

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Ossandón y Tuma, que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y otros cuerpos legales que indica, para garantizar el acceso a distintos sistemas de pago y operaciones bancarias.

I. Ausencia de competidores en el mercado de pagos

De acuerdo a las cifras oficiales de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), en Chile existen alrededor de 30.117.325 tarjetas de crédito y débito vigentes. En abril de 2015 se registraron un total de 10.120.673 tarjetas de crédito y se efectuaron 15.382.153 operaciones de pago. En relación a las tarjetas de débito, a abril de 2015 se registraron 19.516.173 tarjetas y se efectuaron 45.562.246 operaciones en transacciones de pago.

En 2013 las transacciones de débito y crédito en Chile correspondieron al 14,64% del PIB, en EEUU esta cifra llegó al 23,9% y en Reino Unido fue de 33%. Según los registros de la SBIF durante el mes de abril de 2015 el monto de operaciones con tarjetas de crédito alcanzó a 1.261 millones de dólares y con tarjetas de débito fue de 1.239 millones de dólares.

En cuanto a la cobertura de los puntos de venta (POS), se estima que un país desarrollado cuenta en promedio con 2.022 POS por 100.000 habitantes, en el caso de la Zona Euro tienen en promedio 2.153 POS por 100.000 habitantes. Chile tiene sólo 450, y se encuentra por debajo del promedio mundial de 473. La oferta de POS se concentra en localidades de mayores ingresos y sólo el 18% de la micro y pequeña empresa pueden recibir pagos en tarjetas de débito o crédito¹. Es claro que el país requiere estimular la competencia de este mercado, promover mayor cobertura y eliminar el monopolio que se ha establecido para operación de los medios pagos que es el propósito principal de la presente iniciativa legal.

Desde la década de 1990, los operadores bancarios como Transbank han estado presentes en el ejercicio de esta actividad en nuestro país.

Dada la naturaleza de la operación de pagos bancarios, es posible encontrar grandes dificultades para la existencia de variados oferentes en la cadena de servicios que involucra la operación de pagos a través de medios electrónicos, tarjetas de crédito y de débito. A pesar de esto, solo en Chile existe un mercado concentrado, de carácter monopolístico, en los sistemas de pago con tarjeta, mientras que en otros países como Australia, Estados Unidos, o en la Comunidad Europea, podemos encontrar una gran variedad de oferentes, tanto en la adquirencia, operación o procesamiento.

Tal es la dificultad para la existencia de competidores, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló en 2005 que “una industria que se inició con varias plataformas ha terminado con una sola.[...] Si Transbank fuese una instalación esencial, tal como indicarían los antecedentes anteriores, y siendo a la vez propiedad de las principales instituciones financieras, las que a su vez actúan como emisores de tarjetas bancarias de crédito y/o débito, la creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable”².

Lo desarrollado por el Tribunal, en palabras sencillas, diagnostica un hecho evidente para quienes participan en el mercado de pagos bancarios en Chile: el escenario donde se puede competir con Transbank -de propiedad de todos los bancos- es extremadamente complejo e improbable en el estado actual del sistema.

Las razones son de variada naturaleza, pero la principal parece ser el altísimo costo para iniciar operaciones en un mercado donde el único oferente del servicio se encuentra en una estructura de integración vertical con los bancos a quienes presta servicios y a quienes reparte utilidades de acuerdo a la cantidad de transacciones realizadas por el sistema.

A su vez, siendo los pagos con tarjeta de crédito o débito los productos principales de Transbank, tampoco existe competencia a nivel de las tarjetas, ya que ni las tarjetas de casas comerciales ni el cheque son capaces de sustituir a las tarjetas en este mercado siendo, de acuerdo al TDLC, un mercado con competencia imperfecta³ cuyo único oferente ostenta una posición de dominio sobre el mismo⁴.

