

REPÚBLICA DE PANAMÁ

Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor

EL PLENO DE LOS COMISIONADOS EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES

Acuerdo N° PC-568-03

(de 4 de diciembre de 2003)

I. ESTIMACIONES PREVIAS:

A. Práctica monopolística relativa

Dentro de las funciones de investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia que el artículo 103 numeral 8 de la Ley 29 de 1996 “*por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas*”, (en adelante Ley 29) reconoce a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (en adelante La CLICAC), tal cual es legible en el Título I, Del Monopolio, (disposiciones concernientes a Prácticas Monopolísticas), la CLICAC tramitó denuncia de un Banco con licencia general (en adelante, Banco denunciante) que opera en nuestro país, que versaba sobre su imposibilidad de tener acceso a la red de la empresa TELERED, S.A. para poder participar del mercado y explotar el negocio de adquirencia de puntos de venta (POS) en los comercios, para el procesamiento de transacciones con tarjetas débito Clave.

La denuncia tuvo su génesis a raíz de los cambios contractuales en los contratos de afiliación a la empresa TELERED, S.A. siendo las cláusulas que generan la controversia las siguientes:

1. **Los afiliados pueden instalar ATM en sus sucursales o fuera de sus sucursales para dar servicio a locales e internacionales, pero si no son miembros de la junta directiva de TELERED, S.A, no pueden operar POS que procesen transacciones con tarjetas de débito que corran por la RED POS de TELERED, S.A**
2. Cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación contractual con noventa (90) días de anticipación sin necesidad de pronunciamiento judicial y sin responsabilidad o derecho a indemnización. No obstante, se establecen causales en contra de las entidades afiliadas para la resolución del contrato sin previo aviso.
3. TELERED, S.A. tiene el poder de dar directrices a las afiliadas y las afiliadas están en la obligación de seguirlas.

La denuncia producto de tales cambios contractuales se ponderó a lo interno de La CLICAC y se decidió delimitar formalmente los parámetros de la investigación administrativa, para lo cual se dio inicio a la misma mediante Acuerdo No. PC 469-02 de 21 de octubre de 2002, teniendo como norte que la Ley 29 prohíbe “cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que de cualquier otro modo vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios” (art.5); que la Ley 29 define por libre competencia económica, “la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica” (art.7) y, que la Ley 29 consagra por libre concurrencia “la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado pertinente”. Por lo tanto, se inició la verificación de estos supuestos en la conducta denunciada por el Banco denunciante

En ese sentido, tal como se mencionara en el Acuerdo de inicio de esta investigación administrativa, la CLICAC recibió del Banco denunciante información que directamente creaba dudas respecto a que tales señalamientos pudieran enmarcarse dentro de las disposiciones que establecen conductas no permitidas por la Ley 29, por lo que se dispuso recabar las pruebas que resultaren necesarias en el desarrollo de este proceso de investigación, de manera que se pudiese aclarar el funcionamiento del negocio POS, y por tanto determinar la legalidad de la conducta denunciada.

Así, dentro del examen preliminar, la CLICAC y para efectos de la apertura de la investigación de oficio, ponderó la documentación existente en la institución y ordenó desarrollar la investigación de ciertos comportamientos que reflejan la existencia de una presunta práctica monopolística relativa, posiblemente realizada por TELERED, S.A., contra algunas entidades de intermediación financiera, entre ellas, bancos de licencia general de la localidad.

Tal como hemos señalado anteriormente y consta en este expediente TELERED, S.A. es una empresa panameña dedicada a brindar desde 1991 entre otros el servicio de interconexión a miembros socios y afiliados a la red de cajeros automáticos (ATMs) al cual pueden tener acceso los tarjeta habientes de las instituciones financieras (socios y afiliados) con cuentas de ahorro o corriente para realizar retiros de dinero en efectivo en cuentas de ahorro o corriente, consultas de saldos de cuentas de ahorro y corriente o línea de crédito, conexiones internacionales, adelantos de efectivo con tarjetas de crédito, pagos de servicios públicos, pagos a comercios, otros pagos. (pagos con transferencias de cuentas de ahorro o corriente a clubes, escuelas, comercios, seguros, préstamos, tarjetas de crédito), venta de minutos de prepago celular, donaciones; el servicio de acceso a la red para participar como oferentes de los dispositivos o terminales POS para el proceso de transacciones con tarjetas de débito en diferentes puntos de venta y establecimientos de la República de Panamá. Tales puntos de ventas son utilizados por los tarjeta habientes del SISTEMA Clave para pagar obligaciones en los comercios afiliados al sistema.

En sus inicios TELERED, S.A brindaba el servicio de interconexión para el desarrollo de la actividad de adquirencia en puntos de venta a través de los POS para su uso y explotación, sin distinguir como beneficiados de esta interconexión, tanto a los miembros de su junta directiva como a los afiliados no miembros de la junta directiva. No obstante, aproximadamente en octubre del año 2001, TELERED, S.A. decide unilateralmente con 90 días de anticipación, la terminación de relaciones contractuales de TELERED, S.A. con sus afiliadas (entre las que se destacan las no miembros de su junta directiva) suscritas en variadas fechas desde 1991, de acuerdo al ingreso de nuevos miembros, con el propósito de que se suscribieran nuevos contratos.

En el Acuerdo de inicio de esta investigación se observó de la documentación [REDACTED] que los nuevos contratos tienen como diferencia que destaca respecto a los anteriores instrumentos contractuales, la exclusión de los afiliados a TELERED, S.A. no miembros de la junta directiva de esta sociedad, en la participación activa del negocio de afiliación o adquirencia de comercios al Sistema Clave **con las terminales POS**, ya que se establece que solamente podrán ser bancos afiliadores de comercios, aquellos bancos Miembros de la Junta Directiva de TELERED, S.A.. Se aprecia que la sociedad TELERED, S.A. procedió a la desconexión permanente de su red de las terminales punto de venta (POS) de los afiliados que las estuvieran operando. en los comercios que fueron afiliados a la red, por tales bancos no miembros de la junta directiva.

Como se menciona, los contratos de afiliación a TELERED, S.A, originalmente firmados por los afiliados no socios de esta empresa fueron sustituidos por otro similar en el que se suprime la posibilidad de los afiliados no miembros de su junta directiva para que puedan ejercer el negocio de adquirencia que consiste en que el banco afilie como puntos de venta con el dispositivo POS a comercios a cambio de una comisión, y a través de los cuales, los comercios que decidan afiliarse al sistema clave puedan tener opciones en cuanto a los oferentes de estos servicios para el pago de comisiones por razón de los pagos realizados por los tarjetahabientes respecto a las compras realizadas en dichos comercios. En atención a dicho cambio contractual, solamente se permite en la actualidad que tal interconexión para afiliar comercios y operar el POS sea ejercida solamente miembros socios de TELERED, S.A.

B. Posible infracción de normas:

Como consideraciones de la CLICAC en relación a la posible infracción a las normas de libre competencia y libre concurrencia económica se delimitó que el sujeto activo sobre los cuales versa la investigación es la empresa TELERED, S.A., sociedad anónima inscrita a rollo 30387, imagen 0020, folio 238537 de la Sección de Micropelículas del Registro Público, cuyo representante legal es FELIPE MOTTA III y que los posibles sujetos afectados con la práctica monopolística relativa eran y son todas aquellas instituciones de intermediación financiera a las cuales no se les permite interconectar a la red sus POS o ser parte de la red POS, incluidos el cobrar la comisión correspondiente en los distintos establecimientos y a las que teniendo los

POS instalados se ha procedido a su desconexión, además de todos los establecimientos comerciales a los cuales se ve limitada su posibilidad de elegir una mayor y mas eficiente oferta de servicios de interconexión para procesamientos de tarjetas de débito CLAVE restringiéndose anticompetitivamente esta posibilidad solo a tres bancos socios y dueños de TELERED, S.A. estos son Banistmo HSBC BANK USA y Banco General.

Dentro de los supuestos jurídicos iniciales a evaluar se procedió a revisar el encabezado del artículo 14, para observar si la conducta denunciada se enmarcaba dentro de una práctica monopolística relativa, considerándose que la conducta anticompetitiva ejecutada por la empresa TELERED, S.A. puede estudiarse desde la perspectiva de una presunta práctica relativa de negación de trato hacia otros agentes económicos que usualmente concurrían al mercado de afiliación de establecimientos al sistema clave o se destacaban como potenciales competidores y discriminación de trato consagradas ambas en los numerales 5 y 8 del artículo 14 respectivamente, tal como se observa a continuación.

“Artículo 14. Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas. Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, y por consiguiente se prohíben, los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos siguientes:

5. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar, a determinadas personas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, salvo que medie incumplimiento por parte del cliente o potencial cliente, de obligaciones contractuales con el agente económico, o que el historial comercial de dicho cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas;

.../

8. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios”

(énfasis suplido).

La práctica fue inicialmente delimitada como un acto unilateral de la empresa TELERED, S.A. de la siguiente manera:

“Acción Unilateral

Bajo el supuesto que el agente económico tenga poder sustancial en el mercado pertinente, el artículo 14 de la Ley prohíbe cualquier acto unilateral que tenga como objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

...

La acción unilateral o abuso de poder de mercado se entiende como la posibilidad que tiene una agente económico de proceder de manera independiente en el mercado, sin tener en cuenta a sus competidores o potenciales competidores o consumidores. De la documentación recabada se aprecia que TELERED, S.A. puntualiza el motivo por el cual la acción unilateral de someter a la firma de los interesados a un nuevo contrato, puede tener como objeto y efecto la no participación de agentes económicos distintos a los miembros de la junta directiva de esta empresa (TELERED, S.A., S.A.) al negocio de adquirencia de procesamiento de transacciones de débito, ya que tales comunicaciones indican que el motivo del cambio unilateral del contrato

es precisamente no permitirle a sus afiliados que no son miembros de la Junta Directiva de TELERED, S.A. ser afiliadores de establecimientos comerciales en el negocio de adquirencia para el procesamiento de transacciones con tarjetas de débito.

8. Objeto y efecto de la acción unilateral

Como objeto de la probable práctica monopolística tenemos que el contrato suscrito por TELERED, S.A. con sus afiliadas no le permite a los contratantes instalar y operar las terminales POS en los establecimientos comerciales, lo cual era anteriormente permitido (negación de trato). Así mismo, de la documentación revisada se puede configurar una posible discriminación de trato, pues se procede a desconectar las terminales POS de un banco local con licencia general, y limita su conexión a los bancos miembros de la Junta Directiva de TELERED, S.A., sin brindar mayores explicaciones.

