó a esta Fiscalía una denuncia en contra de Transbank S.A. (“Transbank”) y Multicaja S.A. (“Multicaja”), ya que ambas compañías se encontrarían prestando el servicio de emisión de boletas electrónicas, o de vales electrónicos en sustitución a la boleta electrónica a comercios, en el contexto de las obligaciones tributarias impuestas a estos últimos por el artículo 54 del DL N° 825 de 1974 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios¹, y por las Resoluciones Exentas N° 74/2020, N° 108/2020 y N° 176/2020, todas del Servicio de Impuestos Internos (“SII”).
2. Lo anterior constituiría, de acuerdo a este denunciante, una intromisión de las sociedades de apoyo al giro bancario y de operación de tarjetas de pago en el mercado de emisión de boletas electrónicas, desnaturalizando el fin primigenio de la red comunicacional operada a través de los dispositivos POS, cuyo fin no es otro que servir como procesador de pagos.

¹ Esta disposición señala que: “Las facturas, facturas de compra, guías de despacho, boletas de ventas y servicios, liquidaciones facturas y notas de débito y crédito que deban emitir los contribuyentes, consistirán exclusivamente en documentos electrónicos emitidos en conformidad a la ley, sin perjuicio de las excepciones legales pertinentes. En el caso del sector silvoagropecuario, de la pesca artesanal, y de la pequeña minería y pirquineros, las guías de despacho se podrán emitir, a elección del contribuyente, como documento electrónico o en papel (...)”.

3. Por otra parte, con fecha 27 de enero de 2021, un segundo particular ingresó una denuncia, esta vez sólo respecto de Transbank, por supuestas conductas anticompetitivas que esta última se encontraría ejecutando en el mercado de boletas electrónicas.
4. En particular la denuncia señala que el ingreso de Transbank a este mercado constituiría un acto ilegal, toda vez que se encuentra limitado en los giros que puede desarrollar, pudiendo ejecutar únicamente aquellos que específicamente detalla la normativa sectorial, tanto en su calidad de Sociedad de Apoyo al Giro Bancario en los términos del art. 74 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 3/1997 del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican², como en su calidad de Empresa Operadora de Tarjetas, de acuerdo a la regulación dispuesta en el Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile³.
5. Esta presunta ilegalidad, indica este segundo denunciante, constituye un acto de competencia desleal, tipificado en la Ley N° 20.169 sobre competencia desleal, ya que le permite acceder a una actividad económica, y consecuentemente, a obtener una ventaja significativa respecto de sus competidores. En específico, ésta vendría dada por su posibilidad de extender su posición de dominio desde el mercado de

² En específico el artículo 74 del DFL N° 3/1997 establece que: “Los Bancos podrán, también, previa autorización de la Comisión, y cumpliendo los requisitos generales que para el objeto específico ella establezca mediante norma de carácter general, ser accionistas o tener participación en una sociedad cuyo único objeto sea uno de los siguientes:

a) Prestar servicios destinados a facilitar el cumplimiento de los fines de las entidades financieras.

b) Que por su intermedio las instituciones financieras puedan efectuar determinadas operaciones de giro bancario con el público, excepto la de captar dinero.

Las sociedades de apoyo al giro bancario que realicen actividades relacionadas con los medios de pago podrán prestar servicios a los emisores y operadores de los medios de pago descritos en el inciso segundo del artículo 2 de la presente ley.

Las sociedades de apoyo al giro bancario a que se refiere el inciso anterior podrán utilizar medios tecnológicos, electrónicos o cualquier otro que resulte apto para facilitar que los establecimientos de comercio puedan aceptar en forma expresa las condiciones de contratación que éstas propongan para la operación de medios de pago con provisión de fondos no bancarios y similares, las que deberán ser objetivas, competitivas, transparentes y no discriminatorias. Estas condiciones deberán ser informadas a los establecimientos de comercio con la debida anticipación y publicidad, procurando asegurar un adecuado conocimiento de su sentido, alcances y efectos.