Es tal la concertación existente entre los participantes de este mercado, que en 1991, cuando la Comisión Preventiva Central aprobó la existencia de Transbank en su forma actual, los propios bancos declararon frente a la CPC que “[los bancos]... han convenido asociarse para lograr una finalidad común. Respecto de esa finalidad común, ellos cooperan y colaboran entre sí, **sin disputarse los negocios que son propios de la cosa común.**”⁵, lo cual evidencia la intención de no competir en este mercado y es el inicio del problema que la presente moción busca solucionar.

Chile está viviendo un complejo momento histórico en el cuál, uno de los factores de alta influencia, ha sido la profunda concentración de los mercados nacionales, visto en los llamados casos “farmacias”, “pollos” y, últimamente, en el “papel tissue”. Siendo el mercado de pagos no solo concentrado, sino que monopolístico, es necesario que, como poder legislativo, creamos reglas que faciliten la competencia en este ámbito, asegurando a su vez, los derechos de los consumidores quienes son los principales afectados por este tipo de casos.

II. Diagnóstico técnico

Si bien la defensa de Transbank ante las múltiples acusaciones sobre abuso de posición dominante y actividades de corte monopolístico es argumentar, entre otras cosas, que el mercado chileno -compuesto por un único oferente- posee tasas y comisiones menores para los comercios que aquellas existentes en mercados con múltiples oferentes, dicho mensaje constituye la estrategia de defensa de la compañía y de los bancos para abordar las modificaciones en este mercado.

A pesar que en la realidad pareciese que Transbank cobra menores tasas, comisiones o aplica mejores merchant discounts que aquellos mercados en los que existe multiplicidad de oferentes en los distintos tramos del negocio (como la adquirencia, la emisión o la operación), el propio TDLC dejó claramente establecido en su sentencia que las menores comisiones también pueden explicarse por otras circunstancias, como las diferencias regulatorias o el funcionamiento de las instituciones de cada país⁶. Asimismo, el aprovechamiento de economías de escala generadas por el aumento de la demanda puede llevar a que las tarifas bajen, aún cuando se estén maximizando las rentas monopólicas⁷.

Lo anterior deja en evidencia que dicho argumento solo es, en apariencia, una causal de permisividad del regulador y el poder legislativo con un negocio de rasgos evidentemente monopólicos, de vital importancia para el público y las actividades productivas del país.

Sin embargo, no es correcto analizar los efectos negativos de los mercados monopólicos tan solo desde el punto de vista del precio. Es necesario, también, considerar una serie de características propias de los mercados competitivos y que son deseadas, o al menos deseables, tanto por el público usuario como por los oferentes de servicios.

Especial consideración hay que tener con las capacidades de innovación de un mercado monopólico. En este tipo de mercados, los incentivos no se generan por la necesidad de sobrevivir frente a otros oferentes que pretenden desafiar un producto.

En el caso de Transbank, al ser el único oferente de variados servicios relacionados con los sistemas de pago, se generan imperfecciones en varios niveles del mercado:

1. Al ser prestador de servicio para los bancos -incluso constituido como Sociedad de Apoyo al Giro-, y ser los propios bancos los propietarios de Transbank, no existe incentivo alguno desde el punto de vista del emisor

bancario, para contar con otro oferente de servicio, en cuanto se diluirían las rentas percibidas por conceptos de pagos de débito o crédito.

2. La existencia de un solo oferente en el mercado no promueve la innovación y el desarrollo de nuevos y mejores productos para modernizar la industria. A menudo, los usuarios (consumidores u otros oferentes de la cadena productiva) no podrán contar con mejores tecnologías que las que el operador único decida ofrecer.

Tal es el caso, solo por nombrar un par, de la tecnología NFC (Near Field Communication), que permite el pago con terminales en teléfonos móviles a través de un sensor alojado en el mismo equipo. Otro ejemplo ocurre con los pagos electrónicos directos, que en el caso de Chile solo se pueden realizar a través de la engorrosa y anacrónica plataforma “WebPay” de Transbank, en circunstancias que existen mejores, variadas y más avanzadas soluciones tecnológicas fuera de nuestras fronteras, tanto para el consumidor, como para los comercios.