Como efecto en el mercado en el mercado de la probable práctica monopolística, en el mercado pertinente resultante, y de acuerdo a las notas y contratos que reposan en la Comisión CLICAC, los bancos de licencia general de la República de Panamá que no sean parte de la Junta Directiva de TELERED, S. A. no podrán participar en la instalación y operación de los POS, así como tampoco podrán generar renta por el usufructo de las terminales POS y las marcas antes mencionadas, ya que esta posibilidad fue eliminada para los que participaban de la actividad económica en cuestión así como para los que deseen incursionar en ésta, reservando esta actividad con exclusividad a favor de quienes sean miembros de la junta directiva de TELERED, S.A

9. Negación de trato y discriminación de trato

El numeral 5 del artículo 14 de la Ley 29 establece como práctica monopolística relativa la negación de trato, y la define como aquella conducta unilateral y de un agente económico con poder sustancial en la que decide rehusarse a vender o proporcionar a determinadas personas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

En la presente investigación observamos que en los documentos preliminarmente recabados se indica que hasta el cambio contractual todos los afiliados tenían acceso a la interconexión para la instalación y operación de los POS en los establecimientos comerciales, generando comisiones a favor de la entidad de intermediación financiera que instala la terminal en un comercio para el procesamiento de las operaciones de pago a través de tarjetas de débitos

No obstante, a raíz del cambio contractual de TELERED, S. A los afiliados, entidades de intermediación financiera, no pueden conectar los POS en los establecimientos comerciales, lo que antes podían realizar normalmente.

La situación se agrava por el hecho de que TELERED, S.A. es la única en Panamá que ofrece el servicio de interconexión de redes para el pago a través de tarjetas de débito, tal como lo hemos señalado en el apartado de mercado pertinente y poder sustancial, la duplicación de dicha red “prima facie” podría ser muy costosa.

En cuanto a la discriminación de trato, el numeral 8 del artículo 14 de la Ley 29 establece que serán considerados prohibidos: “en general cualquier acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, el procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.”

En ese sentido, la discriminación de trato es una práctica que ocurre cuando se establecen tratos diferentes a los distintos clientes/usuarios para los mismos bienes y/o servicios que se compran o venden.

Por lo tanto, en ese sentido, tal como podemos observar en la documentación revisada, se puede observar una posible práctica de discriminación de trato entre los bancos miembros de la Junta Directiva de TELERED, S.A. (que también son clientes de esta empresa), y los bancos afiliados que usualmente concurrían al mercado de afiliación de establecimientos Preliminarmente, se puede observar un posible trato diferenciado entre los distintos miembros del mercado. No obstante, a lo largo de la investigación se puede determinar si, efectivamente, existe trato diferenciado que tienda a desplazar indebidamente a un competidor del mercado pertinente.

Por todo lo antes expuesto, el Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor estiman oportuno iniciar una investigación

administrativa para determinar la existencia de prácticas monopolísticas relativas realizadas por parte de la empresa TELERED, S.A., dado que en el expediente reposan elementos indicadores que justifican el inicio de la investigación ...”

En función del texto citado, se identificaron los elementos que deben reunirse para constituir en una práctica prohibida de conformidad al artículo 14 de la Ley 29, los cuales son:

1. Determinar el mercado pertinente en el que se realiza la conducta;
2. Determinar si el agente investigado tiene o no poder sustancial sobre el mercado pertinente, y que las prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate ;
3. Puede tratarse de una actuación unilateral de TELERED, S.A. o de acciones multilaterales bajo las figuras de combinaciones, arreglos, convenios o contratos de los miembros de ésta entidad;
4. Determinar si el acto denunciado tiene por objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas;
5. Que se cumpla la situación descrita en los numerales 4 u 8 por el cual se abre la presente investigación administrativa.

Bajo este contexto, la CLICAC procedió a la realizar su investigación en cada uno de los elementos a estudiar y para cada uno de los cuales debía llegarse a conclusiones dentro del marco de la Ley 29.

II. LA INVESTIGACION

A. OBTENCION DE PRUEBAS:

Dentro de las investigaciones la Comisión CLICAC realizó una serie de diligencias para obtener la información necesaria para analizar la conducta denunciada dentro del contexto que enmarca la Ley 29. En tal sentido la Comisión CLICAC acudió tanto a las entidades gubernamentales como ha particulares para allegar al expediente al documentación e informaciones necesarias tal como se expone a continuación:

- a. Certificación de existencia de la sociedad TELERED, S.A. emitida por el Registro Público;
- b. Copia de la Nota de 11 de octubre del 2001, enviada por TELERED, S.A. a un banco de la localidad;
- c. Copia de la Nota de 24 de octubre de 2001 enviada a TELERED, S.A., por un banco de la localidad;
- d. Copia de la Nota de 5 de noviembre del 2001, enviada por TELERED, S.A. a un banco de la localidad;
- e. Copia de la Nota de 24 de octubre del 2001 remitida a TELERED, S.A.

- f. Copia de la Nota de 13 de noviembre de 2001 enviada a TELERED, S.A. por un banco de la localidad;
- g. Copia de la Nota de 3 de diciembre de 2001 enviada a TELERED, S.A., por un banco de la localidad;
- h. Copia de la Nota de 1 de febrero de 2002, enviada por TELERED, S.A., a un banco de la localidad;
- i. Copia de la Nota de 7 de febrero de 2002, enviada por TELERED, S.A., enviada por TELERED, S.A. a un banco de la localidad;
- j. Copia de la Nota de 8 de febrero de 2002 enviada por TELERED, S.A., a un banco de la localidad;
- k. Copia del nuevo contrato propuesto por TELERED, S.A. vigente a partir del 31 de diciembre del 2001;
- █ Copia de memorándum del 5 de noviembre del 2001 █
█
█
- m. Copia de informe emitido por TELERED, S.A., en el que se detallan, entre otros temas, █
█;
- n. Copia de reportes emitidos por TELERED, S.A. sus miembros y de la Revista conmemorativa de sus 10 años de existencia 1991-2001;
- o. Nota enviada al Comisionado RENE LUCIANI L de 13 de junio de 2002;
- p. Dos notas de 31 de octubre de 2001 enviadas por TELERED, S.A. a un banco de la localidad;
- q. Dos notas de 30 de octubre de 2001 enviadas por un banco de la localidad a TELERED, S.A.
- r. Copia del plan de certificación, escenario de transacciones, año 2000;
- s. Copia de nota de 20 de mayo de 2002 enviada por un banco miembro de la junta directiva de TELERED, S.A. a un comercio/bar y restaurante de la localidad.
- t. Diligencia exhibitoria practicada previa autorización judicial a las oficinas de TELERED, S.A. en la cual se recabó una variedad de documentos, tal cual consta a fojas 317 a 323 del Tomo I de la investigación administrativa, el cual es de pleno acceso de los investigados (147 documentos).
- █ Testimonios (15) realizados previa autorización a judicial ejecutivos de bancos miembros de la junta directiva de TELERED, S.A. █
█
█
- v. Pruebas de informes solicitadas a tres (3) bancos de la localidad miembros de la junta directiva de TELERED, S.A.,
- w. Presentación realizada en la CLICAC por TELERED, S.A. a la cual se accedió, de forma tal que conste en el expediente el punto de vista del investigado.

Cabe resaltar que los apoderados de TELERED, S.A. solicitaron acceso a la documentación presentada por bancos de la localidad en esta investigación, a lo cual el denunciante mediante nota de 19 de febrero de 2003 [REDACTED] S.A. (que no contestó si accedía o no a la divulgación de la información) denegaron acceso a tal información, no así el Banco [REDACTED] siendo esto informado al investigado mediante Acuerdo PC-110-03 de 19 de marzo de 2003 en cumplimiento del artículo 111 de la Ley 29 de 1996.

C - DEFINICIÓN DE MERCADO PERTINENTE

1. Preliminares:

En general, el mercado es el conjunto de productos o servicios y las áreas geográficas en que la competencia entre las empresas que los suministran es más cercana. La definición de un mercado pertinente es el proceso de identificación del conjunto de productos o servicios, de agentes económicos (compradores y productores) y áreas geográficas que efectivamente limitan las decisiones de los consumidores referentes a precios y cantidades de una empresa, esto es, del grupo de productos o servicios y áreas geográficas que determinan la oferta de servicios sustitutos más cercanos.¹

El mercado pertinente se determina en términos de los bienes o servicios que lo componen la dimensión del mismo y el área geográfica para la cual la venta de estos bienes o servicios es económicamente viable, es decir, su dimensión geográfica.²

La noción de mercado pertinente está íntimamente relacionada con los objetivos que persigue la política de competencia de la CLICAC. Por ejemplo, poder sustancial de mercado es el que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores. Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.

Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los oferentes.

2. Definición de Mercado en el cual participa TELERED, S.A

¹ La competencia y la sustituibilidad de productos no termina en los límites del mercado. La economía como un todo es una cadena de posibilidades de sustitución en el consumo y en la producción. La competencia y la sustituibilidad son una cuestión de grado.

² Conforme al artículo 16 de la Ley 29 de 1996 y el 11 del Decreto No 31.

Las características de los bienes producidos por TELERED, S.A. (intangibilidad, no almacenamiento, perecederos, etc) los identifican como servicios.

La determinación del mercado servicio busca establecer cuál es el conjunto mínimo de servicios cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética para poder imponer un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo o para controlar dicha oferta. Tal conjunto incluye aquellos servicios entre los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores si se produjera un incremento dado en el precio de cualesquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo. Asimismo, dicho conjunto abarca aquellos otros servicios que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el comprador en el corto plazo, como resultado de la entrada de dichas empresas como oferentes de los servicios sustitutos de aquellos.

Conforme al artículo 16 de la Ley 29, para cubrir esos objetivos, desde el punto de vista de la demanda es necesario determinar en qué medida: (i) los compradores estarían dispuestos a cambiarse o desplazar su decisión de compra hacia otros servicios sustitutos; y (ii) si los compradores estarían dispuestos a reorientar su demanda hacia el mismo servicio vendido en otras áreas geográficas.