La Comisión determinará, mediante norma de carácter general, las condiciones y requisitos para la constitución de filiales de acuerdo a lo dispuesto en este párrafo”.

Por su parte, la Circular N° 3 de la ex Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero, dispone en su apartado II.6 que las operaciones que realicen este tipo de sociedades deberán sujetarse a las normas específicas que fije dicho organismo en uso de las facultades que le confiere la Ley General de Bancos.

³ Dicho cuerpo reglamentario dispone en su apartado III.3 que estas empresas deberán constituirse como sociedades anónimas especiales de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas (numeral i), y que contemplarán en sus estatutos como objeto social exclusivo la operación de tarjetas de conformidad a dicho Capítulo, y las actividades complementarias a dicho giro que autorice la Comisión para el Mercado Financiero mediante norma de carácter general (numeral ii).

operación de tarjetas o adquirencia, hacia el mercado de emisión de boletas electrónicas.

6. Considerando que ambas denuncias comparten imputaciones fácticas y jurídicas de la misma índole, fueron analizadas por la División Antimonopolios en el contexto del expediente de admisibilidad Rol N° 2649-21 FNE.

II. Análisis de las denuncias

7. En primer lugar, cabe señalar que, de acuerdo a las diligencias efectuadas por esta División, se pudo comprobar que ambas compañías denunciadas efectivamente se encuentran prestando el servicio de emisión de boletas electrónicas a comercios⁴.
8. Con todo, el basamento jurídico de la primera imputación, tanto a Transbank como a Multicaja, consiste en que éstas se encontrarían desarrollando dicha actividad de manera ilegal, toda vez que excederían los giros a los cuales se encuentran autorizados en virtud de la normativa sectorial antedicha, y que esta sola circunstancia configuraría una conducta de competencia desleal.
9. En primer término, la jurisprudencia nacional ha considerado que el incumplimiento de normas, sean estas laborales, previsionales, tributarias o de otra índole, como en este caso podría ser el incumplimiento de restricciones sectoriales a las actividades que pueden desarrollar las empresas autorizadas para operación de tarjetas de pago y sociedades de apoyo al giro bancario, no constituyen en sí mismas y por sí solas una conducta de competencia desleal.
10. Así, por ejemplo, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en su Sentencia N° 123/2012 señaló que el hecho de que un establecimiento comercial no cuente con patente comercial o de alcoholes, no puede ser calificado por sí mismo como una conducta atentatoria de la libre competencia⁵. Adicionalmente, en su Sentencia N° 176/2021, dicha judicatura especificó los requisitos en virtud de los cuales una infracción de normas puede configurar un acto de competencia desleal, señalando que corresponden a que: *“(i) exista prejudicialidad, vale decir, que la vulneración de la norma sea previamente declarada por el regulador sectorial o el*

⁴ De acuerdo a lo indicado en toma de declaración de fecha 2 de marzo de 2021, y a respuesta de fecha 10 de mayo de 2021 al Ord. N° 573-21 FNE de fecha 21 de abril de 2021.

⁵ Sentencia N° 123/2012 del H. TDLC de fecha 4 de julio de 2011, considerando cuadragésimo segundo. Asimismo lo ha señalado esta Fiscalía en la Resolución de Archivo del expediente Rol N° 1394-09 FNE de fecha 2 de febrero de 2009.

órgano jurisdiccional con competencia sobre la materia; (ii) que el infractor obtenga una ventaja competitiva a consecuencia de la infracción de normas; y (iii) que dicha ventaja sea significativa”⁶.