Respecto de las mejoras cualitativas, no existen incentivos reales en el operador monopólico para mejorar la calidad de sus servicios, puesto que los usuarios solo los tienen a ellos, al precio y calidad que ellos definan, como alternativa para realizar sus negocios.

III. Solución al problema de la falta de competencia

Para poder introducir competencia en este mercado, es necesario tomar algunas medidas que destraben el nudo, sin afectar la capacidad de Transbank para seguir realizando su actividad comercial pero, al mismo tiempo, permitiendo que exista un terreno apto para la entrada de nuevos competidores, sea que éstos compitan directamente en el mercado de tarjetas, o con nuevas soluciones de servicio para la operación de pago y otras operaciones bancarias.

Con esta idea, el proyecto que presentamos propone obligar a los bancos a contar con una interfaz de programación de aplicaciones a través de la cual, cualquier persona, incluida Transbank, pueda realizar operaciones bancarias, bajo los estándares de seguridad y funcionamiento que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras defina para garantizar la correcta operación del sistema.

La Interfaz de programación de aplicaciones, o API por sus siglas en inglés, es un concepto nacido en el mundo del desarrollo de software que, en palabras sencillas, permite poner a disposición de terceros una serie de librerías en un lenguaje estandarizado y conocido, convirtiéndose en una capa de abstracción entre un software y otro. Dicha estandarización permite, a su vez, que los terceros operen a través de la interfaz para desarrollar subproductos en base a la información que de ahí se obtiene.

En el negocio bancario, una API permitiría a terceras personas operar pagos, obtener saldos, realizar transferencias, etc., sin necesidad de integrarse a la infraestructura del banco. Simplemente, necesitaría conocer la estructura y lenguaje de la API para poder acoplarse y operar bajo los parámetros que la propia interfaz le ofrece.

En una analogía que ejemplifica el funcionamiento de una API, un enchufe eléctrico posee características muy similares:

1. El enchufe posee un estándar en la forma de los conectores hembra, requiriendo, por ejemplo, conectores macho cilíndricos.
2. Además, el enchufe provee 220v a los aparatos que se conectan.
3. Los aparatos que se deseen conectar solo deben conocer el estándar (conectores cilíndricos) y el “lenguaje” (para este ejemplo, el voltaje de 220v). El aparato no necesita saber cuantos transformadores ni líneas de alta tensión hay en la red eléctrica, ni cómo éstos operan, siquiera a quién pertenecen.

Visto desde esta perspectiva, la existencia de un sistema estandarizado, incluso interoperable, para que terceros realicen operaciones bancarias, abre la puerta para que operadores de pagos electrónicos, pagos móviles, software bancario o cualquier herramienta que permita al público obtener un mejor servicio, pueda funcionar sin necesidad de invadir el negocio de Transbank o la infraestructura que la empresa posee para operar.

Dadas las condiciones del mercado chileno, la existencia de un sistema abierto que permita la participación de terceros en el negocio de pagos bancarios constituye, a estas alturas, una materia de interés público general, en cuanto genera garantías de competencia en un mercado donde no existe tal escenario, genera beneficios directos para las pequeñas y medianas empresas que podrán contar con soluciones tecnológicas adecuadas a los tamaños de sus negocios y, principalmente, es una garantía de que los consumidores tendrán alternativas de distintas calidades y cualidades para poder participar de la cadena del pago bancario.

Es poco probable que exista una competencia directa a Transbank a través del uso de POS (Point of Sale, sigla con la que se identifican los terminales de pago electrónicos) como los existentes para operar tarjetas de débito o crédito, ya que esto requiere una inversión de tales magnitudes para obtener cobertura, que haría extremadamente compleja la competencia con el operador existente, en los términos señalados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya en el año 2005. Sin embargo, la existencia de una API que permita a terceros participar del negocio, inyectará competencia por innovación en un mercado que, de otra forma, no podrá contar con verdadera competencia que permita desafiar a Transbank y a los bancos en ninguno de sus niveles.