Para poder identificar los servicios hacia los cuales se desplazaría la demanda objeto de análisis, se modificase su precio o la variable de decisión relevante por parte de los compradores, se cubrirán diversos aspectos que permitirían delimitar las preferencias de los compradores, y establecer cuáles serían sus decisiones de sustitución económica y técnica entre servicios. Si la respuesta de los compradores ante incrementos en los precios es que éstos no se cambiarían a demandar ningún otro servicio y pagarían un precio más alto, entonces es correcto considerar el servicio singular como el mercado.

En función de los conceptos que se han enunciado, a continuación se exponen las pautas que llevarían a la CLICAC a concluir respecto a la sustituibilidad del servicio que puede presentarse en el mercado. El análisis del mercado en términos de servicio abarca los estudios de sustituibilidad por el lado de la demanda y sustituibilidad por el lado de la oferta, mientras que la dimensión geográfica del mercado se desarrolla en una sección posterior.

2.1 Sustituibilidad por el lado de la demanda:

En el presente caso, el análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda permitirá determinar si en el periodo en el que se realizó la conducta se producían bienes que los demandantes del servicio de interconexión de redes electrónicas de intermediación financiera para el procesamiento de operaciones de débito como forma de pago (para lo cual sería necesario interconectar los POS a través de los cuales corren las tarjetas de débito como forma de pago) pueden considerar como sustitutos, ante un cambio en las variables que explican el comportamiento de la demanda de los servicios ofertados por TELERED, S.A., En este

sentido, el comportamiento pasado del oferente y sus planes estratégicos de negocios, con frecuencia proveen una información confiable sobre los posibles servicios sustitutos en el mercado pertinente.

TELERED, S.A. es una empresa fundada en 1991 por un grupo de bancos³ con sede en Panamá con el objeto de crear una red de servicios de interconexión electrónica entre bancos para ofrecer servicios de cajeros automáticos para retiro en efectivo y recepción de depósitos, consultas de saldos, depósitos de dinero, pagos en comercios, pagos de cuentas de servicios públicos, ventas de tarjetas prepago de celular y conexiones internacionales con las redes de VISA, MASTER CARD, CIRRUS, PLUS, INTERLINK para la realización de retiros en efectivo.

Los servicios de interconexión permiten que los miembros en general de TELERED, S.A., llámese bancos socios, bancos afiliados, cooperativas y financieras puedan emitir tarjetas CLAVE con los logos PLUS para retiros en el extranjero. En 1991 inició el servicio de interconexión electrónica bancaria para el procesamiento de pagos con tarjeta débito a través de terminales de puntos de venta. El mercado que se defina a partir de este servicio es en el que se analiza la presunta comisión de práctica monopolística relativa.

2.1.1 Visión, estrategia y comportamiento del oferente:

El desarrollo tecnológico, el incremento en el uso de Internet y del comercio electrónico han propiciado el desarrollo de medios de pago basados en el denominado dinero electrónico y en los sistemas de acceso electrónico a medios de pago (aquellos que combinan el ordenador y la red de Internet para llevar a cabo transferencias bancarias o procesar órdenes de pago en tiempo real). El fuerte desarrollo que se prevé al comercio electrónico para los próximos años fomentará aún más esta tendencia.

La empresa TELERED, S.A. es el único agente económico en la República de Panamá que ofrece el servicio de interconexión electrónica bancaria para el procesamiento de operaciones de débito a través del sistema denominado CLAVE el cual incluye la interconexión electrónica de terminales de puntos de venta localizados en más de ■■■■ distintos establecimientos comerciales afiliados en la República de Panamá denominado "POS", (ver foja 237 tomo 1 del expediente) los cuales están conectados electrónicamente a un centro de procesamiento de datos administrado por TELERED, S.A.

La empresa TELERED, S.A. comercializa el SISTEMA CLAVE el cual permite por medio de una tarjeta plástica el acceso a los cuenta habientes a ciertos servicios financieros electrónicos que incluyen entre otros, el retiro de efectivo, transferencias bancarias, depósitos, pagos en

³ En la actualidad TELERED, S.A. cuenta con miembros con estatus variado entre los que se destacan los bancos socios, los bancos afiliados, cooperativas y financieras.

comercios y consultas de saldos bancarios. A la fecha el Sistema CLAVE cuenta con más de [REDACTED] emitidas (folio 1360 tomo IV del expediente).

TELERED, S.A. está conformada por miembros socios y miembros afiliados. Los bancos dueños de TELERED, S.A. (Banco Nacional de Panamá, Banistmo, Banco Atlántico, Citibank, Banco Continental; Banco General, BNP Paribas, HSBC Bank) agrupan el [REDACTED] los tarjeta habientes del sistema CLAVE (ver foja 237 Tomo 1 del expediente), así como un poco mas del [REDACTED] ATM disponibles. Es decir, los miembros afiliados aportan a pesar de ser más en números, aportan menos tarjeta habientes y menos ATM a Telered, S.A.

Son los miembros afiliados (minoritarios) los que en principio ante estrategias de negocios por parte de TELERED, S.A. que favorezcan sólo a los miembros socios estarían anuentes a cambiarse a otro proveedor existente que ofrezca servicios iguales o similares a los que ofrece TELERED S.A. En el servicio objeto de análisis, red POS, por su naturaleza no cuenta con sustitutos cercanos. La red POS la demandan los comercios a través de los bancos. Si existiese una red interbancaria de ATM débito alternativa a TELERED (que no existe), no sería suficiente como para que los bancos afiliados lo consideren una alternativa a la red POS débito que ofrece TELERED, S.A. La razón es simple, la red débito ATM no es un sustituto cercano de la red débito POS. Los comercios que demandan el servicio POS deducen que principalmente por razones de seguridad, un tarjeta habiente ante la opción de pagar una compra en un comercio directamente a través del POS o luego de conocer el precio a pagar por la compra realizada dirigirse al cajero inmediato (que puede estar cerca o lejos del comercio donde realiza la compra) retirar el dinero y dirigirse al comercio para pagar la cuenta, prefiere lo primero (pagar directamente a través del POS) por razones de seguridad y de ahorro en tiempo, más aún cuando al tarjeta habiente generalmente no se le cobra comisión por pagar una compra en un comercio con tarjeta débito.

Desde que TELERED, S.A. ha desarrollado la red débito POS, los bancos afiliados demandantes de este servicio no han tenido alternativas, TELERED, S.A. es la única empresa que opera una red interbancaria débito POS en Panamá.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2.1.2 Visión, comportamiento e identidad de los compradores:

Los clientes de TELERED, S.A. en el servicio de adquisición de tarjetas debito CLAVE son 30 empresas financieras que agrupan los bancos más importantes de Panamá (bancos socios y bancos afiliados). Ellos generan en [REDACTED] mil tarjetas claves que corren en [REDACTED] cajeros automáticos y 6,094 puntos de venta ubicados en más de [REDACTED] distintos.

Más de [REDACTED], las cuales involucran más de [REDACTED] donde [REDACTED] de las transacciones involucran un cruce entre clientes de TELERED, S.A. que requieren una posterior compensación. (ver foja 237 del tomo I del expediente).

Las operaciones en puntos de ventas (que es donde se materializa la presunta restricción a la competencia que se investiga) agrupa más de [REDACTED] afiliados donde ese realizan más de [REDACTED] transacciones por mes que representan compras superiores a [REDACTED] dólares. (ver foja 238 tomo I del expediente).

Es importante señalar que los seis principales “clientes” de TELERED, S.A., son los bancos propietarios de la empresa, los cuales son el Banco General, Banístmo, HSBC, Banco Nacional de Panamá, Banco Continental, Banco Atlántico y CITIBANK y ellos agrupan más del [REDACTED] de las tarjetas CLAVES emitidas, los cuales para efecto del estudio de la dinámica de competencia en este mercado se consideran como dueños de TELERED y por consiguiente no aplican como clientes en función de una relación económica tradicional. No pueden demandar un servicio del cual ellos mismos son propietarios. (ver foja 237 tomo I del expediente).

2.1.3 Uso final del servicio:

Partiendo del presupuesto anterior, los clientes directos de TELERED, S.A. son los bancos afiliados, cooperativas y financieras del sistema financiero panameño, y los más de [REDACTED] comercios que demandan el servicios de adquirencia de tarjetas debito CLAVE para generar la posibilidad de que sus clientes cuenten con un medio de pago adicional a los tradicionales. El servicio ofrecido por TELERED, S.A. y donde presuntamente materializa la restricción que se analiza es la interconexión electrónica de servicios financieros para el pago electrónico en comercios con tarjetas de débito CLAVE.

A partir de la especificidad del consumo se evalúa la sustitución económica, es decir, si las variaciones en las variables de competencia entre un servicio y su supuesto sustituto es efectivamente ejercida cuando se modifica la variable económica. **En nuestro caso la especificidad de los servicios ofrecidos por TELERED, S.A. generan evidencias de que a partir de los cambios contractuales de 2001, no existió la posibilidad de sustitución técnica ya que tal modificación el 11 de octubre de 2001 respecto a las condiciones de las relaciones contractuales entre TELERED, S.A. y los bancos afiliados, no derivó en que alguno pudiera evitar los efectos de la exclusión o que empresa alguna pudiera como competidora efectiva evitar la imposición de nuevas reglas para los negocios.**

El grado de especificidad de la interconexión electrónica de servicios financieros, al sistema CLAVE en virtud de la valoración de sus atributos técnicos particulares, determina que este conjunto de servicios pase a constituir un mercado en sí mismo, descartando la posibilidad de

sustitución efectiva por los servicios que funcionalmente pudieran acercarse a ofrecer los mismos usos.

2.1.4 Los Costos y el tiempo de transacción:

Los costos de transacción para sustituir el consumo de los servicios de interconexión por parte de los clientes son altos y materialmente inalcanzables en un tiempo prudente, esta situación determina que la sustitución funcional no sea efectiva. Por lo tanto los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los clientes de TELERED, S.A. es decir los comercios afiliados para cambiar su consumo al de un probable servicio sustituto como por ejemplo VISA Débito, son altamente representativos para inhibir la suficiencia y oportunidad de este cambio en la demanda. Si estos costos son altos, la sustitución efectiva no sería posible de realizar y no se podrá considerar el servicio sustituto como parte del mismo mercado pertinente. Los costos de transacción consisten entre otros en los costos de adaptar los servicios (Softwares costosos, comunicación etc.), los costos asociados con la tarifa por uso de ATM en retiros de efectivo, el aprendizaje de nuevos procedimientos, etc... **(aproximadamente B/ [REDACTED] en el caso de utilizar [REDACTED] frente a B/ 0.40 que representa la utilización de la tarjeta CLAVE en los mismos cajeros) (Ver Foja No. 2008 del tomo VII Confidencial de Telered S.A.)**

También es importante considerar que el tiempo que tomaría a los demandantes cambiar su consumo de un servicio a otro es relevante pues requerirá de innumerables procedimientos y formas para los usuarios finales y largos procesos de negociación contractual para los clientes primarios es decir los bancos.