11. En relación al primer requisito, a saber la prejudicialidad, cabe señalar que la fiscalización y la interpretación de las disposiciones sectoriales que rigen a las Empresas Operadoras de Tarjetas y a las SAG, y por tanto, la calificación sobre la legalidad del desarrollo de sus actividades, es de exclusiva competencia de la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”).
12. Así lo dispone el artículo 3° N° 8 de la Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, de acuerdo al cual corresponde a dicho organismo la fiscalización de las empresas bancarias, cualquiera sea su naturaleza, así como aquellas dedicadas a la operación de tarjetas, y el artículo 5° N° 1, que establece la facultad de interpretar administrativas las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, pudiendo fijar normas, impartir instrucciones y/o dictar órdenes para su aplicación o cumplimiento.
13. Conforme a lo indicado, esta Fiscalía carece de potestades para determinar si el desarrollo del giro de emisión de boletas electrónicas, tanto por Transbank como por Multicaja, se ajusta a la normativa sectorial.
14. En consideración a lo señalado, se ofició a la CMF para que ésta determinara, en el marco de sus competencias, si tanto las SAG como las Empresas Operadoras de Tarjetas de Pago se encontraban autorizadas o no a prestar el servicio de emisión de boletas electrónicas, tanto para transacciones que utilicen medios electrónicos, como con dinero en efectivo a comercios, sin que a esta fecha se conozca su pronunciamiento sobre la materia.
15. En segundo lugar, debe recordarse que el literal c del artículo 3° del DL 211 considera como infracciones a la libre competencia aquellas conductas de competencia desleal *“realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.
16. En consecuencia, no basta la existencia de un acto de competencia desleal, esto es, en los términos del artículo 3° de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por

⁶ Sentencia N° 176/2021 de H. TDLC de fecha 15 de marzo de 2021, considerando trigésimo quinto.

medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado, sino que, para constituir una infracción al DL N° 211, debe verificarse: (i) que el objeto de la conducta sea alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante; y (ii) que tanto el ejecutor como el afectado por la conductas sean competidores.

17. En cuanto al poder de mercado de las empresas denunciadas, de acuerdo a las cifras aportadas por la CMF en la causa Rol NC 463-20 TDLC⁷, Transbank tendría una participación del 99,7% en el mercado de operación de tarjetas en el periodo comprendido entre marzo de 2019 y agosto de 2020, mientras que Multicaja detentaría el 0,3% restante⁸.
18. Estos indicadores permiten descartar que Multicaja pueda incurrir en algún tipo de conducta anticompetitiva para alcanzar -menos aun mantener o incrementar- posición dominante en el mercado de servicios de emisión de boletas electrónicas mediante las prácticas denunciadas.
19. En relación a Transbank, tal como indican las cifras expuestas anteriormente, y como lo ha señalado esta Fiscalía, aún cuenta con una posición supradominante en el mercado de operación de tarjetas de pago y, por tanto, debe analizarse si esta empresa podría apalancar esta posición de dominio hacia el de emisión de boletas electrónicas.
20. De acuerdo a la información recabada en el expediente, cabe señalar que en la actualidad existen 69 empresas autorizadas por el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) para desarrollar dicho giro, lo cual da cuenta de que este mercado actualmente es atomizado y presenta bajas barreras a la entrada⁹.
21. Asimismo, dicho Servicio provee a los comercios una aplicación gratuita para dispositivos móviles denominada e-boleta, con la cual pueden emitir boletas electrónicas. De acuerdo a información pública del SII, a septiembre de 2021 se encuentran inscritas 505.848 empresas como emisores de boletas electrónicas, de los cuales 377.780 emiten a través de la aplicación provista por el SII, y sólo 127.978

⁷ Aporte de antecedentes de la Comisión para el Mercado Financiero en causa rol NC 463-20, a folio 215.

⁸ Así lo señaló el H. TDLC en el párrafo 145 de la Resolución N° 67/2021 de fecha 21 de septiembre de 2021. Dichas participaciones son medidas por concepto de transacciones con tarjetas de pago.

⁹ El listado de empresas autorizadas por el SII se encuentra en: https://www.sii.cl/portales/boleta_electronica/3785-proveedores_autorizados_be.html [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

emplean alguno de los servicios o aplicaciones comercializados por empresas emisoras de boletas electrónicas¹⁰.