Es de vital importancia, para que estas ideas tengan un buen resultado, que los requisitos que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras imponga a los nuevos oferentes del mercado de pago, no sean de la magnitud patrimonial que se impone a los bancos, quienes poseen otras estructuras de riesgo que justifican dichas

salvaguardas. Sin duda, el peso de la carga regulatoria del mercado bancario podría asfixiar el germen de las nuevas soluciones que propone la presente moción.

Asimismo, el proyecto propone una serie de normas orientadas a promover la apertura del mercado de pagos con tarjeta, dirigidas a las sociedades fiscalizadas por la Superintendencia, siendo de vital importancia para estos fines, el regular la estrategia que las sociedades de apoyo al giro utilizan para imponer las comisiones del comercio por el uso de los sistemas de pago.

Para resolver un escenario donde todos los bancos mandatan a una sociedad de apoyo al giro para negociar por ellos el descuento a los comercios, ofreciéndoles un solo precio uniforme y concertado, el proyecto propone un nuevo artículo 75 bis que obliga a los emisores a negociar individualmente la comisión al comercio, es decir, el precio del servicio, abriendo la posibilidad de que exista real competencia para los comercios.

IV. Modificación a las normas de protección del consumidor.

Para efecto de adecuar las normas de protección del consumidor a un mercado de pagos con multiplicidad de oferentes, es necesario consignar el derecho del propio consumidor a poder elegir libremente el sistema de pago que utilizará al realizar una compra en el comercio.

¹ Etcheberry, Javier. Marzo, 2015. "Actualidad del mercado de tarjetas y transacciones electrónicas en Chile". Disponible en: <http://www.paymentmedia.com/news-1457-actualidad-del-mercado-de-tarjetas-y-transacciones-electr%C3%B3nicas-en-chile.html>

² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 29/2005, 12 de septiembre de 2005, Considerando Trigésimo Segundo. Disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_29_2005.pdf

³ Ibid., Considerando Trigésimo Octavo.

⁴ Posición minoritaria del ministro Sr. Depolo, considerando Quinto del voto del Ministro.

⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Informe en Derecho aportado por Transbank S.A. en causa Rol 16-04, a fojas 307.

⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 29/2005, Considerando Cuadragésimo.

⁷ Ibid., Considerando Cuadragésimo Primero.

Lo anterior dice relación con los incentivos perversos que podrían tener los oferentes de sistemas de pago para “capturar” a los comercios y forzarlos a denegar al consumidor la posibilidad de utilizar productos de la competencia, lo cual perjudica finalmente tanto al consumidor en el ejercicio de sus derechos, como a los distintos oferentes de medios de pago impedidos de competir.

Además de las obligaciones establecidas para los bancos y las de los posibles operadores que utilicen los mecanismos aquí planteados, el proyecto también propone modificar las normas de protección del consumidor para permitirle a éste accionar, indistintamente, en contra del operador o del banco, sin perjuicio que éstos puedan repetir en contra de quienes resulten responsables.

Dicha habilitación, tendrá dos efectos en niveles distintos:

Por un lado, el consumidor tendrá la posibilidad de ejercer sus derechos sin necesidad de analizar los tecnicismos y complejidades propias de la operación bancaria, ya sea en contra del operador que cursa o procesa pagos, o en contra del banco con el cual sostiene un contrato por un producto como cuentas corrientes, a la vista u otros.

Por otro lado, el banco tendrá un incentivo para mantener una correcta, segura y fiable operación de la interfaz dado que, a los ojos del consumidor y de los tribunales que conozcan de los eventuales procedimientos, será igualmente responsable que el operador externo en las falencias del sistema.