2.1.5 Evolución de los precios reales:

La evolución de los precios de los posibles servicios sustitutos, en nuestro caso pudieran provenir de las redes de VISA, MASTERCARD o CREDOMATIC y que no aportan elementos concluyentes en el sentido de inferir grados de sustituibilidad.

Está probado que los costos tanto para clientes primarios como secundarios de los servicios de interconexión electrónica de redes bancarias son un factor relevante en la decisión de compra. Por tanto hemos señalado que TELERED, S.A. no cuenta en estos momentos con un competidor efectivo en nuestro país, sin embargo cabe la posibilidad que algunos de los operadores globales anteriormente señalados incursionen en el mercado con alguna variedad de los servicios ofrecidos por TELERED, S.A., S.A. como las tarjetas débito.

En este caso podemos señalar que dado que la entrada **no se ha materializado en los más de 10 años de operaciones que lleva en el mercado TELERED, S.A. y a dos años de realizados los cambios contractuales restringiendo la interconexión a demandantes de**

[REDACTED] por lo que no es

posible realizar análisis de correlación de precios reales, pues lo que se cuenta hasta este momento son datos estimados de costos, que indican que cualquiera de las tarjetas globales establecería un rango de tarifas tanto para bancos como comercios y también cuenta habientes mucho mayor que el actual existente y fijado por TELERED, S.A. **que en si misma es una tarifa no competitiva en el mercado que se analiza por la diferencia de costos que implicaría para el consumidor final.**

En otras palabras, las diferencias de costos a dicho cuenta habiente dejaría a los potenciales entrantes en una desventaja competitiva importante **que restaría cualquier posibilidad de sustituir efectivamente a la tarjeta CLAVE y por ende a TELERED, S.A.**

2.1.6 Conclusiones en relación a la dimensión servicio del mercado pertinente por el lado de la demanda.

El servicio que define el mercado pertinente ofrecido por la empresa TELERED, S.A. consiste en interconectar bancos y comercios a la red de esta empresa para procesar, archivar y preparar informes sobre las transacciones de débito efectuadas por los tarjeta habientes de una institución afiliada emisora, ya sea en cajeros automáticos ATM o dispositivos de puntos de venta POS.

El sistema CLAVE y particularmente la tarjeta de débito opera como medio de pago entre comerciantes y consumidores. Hemos revisado su dinámica de competencia estableciendo que al momento de la restricción fijada con el cambio contractual de la empresa TELERED, S.A. respecto a los bancos no miembros de la junta directiva no ha habido entrantes que la demanda haya identificado como competidores del sistema CLAVE, (y han transcurrido dos años desde entonces). Así como se aprecia de la documentación aportada por TELERED, S.A. que las [REDACTED], (ver foja No 2008 tomo VII confidencial de TELERED, S.A.) no se percibe que tal competencia efectiva ocurra en el corto plazo, de manera rentable. Por lo que no hubo al momento de la restricción, ni en los siguientes dos años, la entrada de un nuevo rival a quien la demanda pudiera haber acudido en el mercado pertinente, producto de los cambios contractuales de TELERED, S.A., cuya interconexión era necesaria para participar del negocio de adquirencia, como agentes intermediarios financieros en Panamá, para pagos en los comercios mediante tarjetas de débito.

2.2 Sustituibilidad por el lado de la oferta:

El análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta pretende identificar los participantes en el mercado, de modo que se incorporen al mismo aquellas firmas que no están instaladas en la prestación del servicio objeto de análisis, pero que podrían hacerlo en un corto plazo, con un bajo riesgo y costo.

Para ello se identifican empresas ubicadas en Panamá que ofrecen servicios que utilizan tecnologías que pueden ser reorientadas hacia la producción del servicio objeto de análisis como para que se constituyan en alternativas viables para los miembros afiliados de TELERED, S.A. ante la implementación por tal empresa de una conducta que favorezca solamente a sus miembros socios.

2.2.1 Posibilidades de acceso a la tecnología:

Para realizar esta evaluación se examina fundamentalmente la posibilidad de que la tecnología disponible permita que existan fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta. Este tipo de respuestas puede ocurrir de diferentes maneras: mediante la adaptación de equipos actuales de producción o venta para la sustitución o para la extensión de la oferta, o mediante la construcción o adquisición de activos que permitan la producción o venta en el mercado relevante. En consecuencia el análisis tiene relación estrecha con la identificación de entradas de corto plazo al mercado.

Tal y como se manifestó en los testimonios practicados por la CLICAC, para que exista una red competidora de TELERED, S.A. no es necesario la instalación de equipos en Panamá. Estos están disponibles en muchas partes del mundo y cualquier banco o empresa que los desee puede adquirirlos o rentarlos. (Ver foja No 1965 del tomo VII del expediente confidencial de Telered. S.A.) El avance actual de las comunicaciones hace que no exista ninguna barrera tecnológica para establecer redes de intercambio de datos ya sea financieros o de cualquier tipo. Lo importante de este negocio es lograr bancos con los suficientes clientes para hacer rentable a la red.

2.2.2 Sobre la capacidad instalada:

TELERED, S.A. cuenta con [REDACTED]

El promedio de utilización de la capacidad del CPU del sistema CLAVE es de [REDACTED] (ver foja 1314 Tomo IV del expediente). Esta información nos permite concluir que existe un [REDACTED] [REDACTED] lo que indudablemente representa una barrera potencial frente a la posibilidad de cualquier entrante, ya que la magnitud de capacidad ociosa desalentaría al entrante frente a la posibilidad de incrementar su oferta de servicios de una manera rápida y así bloquear la entrada al mercado.

2.2.3 Sobre las redes de distribución:

La competencia potencial de vendedores que podrían entrar a comercializar el servicio relevante no podría materializarse como tal, si los vendedores tuvieran dificultades para acceder a las redes de distribución y de mercadeo de los servicios, o si se requiere de nuevas instalaciones de producción o distribución para poder vender en una escala significativa.

Las redes de distribución la componen los bancos o empresas financieras locales así como los comercios que demandan el servicios de interconexión electrónica para ofrecer medios de pago eficientes a sus clientes.

las redes de distribución la componen los intermediarios bancarios que sirven de switch entre la red y los demandantes del servicio que son los establecimientos comerciales que a su vez requieren la instalación de un dispositivo receptor de punto de venta o POS, los cuales se dividen en tres segmentos según orden de importancia para el negocio de adquirencia de tarjetas:

- Las cadenas de supermercados y Farmacias.
- Los comercios que pueden incluir aquellos que tienen múltiples sucursales o establecimientos o aquellos que cuentan con un gran número de clientes.
- Las estaciones de combustibles y tiendas de conveniencia.

Y por otro lado lo constituyen los cajeros automáticos ATM, los cuales son de libre instalación por los bancos salvo el cumplimiento de pagos de acceso y requerimientos de comunicación, es decir que no hemos observado restricción para el acceso a este servicio ofertado por TELERED. (ver foja 42 Tomo I del expediente).

En resumen podemos señalar que el canal de comercialización es de libre acceso a potenciales entrantes, ya que no existen acuerdos de exclusividad, y tanto usuarios como comercios pueden libremente escoger su proveedor de servicios de interconexión. La realidad actual es que en el mercado solo existe un proveedor lo que limita las opciones de escoger variedad de prestadores de servicio.

El tema relevante es que seis bancos, los cuales son dueños de TELERED, S.A., son los que controlan el [REDACTED] de los clientes en el mercado aguas abajo. Ya hemos señalado que son importantes los costos de salida o cambio de una red a una potencial nueva red, por lo que ésta situación de control de la clientela aguas abajo hace poco factible la entrada de un competidor por la dificultad de lograr una rentabilidad aceptable.

El análisis de competencia potencial también debe realizarse respecto a firmas integradas verticalmente. Existen firmas en un mercado que producen el servicio analizado tales como, VISA, MASTERCARD Y CREDOMATIC, las cuales han sido identificadas como empresas cuyo giro de actividad las destaca como titulares de redes y marcas de tarjetas de crédito y débito. Si bien tales potenciales competidores están en capacidad de considerar ampliar su producción y destinar recursos al mercado de servicios de interconexión de redes bancarias en

Panamá para el procesamiento de tarjetas de débito, esta fuente de competencia se vio inhibida en los dos años que han transcurrido a partir del cambio contractual que limitó el acceso de la red de TELERED, S.A. a quienes no fueran parte de [REDACTED]. En este sentido, vemos que en uno de los casos de probable competencia efectiva se observó que los costos de desviar la producción de sus necesidades internas, o de llevar la producción al mercado en forma suficiente resultan importantes, ya que es necesario incurrir en inversiones o en expansiones, y por consiguiente esos costos serían transferidos a las tarifas que pagarían aguas abajo sus clientes haciendo onerosa la operación. En los dos casos restantes, si bien no consideramos la imposibilidad de tales redes de participar en el mercado, lo cierto es que sus costos al consumidor en estos dos años (2001-2003) ni en la actualidad, han sido competitivos a la luz de las preferencias del consumidor, como para que tales firmas sean consideradas sustitutas de la empresa TELERED, S.A. titular del Sistema CLAVE.

Si bien se pueden identificar empresas ubicadas y operando en Panamá que cuentan con la tecnología necesaria (física y de conocimiento) como para reorientarla hacia la producción del servicio objeto de análisis (el desarrollo de una red electrónica interbancaria débito POS), desde que TELERED, S.A. desarrolla el servicio POS, ninguna empresa en Panamá ha decidido (**ni antes ni después del cambio contractual**) reorientar sus activos destinados a la producción de servicios “X” hacia la producción del servicio POS que ofrece TELERED, S.A.

La razón de ello obedece a la consolidación de marca y masa crítica de cuenta habientes que ha logrado TELERED, S.A. desde inicio de sus operaciones, que dificultan la viabilidad de este negocio por parte de otro agente económico.

Conclusión de la dimensión servicio del mercado pertinente por el lado de la oferta:

Se concluye que la interconexión electrónica de redes de servicios financieros para la operación de transacciones de débito es la dimensión servicio del mercado pertinente por el lado de la oferta.