22. A nivel comparado, el apalancamiento anticompetitivo se ha definido como la situación en la cual una compañía que es dominante en un mercado, puede emplear dicha posición para restringir la competencia, o realizar otras conductas abusivas que tengan ese mismo fin, en un segundo mercado¹¹.
23. Para el caso en análisis, Transbank debiese tener la capacidad de emplear su posición dominante en el mercado de operación de tarjetas¹² para ejecutar conductas exclusorias en el mercado de emisión de boletas electrónicas. Sin embargo, como se ha señalado en los párrafos anteriores, este último mercado se caracteriza por bajas barreras a la entrada y se encuentra sujeto a la tensión competitiva tanto de proveedores especializados como del servicio gratuito de emisión de boletas electrónicas provisto por el SII, que cubre prácticamente el 75% del mercado medido en número de empresas inscritas para emitir este tipo de boletas.
24. El diagnóstico previamente efectuado se ve refrendado en la práctica, pues de acuerdo a las diligencias efectuadas por esta División, se pudo comprobar que Transbank sólo ofrece el servicio de boletas electrónicas a los comercios a los cuales provee el servicio de operación de tarjetas, ya que emplea el POS como dispositivo para emitir la boleta¹³, y a marzo de 2021, la compañía ha prestado el servicio de boletas electrónicas al [0–6%] del total de comercios que tiene afiliados para la operación de tarjetas de pago¹⁴.
25. Lo anterior, demuestra una baja penetración de esta compañía en el mercado de emisión de boletas electrónicas, descartándose que la denunciada haya apalancado de forma efectiva su posición dominante desde el mercado de adquirencia.

¹⁰ De acuerdo a los datos proporcionados por el propio SII, y expuestos en el sitio web del Servicio: https://www.sii.cl/portales/boleta_electronica/3767-3771.html [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

¹¹ O'Donoghue, R. Padilla, J. *The law and economics of article 102 TFUE*, p. 253. Se señalan como ejemplos de apalancamientos anticompetitivos el denegar el acceso a un insumo esencial en un mercado aguas abajo, u ofrecer descuentos exclusorios en un mercado en el cual no se tiene dominancia, que es cercano al mercado en el cual se tiene posición de dominio.

¹² Respecto de los antecedentes que dan cuenta de la posición supra dominante de Transbank véase el aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica en la causa Rol NC 463-20 de folio 103, y la Resolución N° 67/2021 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹³ De acuerdo a la información publicada por Transbank en su sitio web, el comercio debe ser cliente de la compañía para contratar el servicio de boleta electrónica. Disponible en: <https://publico.transbank.cl/landing-boleta> [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

¹⁴ De acuerdo a respuesta de fecha 10 de mayo de 2021 al Ord. N° 573-21 FNE de fecha 21 de abril de 2021.

III. CONCLUSIONES

26. Como se ha señalado en la jurisprudencia nacional, así como en decisiones previas de esta Fiscalía, la sola infracción de normas sectoriales es insuficiente, por si misma, para configurar una conducta de competencia desleal que califique como un ilícito sancionable, en el marco del artículo 3 del DL 211.
27. En este aspecto de las denuncias, considerando la falta de atribuciones de esta Fiscalía para calificar la legalidad o ilegalidad del desarrollo del giro de emisión de boletas electrónicas por parte de Transbank y Multicaja, que de acuerdo a la normativa sectorial corresponde a la CMF, se ha oficiado a dicha institución para que en ejercicio de sus atribuciones resuelva respecto de la habilitación legal de este tipo de empresas -operadoras de tarjetas de pago y SAG- para prestar conjuntamente servicios de emisión de boletas electrónicas
28. Respecto de la existencia de indicios de alguna otra conducta contraria a la libre competencia en relación con los hechos denunciados, se ha descartado que Multicaja tenga la capacidad de alcanzar una posición dominante mediante las prácticas descritas. También se ha descartado que Transbank haya apalancado de manera efectiva su posición dominante en el mercado de operación de tarjetas hacia el de emisión de boletas electrónicas.
29. En consecuencia, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico (S), salvo su mejor parecer, archivar el presente expediente de admisibilidad.
30. Lo anterior, es sin perjuicio de recomendar la remisión de los antecedentes a la CMF, en virtud del principio de inexcusabilidad que rige a los órganos de la Administración del Estado contemplado en el artículo 14 de la Ley N° 19.980, y de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

NAO