V. Prevención del lavado y blanqueo de activos.

Con el fin de agregar al ámbito de fiscalización de la Unidad de Análisis Financiero, y dado que aquellos operadores que se integren a la cadena productiva de los sistemas de pago estarán, sin lugar a dudas, en una posición privilegiada para colaborar con las investigaciones en materia de lavado y blanqueo de activos, se hace necesario agregar al listado de entidades fiscalizadas por dicha unidad, a aquellas personas que operen

según el mecanismo propuesto quienes, además, estarán obligados a remitir información relevante a la Unidad.

Sin embargo, tal modificación no es posible de ser añadida en la presente moción, ya que, al incorporar nuevas obligaciones, funciones y atribuciones para un organismo del Estado, corresponde a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, según precisa el artículo 65, numeral 2º de nuestra Constitución Política.

Para tal efecto, se solicitará el patrocinio de S.E. la Presidenta de la República para la incorporación de un nuevo artículo, con posterioridad a la presentación de este proyecto de ley, cuya redacción se propone de la siguiente forma:

“Artículo Tercero.- Intercálese, en el inciso primero del artículo 3º de la Ley N° 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, a continuación de la frase “las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito;”, la siguiente frase:

“las personas que operen o procesen pagos, o realicen operaciones de todo tipo a través del mecanismo establecido en el artículo 156 bis de la Ley General de Bancos;”. ”

VI. Plazo de entrada en vigencia.

El proyecto establece un plazo extenso de un año a contar de la publicación de la ley, para que los bancos pongan en funcionamiento los mecanismos en ella establecidos.

POR LO TANTO, venimos en someter a vuestra consideración el siguiente

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO PRIMERO.- Modifícase la Ley N° 19.496, que establece las normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de la siguiente forma:

1. Agrégase el siguiente artículo 12 B:

“Artículo 12 B.- Los consumidores tendrán derecho a que se les proporcione mecanismos de pago seguros, especialmente cuando estos sean de índole electrónica, y que sean fáciles de usar.

Estando disponibles mecanismos, dispositivos y plataformas de pago diferentes, el consumidor siempre tendrá derecho a elegir el sistema de pago que estime conveniente.

Los proveedores deberán informar a los consumidores de los mecanismos de pago disponibles para efectuar una transacción y de sus requisitos, si existieran. En particular, se pondrá en conocimiento de los consumidores los requisitos técnicos que exija el uso de determinados mecanismos, dispositivos y plataformas electrónicas de pago. Así también deberá informarse a los consumidores de las prácticas de seguridad apropiadas para el uso de medios de pago electrónicos.

Deberá informarse de manera oportuna a los consumidores de la inhabilitación de mecanismos, dispositivos y plataformas de pago que habían sido hechas disponibles para ellos previamente.

Si los proveedores han hecho disponible un determinado mecanismo, dispositivo o plataforma de pago para los consumidores no podrán posteriormente impedirles su uso, si es que tales sistemas mantienen su funcionalidad para el pago de los bienes o servicios adquiridos a los proveedores. Tampoco podrán negarse al empleo de un sistema en favor de otro, si es que previamente los ha hecho disponibles y ha informado de ello a los consumidores.

Cuando los mecanismos, dispositivos y plataformas de pago electrónicos sean operados por terceros intermediarios que sean proveedores de servicios de pago, se deberá habilitar un enlace en la página del proveedor para la página de información del tercero sobre el respectivo medio de pago.

El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago.”.

2. Agrégase el siguiente inciso segundo nuevo al artículo 43:

“Tratándose de los proveedores que operen a través de la interfaz señalada en el artículo 156 bis del D.F.L. N° 3, que fija el texto refundido de la Ley General de Bancos, y en relación a las vulneraciones de los derechos que se produzcan en virtud de dicha operación, el consumidor podrá accionar, indistintamente, en contra del proveedor del servicio o del banco, sin perjuicio del derecho de ambos para repetir en los mismos términos señalados en el inciso anterior.”.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Modifícase el D.F.L. N° 3 que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, de la siguiente forma:

1. Agrégase el siguiente artículo 156 bis:

“Artículo 156 bis.- Los bancos deberán ofrecer una interfaz de programación de aplicaciones habilitada para que terceras personas puedan procesar o realizar pagos a través de medios electrónicos, consultar información de cuentas bancarias que incluya, entre otros, saldos, movimientos y operaciones realizadas, las tasas de interés y comisiones de productos, o cualquier otra información propia de la operación de productos bancarios.