2.3 Conclusiones de la dimensión servicio del mercado pertinente:

Podemos concluir que el mercado objeto de investigación se define como el compuesto por **LA INTERCONEXIÓN ELECTRÓNICA DE REDES DE SERVICIOS FINANCIEROS PARA LA OPERACIÓN DE TRANSACCIONES DE DÉBITO.**

Hemos también señalado que los servicios financieros susceptibles de ser interconectados son:

- Red compartida de cajeros automáticos y puntos de venta, que funciona 24 horas al día, los 365 días del año donde son aceptadas tarjetas de debito que

posibilitan retiros de efectivo, compras en POS, depósitos, transferencias bancarias, pago de servicios públicos.

➤ Red compartida de cajeros automáticos y puntos de venta, que funciona 24 horas al día, los 365 días del año donde son aceptadas tarjetas de crédito, que permiten adelantos de efectivo y compras en POS.

3. Definición de Mercado Geográfico:

La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado pertinente. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los servicios identificados en la delimitación del mercado servicio, en términos de precios, disponibilidad y calidad. Si al producirse variaciones en los precios de los productos los demandantes de estos productos pudieran trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas, los oferentes localizados en esas áreas geográficas entrarían dentro del mercado pertinente a ser considerado.

Esta determinación incluye varios elementos analíticos que se pretenden establecer por un lado, en el sentido de si los consumidores de una determinada área geográfica desplazarían el consumo del servicio analizado por servicios provenientes de otras regiones en caso de producirse un incremento de precios, y por otro lado, si los oferentes de esas otras zonas estarían en capacidad de ofrecer en cantidad suficiente y de forma oportuna el servicio, de forma tal que ejerzan una disciplina en los precios.

Estos dos elementos son distintivos de competencia asociada con servicios y/o oferentes provenientes de áreas geográficas diferentes a aquellas en las que se está verificando la dinámica de competencia afectada por la conducta restrictiva.

La información utilizada para definir el mercado geográfico consistirá particularmente de los siguientes elementos:

3.1. Visión y Estrategia de los compradores y de los oferentes:

La empresa TELERED, S.A. opera un red de cajeros automáticos ATM y terminales punto de venta POS ubicados en diferentes puntos de la República de Panamá.

Mediante el uso de una tarjeta de débito los tarjeta habientes tienen acceso a su cuentas bancarias para efectuar retiros de efectivo, consultas de saldos bancarios, compras en POS y otros servicios de valor agregado a nivel nacional. Así como los comercios afiliados ven ampliada las posibilidades de pago de sus clientes a través del sistema de interconexión de bases de datos bancarias.

Dado que la legislación panameña en materia de Bancos establece que para realizar operaciones con fondos locales depositados en el sistema bancario se requiere de una Licencia de tipo general, los clientes de TELERED, S.A. serán entonces bancos de licencia general que estén facultados para ofrecer estos servicios financieros en el territorio de la República de Panamá y que no sean dueños de la red, así como todos los comercios establecidos en Panamá y que deseen ampliar su oferta de opciones de pago a sus clientes.

Los planes estratégicos de negocios de TELERED, S.A. se centran en el mejoramiento del servicio a sus clientes o sea las instituciones financieras miembros del Sistema Clave, los cuenta habientes y como norte visualizan efectos positivos en la República de Panamá (ver Folio 1437, Tomo IV del expediente). Esta estrategia sugiere claramente un enfoque nacional de su negocio focalizando jugadores locales como objetivos de mercadeo.

Se identifican como clientes actuales a las instituciones bancarias con licencia general para operar en el territorio panameño que no sean dueñas de TELERED, S.A.. En octubre de 2001 de manera inesperada TELERED, S.A. toma la determinación de rescindir los contratos vigentes con sus clientes (ver folio 536 tomo II del expediente) y comunica a los mismos clientes que deben firmar y enviar el nuevo contrato en un plazo breve de lo contrario interrumpirán el servicio. Los 20 afiliados no miembros de junta directiva de TELERED, S.A. se vieron en la necesidad imperiosa de firmarlo y enviarlo aunque no estuvieran en acuerdo con su términos y condiciones, siendo que resultó imposible desplazar su consumo del servicio a otro suplidor en otra zona geográfica. Como no existen antecedentes de que eso se haya dado en algún momento, es altamente probable que esas zonas geográficas donde se ubican proveedores similares a TELERED, S.A. no pertenezcan al mismo mercado geográfico.

3.2. Costos de Transporte:

La consideración de los costos de transporte (en este caso de comunicación) no son muy importantes en este mercado en el cual los costos de transporte de la información no representan una proporción importante en el precio del servicio analizado, ya que las especificaciones del servicio no implican que debe recibirse en un perímetro muy cercano al centro de procesamiento. En ambos casos, se estima que los mercados geográficos atendidos desde cada centro de procesamiento sean limitados al área donde atienden su clientela.

3.3. Costos de Transacción y relación de los precios:

Existen algunos costos de transacción que podrían explicar la separación de mercados geográficos. Entre estos se encuentran los costos por uso de la infraestructura de comunicación y procesamiento en los cuales los clientes es decir los bancos no afiliados y comercios conectados deben incurrir para recibir el servicio financiero. Al igual que los costos de transporte, estos rubros son suficientes para hacer inviable que los clientes reaccionen ante variaciones en los precios del servicio.

En el caso de TELERED, S.A. los costos de transacción que inicialmente paga el banco emisor que luego debita a la cuenta del tarjetahabiente se han fijado de manera estandarizada para todos los 30 miembros de la Red Clave en B [REDACTED] por transacción de retiro de efectivo en ATM de un banco distinto al emisor. El más cercano competidor potencial que efectivamente no ha penetrado el mercado panameño es la tarjeta [REDACTED], cuyos costos de transacción por el retiro de efectivo en ATM es de B [REDACTED]

Esa diferencia de [REDACTED] hace inviable que los consumidores o sea tarjeta habientes nacionales tengan la motivación para desplazar su consumo hacia esta tarjeta internacional por lo oneroso de sus cargos para el usuario final, descartando la opción de que otras redes participantes de la actividad bajo estudio, pertenezcan al mercado panameño o que este último pueda ampliarse a confines extraterritoriales, al no encontrarse otro suplidor potencial o efectivo en el mercado nacional distinto a TELERED, S.A..

Sustituibilidad de la Oferta:

Se ha identificado la existencia de agentes económicos que representan marcas reconocidas globalmente como VISA, y agentes económicos que representan marcas consolidadas en distintos países que ofrecen servicios de interconexión electrónica de servicios financieros que operan redes débito. No obstante ninguno de ellos ha incursionado en el mercado que opera TELERED, S.A. desde hace más de una década (red débito) para convertirse en una opción a los clientes de TELERED, S.A. De manera que la dimensión geográfica del mercado pertinente no incluye a los agentes económicos que operan redes débito en otras áreas geográficas distintas al área geográfica donde opera TELERED, S.A. su red débito.

Se concluye que la dimensión geográfica del mercado pertinente por el lado de la oferta lo constituye el área geográfica en la que TELERED, S.A. explota su red débito.

3.4 Conclusiones en torno al mercado geográfico:

El costo de comunicación en los servicios de interconexión de redes bancarias no representa una alta incidencia en el precio final del servicio dada la atención focalizada que brinda TELERED, S.A a nuestro país, ya que las instituciones financieras no cubren estos costos dado que solo los transfieren a los usuarios finales del sistema, o sea los tarjetahabientes.

Así, la ubicación estratégica de los centros de procesamiento y almacenaje de data ha permitido minimizar los costos de transporte de la información y la uniformidad del costo transaccional en todo el territorio nacional.

Por otro lado, es evidente la imposibilidad de que la competencia extranjera pueda disciplinar los precios en el mercado pertinente, ya que requiere de participaciones de mercado importantes que garanticen la rentabilidad (bancos que aporten una masa crítica de clientes) y que deben ser consideradas para lograr un nivel aceptable de retorno de la inversión, con marcas que puedan penetrar el mercado en un espacio de tiempo corto que no implique mayores riesgos. A efectos de establecer las posibilidades de que los servicios de interconexión importados impongan un límite a los precios de los servicios locales, **la CLICAC considera en su análisis que no existen posibilidades reales de sustitución de servicios actualmente disponibles al consumidor, aún cuando éstos presenten diferencias en sus cualidades y atributos.**

En el presente caso, se conoce que no existen limitaciones al comercio nacional de servicios de interconexión de redes bancarias por las distintas disposiciones nacionales como internacionales. En este sentido, es posible realizar importaciones de estos servicios. No obstante, para quien quiera proyectarse como un nuevo entrante existen altos costos inherentes al proceso de penetración de mercado como son costos de equipamiento de hardwares, softwares de comunicación y en particular, gastos elevados de mercadeo para captar una escala óptima de masa crítica de clientes en atención a la fortaleza de la marca SISTEMA CLAVE de la cual es titular TELERED, S.A., lo que encarece el servicio en un mercado en que el precio del servicio al consumidor final es a nivel de uso de ATM para retiros de efectivo es bajo [REDACTED] dólares membresía anual y B/ [REDACTED] retiros de efectivo en ATM distintos a los de su banco), y haciendo además poco factible que zonas geográficas distintas al territorio nacional puedan formar parte del mercado geográfico pertinente del presente caso.

Igualmente, hay bajas posibilidades de que se configuren mercados dentro de la geografía nacional una vez que el sistema de distribución adoptado por la comercializadora del servicio TELERED, S.A. y la localización del centro de procesamiento junto a comunicaciones eficientes permite la penetración de sus servicios a nivel de todo el país.

En función de los elementos señalados en torno a la ausencia de importaciones significativas, la caída en la relación costo –comunicación del servicio por la influencia de la ubicación geográfica y estratégica de los centros de procesamiento junto a disponibilidad de comunicaciones eficientes y económicas, las consideraciones sobre las actuaciones de TELERED, S.A., S.A. en cuanto a la estrategia publicitaria y métodos de comercialización, esta Comisión concluye que el mercado geográfico relevante del presente procedimiento administrativo se define como ***EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE PANAMA.***

4. Conclusiones sobre el mercado pertinente:

Dadas las conclusiones obtenidas en el análisis del mercado servicio y el mercado geográfico, se define el mercado pertinente como el constituido por LA INTERCONEXIÓN ELECTRÓNICA DE REDES DE SERVICIOS FINANCIEROS PARA LA OPERACIÓN DE TRANSACCIONES DE DÉBITO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

D. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO PERTINENTE DEFINIDO

La Ley 29 establece como requisito para la configuración de prácticas monopolísticas relativas que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley.