Toda persona, incluidas las sociedades de giro bancario y las sociedades de apoyo al giro bancario, podrá operar a través de la interfaz, debiendo ceñirse a los requisitos que les sean impuestos para su funcionamiento.

Asimismo a través de un reglamento u otra norma de general aplicación se podrá establecer obligaciones y requisitos a los bancos respecto de la interoperabilidad de la interfaz, las características técnicas de la misma, estándares de seguridad o, en general, cualquier requisito que pudiese ser impuesto para garantizar el seguro y óptimo funcionamiento del sistema.

Los bancos no podrán establecer trabas de ningún tipo, fijar tarifas de operación o crear barreras de acceso a terceros autorizados por la Superintendencia para operar a través de la interfaz y, en cualquier caso, deberá tratar dichas operaciones como si fuesen propias.

Será contraria a la libre competencia cualquier cláusula contractual pactada o práctica, acto o convención realizada, entre los comercios y los bancos, sus sociedades de apoyo al giro, o sus personas relacionadas; o entre los comercios y cualquiera de los oferentes de sistemas de pago, que impida, restrinja o entorpezca la oferta de medios de pago que los comercios ponen a disposición de los consumidores”.

2. Sustitúyase el numeral 24) del artículo 69 con el siguiente texto:

“24) Emitir y operar tarjetas de crédito, débito o cualquier otro sistema similar. Los emisores deberán permitir, certificar, fijar las tasas de intercambio si corresponde y, en general, otorgar todas las condiciones propias del funcionamiento del sistema para las operaciones de pago de cualquier operador autorizado por la Superintendencia, no pudiendo imponer condiciones más gravosas que las que racionalmente se impondría a sus propios operadores, debiendo observar condiciones de equidad equivalentes a las que habitualmente predominan en el mercado.

Tanto las tasas de intercambio, como los procesos de certificación, no podrán ser de magnitudes tales que generen condiciones o efectos anticompetitivos.

Para el cumplimiento de esta obligación, los procesos de certificación o las tasas de intercambio deberán ceñirse a las normas financieras vigentes, y podrán ser ajustados para que cumplan con lo señalado en el presente número.

Los operadores de sistemas de tarjetas de crédito y/o de tarjetas de débito no podrán discriminar a los emisores de tarjetas, respecto de las tarifas que cobren por tipo de transacción o servicio, según quien sea el emisor o el número de transacciones que sean realizadas o procesadas por su sistema.

Las sociedades de apoyo al giro bancario y filiales bancarias que intervengan en cualquier calidad en el procesamiento de una transacción de tarjeta de crédito y/o de tarjeta de débito bancarias, no podrán cobrar tarifas, por tipo de transacción o servicio, diferenciadas según sea la red u operador en que se capturó o inició la transacción.”

3. Agrégase el siguiente artículo 75 bis:

“Artículo 75 bis.- Las sociedades de apoyo al giro, que realicen operaciones que puedan ser necesarias para las actividades previstas en el artículo 69, número 24), y que dentro de dicha actividad realicen adquirencia de comercios para la operación de pagos con tarjeta, no podrán actuar como mandatario de los emisores para la negociación de la comisión al comercio, estando los emisores de tarjetas y medios de pagos obligados a dicha negociación de forma individual.”

ARTÍCULO TRANSITORIO.- Los bancos contarán con un año a partir de la fecha de publicación de la presente ley para poner en funcionamiento la interfaz requerida por el artículo 156 bis.