El artículo 15 de la Ley 29 establece que las prácticas monopolísticas relativas se considerarán violatorias, únicamente si se comprueba la existencia de los dos supuestos siguientes:

- Que agente tenga poder sustancial sobre el mercado pertinente.
- Que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.

En el apartado anterior la Comisión ha definido el mercado pertinente donde se realizó la conducta, corresponde en este apartado determinar si el agente económico que realiza la misma tiene poder en el mercado pertinente y si tal conducta se realiza respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.

Si un agente económico no tiene poder sustancial en el mercado pertinente, sus acciones en lo individual serán por lo general incapaces de afectar de manera significativa las condiciones de precio y de oferta en el mercado pertinente definido. Si un agente económico tuviera poder en un mercado pertinente, éste no le permitiría realizar prácticas anticompetitivas en otro. Ello no significa que no pueda afectar las condiciones en ese otro mercado, pero la práctica sólo puede realizarla en el mercado en que tiene poder. Así, un productor de un insumo puede afectar las condiciones en otro mercado cuyo producto utiliza ese insumo en la producción, pero para ello requiere y le basta tener poder en el mercado del insumo, aun si no lo tiene en el del producto final.

El artículo 16 de la Ley 29 contiene los criterios utilizados para la definición del mercado pertinente dentro del cual se produce la conducta, que como se indicó fue desarrollado en el apartado anterior. En lo que concierne a la determinación de poder sustancial en el mercado pertinente, el artículo 17 de la Ley 29 contempla como elementos para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado pertinente, los siguientes factores, los cuales deben analizarse a propósito del momento en el cual se comete la práctica. Esto es importante

porque permite a la Comisión un análisis de mercado y competitividad durante el periodo posterior en el cual se verifica los cambios contractuales de octubre de 2001, que dieron lugar a la presente investigación.

En consecuencia, veamos los factores que señala la Ley 29 de 1996 y el Decreto 31 para la determinación de poder sustancial en el mercado pertinente al momento de la ejecución de la práctica y en la evolución de los años octubre de 2001 a octubre de 2003. Dichos factores son los siguientes:

1. **La participación en este mercado pertinente,**
2. **La capacidad de:**
 - 2.1 **Fijar precios unilateralmente, o**
 - 2.2 **De restringir el abasto en el mercado pertinente,**

Para cualesquiera de los dos casos, que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad

3. **Las barreras que puedan existir en el mercado,**
4. **El comportamiento reciente,**
5. **Posibilidades de competidores a fuentes de insumo**
6. **Existencia y poder de competidores**

1. Participación en el mercado pertinente;

En el mercado pertinente definido, sólo participa un agente económico, TELERED, S.A., como oferente de interconexión electrónica de redes de servicios financieros para la operación de transacciones de débito en la República de Panamá. Por lo tanto su participación de mercado es de 100%. Tal como se estableció en el apartado anterior sobre definición de mercado pertinente el Sistema Clave es la única red compartida de cajeros automáticos y puntos de venta existente actualmente en Panamá. En economía cuando la industria esta conformada por una sola empresa, se clasifica como monopolio.

Si bien una total participación de mercado es un indicio de que el agente económico podría poseer un poder sustancial en el mismo, en el sentido de que es poco probable la incidencia de una conducta restrictiva por parte de una empresa que no tenga un poder apreciable frente a sus competidores, no es una condición suficiente. Así, ante un cambio que afecte las condiciones de competencia por parte del agente económico investigado, es necesario evaluar si otros agentes que pertenecen al mercado pertinente pudieran fácil y rápidamente aumentar su producción o iniciar operaciones en el mercado pertinente, motivados por el aumento del precio o el control de la oferta de un bien o servicio determinado. Es decir, si no hay barreras significativas a la entrada difícilmente puede tener poder en el mercado pertinente definido aún

teniendo una total participación de mercado. En este caso ha quedado demostrado que los agentes económicos potenciales de TELERED, S.A. no han podido (a pesar de intentarlo, Visa, Credomatic, por ejemplo) disuadir el cambio contractual implementado por TELERED, S.A.

2. La capacidad de fijar precios unilateralmente

Este numeral hace referencia directa a la capacidad de aumentar precios unilateralmente en el mercado pertinente sin que otros agentes económicos competidores tengan la posibilidad de efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad. La primera frase de este numeral y los demás numerales del artículo 17 antes mencionado se refieren a las condiciones que hacen posible esa capacidad.

El numeral 3 del artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 31 establece que una vez determinado el mercado pertinente se procederá a determinar si el agente económico involucrado tiene o no poder sustancial en dicho mercado, usando los criterios dispuestos en el artículo 17 de la Ley y en los artículos 12 y 13 de este Decreto Ejecutivo N° 31, conforme al cual un agente económico podría imponer o mantener un incremento, significativo y no transitorio de precios por encima de los niveles existentes en la ausencia de tal acto o práctica.

De manera que para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado pertinente definido donde se da la conducta analizada se requiere examinar los elementos del artículo 17 de la Ley 29, desarrollados en el Decreto Ejecutivo No. 31 antes mencionado.

El 100% de participación de mercado reduce el análisis a determinar cual es la capacidad de la competencia potencial para disuadir al agente económico que se investiga de implementar conductas sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad. De hecho ello se observa en el contrato de afiliación a TELERED, S.A. en el cual esta empresa fija toda suerte de precios y tarifas y entre ellas, las tarifas que como comisión se puedan cobrar a los establecimientos comerciales por cada transacción llevada a cabo con el dispositivo POS; con lo cual se evidencia su capacidad de fijar precios, dentro del mercado investigado.

3. La existencia de barreras a la entrada al mercado pertinente y los elementos que previsiblemente puedan incidir en las mismas así como en la oferta de otros competidores;

Este numeral hace referencia al concepto de barreras a la entrada. Siendo que el análisis de barreras pasa por examinar una serie de variables para determinar su existencia, el numeral 6 del artículo 17 lo prevé y permite establecer criterios mediante decreto ejecutivo. La Comisión para fortalecer su análisis de casos ha hecho uso de este recurso que le permite la Ley vía el Decreto

Ejecutivo N° 31 de 3 de septiembre de 1998 “Por el cual se reglamentan el Título I (Del Monopolio) y otras disposiciones de la Ley 29. En el artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 31 se establece el método de análisis para determinar el mercado pertinente y la existencia de poder sustancial conforme a los términos de los artículos 16 y 17 de la Ley 29.

El artículo 12 establece que para determinar la existencia de barreras a la entrada al mercado pertinente, en los términos del numeral 2 del artículo 17 de la Ley, se considerarán, entre otras:

3.1. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida para entrar en el mercado pertinente, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de la facilidad productiva o el equipo y la ausencia, falta o imperfección de un mercado para facilidades productivas y equipos usados;

La investigación realizada por la Comisión permite afirmar que la mayor inversión en el negocio bajo análisis que tendría que realizar un potencial competidor no hubiese sido propiamente la inversión en infraestructura de red, ni tampoco inversión en software, sino que dada la naturaleza del negocio, la mayor inversión sería en publicidad para contrarrestar la consolidación de la marca de la empresa bajo análisis y para captar la masa crítica necesaria de tarjetahabientes de manera que la actividad sea rentable. Del total de la inversión, probablemente la realizada en infraestructura tiene usos alternativos, no parece plausible que sea el caso para la inversión en software y publicidad. **Así, en lo que se refiere a este aspecto el mismo constituye una barrera a la entrada para un potencial competidor.**

Los costos de salida de los usuarios y clientes del mercado pertinente definido son elevados, por su naturaleza de funcionamiento, estratégica y de credibilidad son elevados. Los usuarios del sistema requieren tener una cuenta bancaria (de ahorro o corriente) disponible, lo cual implicaría duplicación de cuentas si desea mantener el servicio vigente y un servicio alternativo. No obstante para afiliarse a un sistema el usuario requiere de indicios que lo induzcan a confiar. Aspectos como experiencia en el campo, reputación lograda para decidir cambiarse. Generar credibilidad, reputación, confiabilidad e información es un proceso costoso para un agente económico, máxime cuando existe una marca en la cual se confía. Para ello se requiere invertir una suma importante de recursos, sin la seguridad de que con ello se alcanzar la masa crítica que haga viable el negocio.

3.2 Los costos financieros y el acceso limitado al financiamiento;

El servicio que ofrece TELERED, S.A. es un servicio demandado por instituciones financieras. Los incentivos para financiar este tipo de negocios están dados, porque significa una alternativa para las instituciones financieras.

Dada la existencia de un centro bancario en Panamá, en cuanto a los costos financieros consideramos que no existen problemas de acceso limitado al financiamiento. Después que existan colaterales, el sistema financiero tiene disponible recursos a precios (tasas de interés) en

función del nivel de riesgo que implique el negocio. A pesar de ser un negocio de alto riesgo por sus características, después que existan colaterales el sistema financiero puede llegar a ofrecer respuestas.

3.3 El acceso limitado a canales de distribución eficientes o el costo elevado para desarrollar canales alternativos;

Para analizar lo relativo al desarrollo y costo de los canales de distribución de eventuales competidores de TELERED, S.A. es clave no perder de vista la naturaleza del negocio bajo análisis. El negocio opera en red, ello implica que la demanda de una persona también depende de la demanda de otras, es decir, la demanda de un cliente por el servicio va a depender del número de clientes que han comprado el bien, con esto en mente es que se debe valorar si en un negocio en red es costoso desarrollar canales alternativos.

Si lo analizamos a partir de una nueva red local que no se interconecta con la red existente, evidentemente el potencial competidor está en franca desventaja, la red existente tiene mayor valor para los usuarios que la red alterna. En este caso el costo sería elevado de desarrollar canales alternativos. Esto es válido para los usuarios como clientes del sistema. Los usuarios (tarjeta habientes) prefieren una red mayor (número de ATMs y POS) que una red menor (si los precios son iguales o varían marginalmente) y los clientes (comercios) prefieren la red con mayor número de tarjeta habientes.

Si el competidor potencial ofrece su servicio desde el exterior a través de acceso remoto, queda por resolver el posicionamiento de marca para competir con la existente. Como se ha mencionado esto tiene un costo elevado por los costos de salida que implica para los usuarios finales del sistema actual cambiarse a la alternativa.

Si el potencial competidor es un operador global de tarjetas crédito, las posibilidades de desarrollar un canal alternativo sin costos elevados en inicio parece ser posible, toda vez que es cuestión de transmitir la experiencia adquirida en compras con tarjetas crédito a compras con tarjetas débito. En el mercado en el que participa la empresa investigada esto técnicamente ha sido posible desde el momento de su fundación, no obstante a la fecha y a dos años de la práctica no se ha constituido en una realidad y existe evidencia en el expediente que respalda la intención de empresas de redes con marcas de débito a nivel internacional, que no han podido entrar al mercado local a competir con TELERED, S.A.. Así, **se concluye que los costos son elevados para desarrollar canales alternativos.**

3.4. El acceso limitado a la tecnología;

En el negocio que desarrolla TELERED, S.A. no se observa una limitación de acceso a la tecnología. Existen múltiples oferentes a nivel mundial para la infraestructura de red que

requiere una empresa como TELERED, S.A. para operar, servidores, cableados, software. La tecnología de conocimiento en este negocio es estándar, estos servicios se ofrecen en casi todos los países, sin embargo requiere inversiones importantes con tasas de retorno bajas en función de los elementos desarrollados con anterioridad como son : Fuerte consolidación de la marca CLAVE y elevados costos para crear canales alternativos y obtención de clientes necesarios para crear rentabilidad.

3.5 La necesidad de contar con concesiones, licencias o cualquier clase de autorización gubernamental, así como permisos de disponer de los derechos de uso o explotación protegidos por la legislación de propiedad intelectual;

No se requiere de licencias especiales para realizar el negocio que ofrece TELERED, S.A.. No obstante para realizar la explotación de una marca existente, es importante señalar que la Ley 29 en su artículo 4, no exonera a quien la explote o sea su titular, en atención a que la misma legislación de competencia señala que ningún titular de derechos de propiedad intelectual puede incurrir en actos, contratos o prácticas que la Ley 29 considere como monopolísticos, por lo que el derecho de propiedad intelectual no excluye ni exonera al propietario de una marca determinada, para limitar la competencia.

3.6 La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado, que permita competir con marcas o nombres ya establecidos;

Siendo que la marca Sistema Clave está muy bien posicionada en la mente de los cuenta habientes panameños como una de las dos únicas marcas en el territorio nacional, para transacciones de débito. No obstante la segunda de tales marcas que es la VISA For You de Banco General, no sustituye ni compite con la Clave de TELERED, S.A. ya que se trata de una tarjeta prepagada, con un límite para gastos, no respaldada por una cuenta corriente o de ahorros como si es el caso de la CLAVE. Para un potencial competidor entrar a competir al nivel de CLAVE propiedad del agente investigado, significa realizar una fuerte inversión en tratar de generar confiabilidad y, en publicidad (para generar información suficiente y constante en el consumidor) para hacerse espacio en el mercado pertinente y contrarrestar el impacto de la marca CLAVE. Dependiendo de la capacidad del potencial competidor, de la forma como decide entrar al mercado (vía acceso remoto, negociando con el operador existente) la inversión en publicidad se constituye en una barrera significativa a la entrada para el potencial competidor. Por muy superior que sea la alternativa, la entrada implica que se requieran realizar inversiones en publicidad importantes y a la fecha tales inversiones fueron disuasivas dado que a dos años de la implementación de la práctica no ha habido competencia en el mercado, con lo cual la conducta investigada se realizó en modo que ya no puede considerarse como transitoria, sin en ejercicio de un poder de mercado.

3.7 La existencia de restricciones creadas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado pertinente;

Dada la naturaleza y desarrollo del negocio que ofrece el agente económico bajo investigación no se observan restricciones comunes ya que se trata de un solo agente en el mercado pertinente panameño.

3.8 La existencia de limitaciones a la competencia en los mercados internacionales correspondientes;

Existe evidencia de que en otros países con características similares al nuestro existe competencia de distintas formas en el negocio objeto de investigación. Una posible explicación para este fenómeno es la no vinculación de propiedad y control con quienes demandan el servicio. En el caso bajo investigación la integración vertical proveedor de servicio – cliente, genera incentivos para discriminar contra potenciales competidores por el servicio de interconexión, afectando incluso mercados a nivel vertical, lo que no viabiliza interconectar potenciales redes con la red existente.

4. La existencia y poder de sus competidores;

La valoración de este elemento pasa por considerar la existencia y poder de competidores efectivos y potenciales en el mercado pertinente donde participa TELERED, S.A.. La idea es que de existir competidores y estos tienen el poder como para disuadir determinado comportamiento por parte de TELERED, S.A. éste se abstendrá de llevarlo a cabo porque el objetivo de su conducta bajo estas circunstancias tiene poca probabilidad de éxito, toda vez que para los clientes de TELERED, S.A. las alternativas están presentes.

Desde el momento en que TELERED, S.A. toma la decisión de no permitir a todos los miembros del Sistema Clave explotar el negocio POS muestra la capacidad de esta empresa de influir en el mercado pertinente sin que pueda ser disuadido por la competencia potencial ya que la competencia efectiva es inexistente, y por tanto, para tal control de la oferta del servicio de interconexión para el procesamiento de operaciones de débito sólo fue suficiente implementar la medida de los cambios contractuales denunciados y ocurridos en octubre de 2001. Es decir, a dos años de la comisión de la conducta investigada, no hubo competencia potencial o efectiva que disciplinara a la investigada en tal toma de decisión. **Se concluye que el poder de los competidores potenciales no es suficiente como para disuadir la realización de conductas por parte del agente económico investigado que afecten la competencia.**

5. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

En este numeral se requiere determinar si para los agentes económicos competidores del agente económico que realiza la conducta (TELERED, S.A.) las posibilidades de acceso a fuentes de insumo para el desarrollo del negocio son iguales inferiores o superiores a las posibilidades de acceso a las fuentes de insumo para el agente económico que realiza la conducta investigada. Si las posibilidades de acceso a insumos por parte de los competidores son iguales o superiores a las posibilidades de acceso a fuentes de insumo para el agente que realiza la conducta, este último no obtiene ventajas frente a sus competidores (en todo caso podría estar en desventaja en el caso de que las posibilidades de acceso para los competidores sean superiores). Si las posibilidades de acceso a fuentes de insumos para los competidores son inferiores (tiempo, cantidad, por ejemplo) a las posibilidades de acceso a fuentes de insumo para el agente económico que realiza la conducta, este último se encuentra en ventaja de las cuales puede sacar partido.

Para responder como son las posibilidades de acceso a fuentes de insumos, tenemos que conocer a que insumos nos referimos, de manera que se tiene que responder la siguiente pregunta ¿Qué se necesita para la producción del servicio que en el mercado pertinente definido ofrece TELERED, S.A.? En términos generales, los conceptos insumos, factores de la producción o recursos productivos son todos sinónimos entre sí. En general incluyen aspectos tales como talento empresarial, diferentes clases de mano de obra, equipo y fundamentalmente cuenta habientes.

La mayoría de fuentes de insumos están disponibles en el mercado sin restricciones para el que las necesite. Ahora bien, los cuenta habientes que son tarjeta habientes del sistema clave también son fuente de insumo para los potenciales competidores de TELERED, S.A. Si bien están disponibles, en el sentido de que no existe una restricción que impida a un tarjeta habiente del sistema clave considerar dejar el sistema clave y optar por otro sistema, en la práctica por los costos de salida que implica para el tarjeta habiente dejar el sistema actual, a los competidores potenciales les será dificultoso llegar a esta fuente de insumos ya que hubiese tenido que asumir costos importantes de publicidad, credibilidad, reputación, consolidación de masa crítica necesaria para observar rentabilidad, lo cual no ha ocurrido a dos años de la conducta.

Si la competencia hubiese sido enmarcada dentro de las visiones de competencia de la investigada, vemos que dentro del esquema planteado, con la capacidad ociosa de la investigada, se hubiese consolidado un cartel de distribución de mercados (clientes y área que no interesan a TELERED, S.A.) y precios, y que una red independiente competidora de TELERED, S.A. no hubiese sido rentable dado que la misma empresa sujeta su crecimiento al crecimiento de la población, lo cual no hace rentable y no sugirió rentabilidad para ninguna empresa que deseara entrar a competir. Por el contrario, lo que se observó es que a dos años de la conducta, ningún agente económico disciplinó a TELERED, S.A. y la conducta investigada tiene características de permanente, como se desprende de la intención manifestada en la documentación recabada por los miembros de su junta directiva. Por lo tanto, la obtención de tal masa crítica sigue

siendo un elemento barrera en este mercado a tal grado que constituye uno de los pilares gubernamentales que disuaden a un entrante a competir.

6. Su comportamiento reciente;

El comportamiento reciente del agente económico investigado se circunscribe a la modificación unilateral que realizó de los contratos de afiliación con las instituciones financieras afiliadas al Sistema Clave vigentes desde que cada institución se afilió al Sistema Clave hasta 8 de enero de 2002.

En el expediente constan notas enviadas desde la gerencia de TELERED, S.A. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

El nuevo contrato a diferencia del anterior establece en su cláusula primera que la institución afiliada no esta facultada ni autorizada a instalar ni operar terminales POS que acepten y procesen transacciones de tarjetas débito claves.

En la situación descrita era evidente que decisión tomada por los miembros afiliados fuese la de firmar el nuevo contrato como en efecto ocurrió, a pesar de verse imposibilitado a instalar y operar terminales POS que acepten y procesen transacciones de tarjetas claves, toda vez que la alternativa implicaba una suspensión definitiva de los servicios ofrecidos por TELERED, S.A. al miembro afiliado.

De no aceptar hubiese implicado que los tarjeta habientes del banco afiliado no podrían acceder al sistema clave, lo cual implicaría una desmejora importante en el servicio ofrecido por el banco a sus clientes, respecto de los clientes de bancos miembros socios que si pueden acceder. En el limite, la alternativa de no firmar el nuevo contrato aumentaría la probabilidad de migración de tarjeta habientes de bancos miembros afiliados a bancos miembros socios de TELERED, S.A. que si contarían con la tarjeta de débito CLAVE.

La decisión tomada por TELERED, S.A., no puede ser explicada sino en la medida en que exista poder sustancial de mercado, de forma tal que la conducta en si misma es un indicio de que existe un poder que ha sido ejercido, máxime cuando a dos años de la notificación de los cambios contractuales no ha habido ningún entrante capaz de disciplinar dicha actuación de TELERED, S.A..

7. Conclusiones sobre la existencia de poder del agente económico que realiza la conducta investigada en el mercado pertinente definido

- El agente económico investigado cuenta con 100% de participación en el mercado pertinente definido, lo cual conforme a la clasificación de estructuras de mercado lo identifica como un monopolio y se constituye en un indicio de que cuenta con poder sustancial en el mercado pertinente donde participa.
- La mayoría de los elementos analizados demuestran la capacidad de demostrar la existencia de poder sustancial y posibilidad de ejercerlo en el mercado pertinente donde participa el agente económico investigado en cuanto a la fijación de precios y al control de la oferta.
- La competencia potencial no impidió la implementación de la conducta investigada. A dos años de haber sido manifestada e implementada la conducta, la competencia potencial no ha sido capaz de revertirla, lo que evidencia de que el ejercicio de poder por parte del agente económico que realiza la conducta ha sido significativo y no transitorio.
- Así, se concluye que TELERED, S.A., tiene poder sustancial en el mercado pertinente donde se implementa la conducta investigada ya que controla por completo la oferta nacional respecto a la interconexión de redes y VISA Internacional, el más cercano de los competidores no se acercó en tales dos años a competir en los servicios con el SISTEMA CLAVE con su red utilizada en Panamá para el procesamiento de operaciones de crédito.
- Siendo que TELERED, S.A., está integrado con sus clientes (bancos), éstos (miembros de su junta directiva) aprovechan tal integración y poder de TELERED, S.A. y por ende el poder sustancial de mercado pertinente de ésta, para afectar las condiciones de competencia en el mercado, al limitar la competencia en el negocio POS a sólo los miembros socios de TELERED, S.A. vía la exclusión contractual de los miembros afiliados al sistema clave y de cualesquiera otro que traten de implementar competencia en el mercado.

E. La Conducta investigada:

Cubiertos los requisitos previos que establece el artículo 14 de la Ley 29, referidos la comprobación de los artículos 15, 16 y 17 de la misma excerta legal, pasamos a verificar si la conducta denunciada se enmarca o no dentro de lo que pueda ser considerado una practica monopolística relativa, de acuerdo al resto del encabezado del artículo 14 precitado y los numerales del artículo 14 de la Ley 29.

En este sentido observamos que la conducta demandada puede analizarse desde la perspectiva de la empresa TELERED, S.A. como actuante en el mercado entendiendo la importancia en la toma de decisiones por parte de los miembros de sus juntas directivas –accionistas – que son bancos competidores.

Analicemos esta acepción:

a. Análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva de la empresa TELERED, S.A. como actuante en el mercado.

a.1) El acto unilateral:

Tal como hemos mencionado, TELERED, S. A. es la única empresa en la República de Panamá que ofrece el servicio de interconexión de redes para el procesamiento de operaciones de débito. Se ha comprobado dentro del expediente que la conducta realizada no se debió a un acuerdo de voluntades entre la empresa TELERED, S.A. y los agentes económicos afiliados (no socios) de esta empresa. Por el contrario, existe abundante evidencia en el expediente de la investigación que apunta a señalar que la denunciada actuó en seguimiento a las directrices acordadas en su junta directiva que en todo momento se refería a la desconexión de servicios y a que quedara claro en los nuevos contratos que no se permitiría la interconexión para el procesamiento de débito desde las terminales POS; así como que si los afiliados no aceptaban los cambios, simplemente no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por TELERED, S.A.

Esta forma de actuar anula cualquier posibilidad de consentimiento libre de las partes afectadas o que se haya llevado una negociación libre entre las partes, ya que la parte débil de la contratación (los afiliados no socios) tenía anulada la posibilidad de negociar excepciones a la reglas en virtud de sus condiciones o aportes a la empresa TELERED, S.A. (ejemplo: número de tarjetas CLAVE aportadas al sistema o emitidas) o de continuar con las condiciones contractuales que regían sus relaciones desde el principio con TELERED, S.A. y que consistían entre otros temas en el pleno acceso de las afiliadas no socias a la interconexión de la red para el procesamiento del débito a través de las terminales POS.

En consecuencia, la conducta efectuada por TELERED, S.A. desde la perspectiva de una práctica relativa la convierte en un acto unilateral realizado por una empresa dentro del mercado pertinente analizado, contra los afiliados no socios de esta empresa, para que éstos en virtud de los cambio de contratos impuestos no puedan participar en la interconexión de la red en el servicio de procesamiento de transacciones de débito con los dispositivos POS. Al determinar la **actuación unilateral** se cumple uno de los requisitos del encabezado del artículo 14 de la Ley 29.

a.2) Respecto al objeto de los cambios contractuales como conducta denunciada:

Existe evidencia en el expediente respecto a la intención de la investigada y su junta directiva respecto a los hechos denunciados.

En este sentido observamos que desde el principio y hasta el presente, han existido dos categorías de miembros de TELERED, S.A. bien definido cuales son los miembros socios (cinco de los conforman rotativamente los cargos en la junta directiva) y los miembros afiliados, no socios, pero usuarios sujetos a los procedimientos definidos en el anexo A del Contrato de Afiliación a esta empresa y a las tarifas establecidas en el anexo B del mismo contrato.

En tales contratos se aprecia que desde el principio la intención para hacer crecer y fortalecer la red -adquiriendo lo más importante que es la masa crítica de tarjetahabientes- es que todos los miembros, socios o afiliados utilizaran cada uno de los servicios que ofrece TELERED, S.A. en condición de igualdad tal como se desprende de la cláusula primera de tales contratos originalmente firmados por los afiliados no socios al señalar: “El BANCO EMISOR igualmente podrá instalar ATMs, y POS bajo las mismas condiciones que los demás BANCOS MIEMBROS DEL SISTEMA CLAVE.” Como se observa, al señalarse “los demás BANCOS MIEMBROS DEL SISTEMA CLAVE” no se hace distinción entre miembros afiliados o socios, por lo cual los afiliados adquirirían las mismas posibilidades de acceso que estaban disponibles a los socios y con ello la interconexión para el servicio Pos. (p.e. foja 841) . (Esta cláusula primera fue precisamente la que se cambió en los nuevos contratos enfatizándose que los bancos afiliados no podían acceder la red para la interconexión del servicios POS.) Por contrario, en la primera declaración del contrato original se definía a los propietarios de la red a las INSTITUCIONES MIEMBROS DEL SISTEMA CLAVE”, con lo cual se confirmaba la igualdad de condiciones entre afiliados y socios en cuanto a los términos de acceso a la red.

Cabe destacar que el tenor de la señalada igualdad de condiciones respecto a los servicios de TELERED, S.A. fueron reiterados incluso en contratos celebrados por dicha empresa con nuevos afiliados en el año 2000, con lo cual es sostenida la intención de dar cabida a los afiliados a los servicios que ofrece la red, y tal como señalábamos, uno de tales servicios es precisamente la capacidad de interconectarse a la red para celebrar los contratos de adquirencia con comercios e instalar los dispositivos POS cuyos contratos son firmados por TELERED, S.A. el banco adquirente y el comercio. (foja 749 del Tomo II).

Al suscitarse las solicitudes de los afiliados para efectivamente realizar la interconexión y brindar ese servicio, -9 años después- la empresa decide resolver los contratos vigentes con todos y cada uno de los afiliados cambiando únicamente la posibilidad de obtener la interconexión para adquirencia (POS) y suprimiéndose en consecuencia esta estipulación del contrato. Esto se refleja en los nuevos contratos que rigen las relaciones entre los afiliados y TELERED, S.A.

Así mismo se observa en reiterada documentación, que la intención de la denunciada es que solamente los bancos que pertenecen a la junta directiva puedan ser los que afilien adquirencia o que tengan la interconexión para el servicio POS. Sin embargo esto debe entenderse como bancos socios de esta empresa, ya que en los testimoniales y en los contratos de los socios se recoge que los socios en general pueden acceder a la interconexión para adquirir con los dispositivos POS en el mercado. (p.e. fojas 325 a 492 del Tomo I y foja 920 y sgts del Tomo III, fojas 1811 y sigts del Tomo VI y del Tomo VII de los expedientes de la investigación). Lo anterior, ya sea por la desconexión permanente de los afiliados que hayan tenido acceso a este servicio de interconexión o porque debido al cambio contractual, los que no hayan solicitado este servicio, tampoco puedan tener esta posibilidad de negocios en el futuro.

Para explicar el motivo de estos cambios TELERED, S.A. acude al espíritu por el cual fue creado TELERED, S.A. que involucraba que solo los socios pudiesen explotar este servicio y que la empresa nace como una intermediario necesario y más barato en la interconexión de cajeros ATM's; no obstante esto se contrapone con la constancia en los contratos celebrados de 1991 al año 2000 (9 años) en los cuales se mantuvo como derecho de los afiliados, la posibilidad de acceder la red la interconexión para la adquirencia. (foja 749 del Tomo II). **El negocio de la adquirencia se calcula en 100 millones de dólares al año con un potencial de crecimiento de 6 a 8 % anual. (foja 405, del Tomo I).**

Se observa igualmente que TELERED, S.A. es una empresa creada para dar servicios a los bancos y que la intención al crear esta empresa era que la misma tuviese utilidades para ser reinvertidas, mantenerla tecnológicamente en condiciones que se requerían, y en todo caso como una unidad en la cual se integraran a ese nivel para generar ganancias resultantes. (Tomo VII). Esta empresa en conclusión no se creó como una entidad independiente de los bancos socios sino como una empresa al servicio de éstos y en la cual estos se integran.

En este sentido observamos que existe evidencia de miembros socios de TELERED, S.A. que estiman que mantener abierto el canal de interconexión para el POS [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] (Tomo VII).

Existe igualmente evidencia en la cual se señala de manera consistente que el cambio contractual en el cual se suprime el derecho de adquirir POS –originalmente otorgado en contratos iniciales- ha originado que los bancos afiliados tengan problemas en afiliar crédito o adquirir crédito en los locales comerciales ya que al no poder ofrecer el POS que procese CLAVE, los locales comerciales tienden a no aceptar la afiliación por los bancos que carecen de esta interconexión. Y que en atención a ello, los afiliados que sufrieron cambios contractuales sufren una desventaja competitiva en el mercado. (Tomos VI y VII)

Existe evidencia que indica que TELERED, S.A. ve CLAVE como un subproducto y que lo llevan muy cerca de la adquirencia de crédito al señalar:



Llama la atención de que se observa que la organización del mercado la componen 8 entidades que adquieren crédito en la República de Panamá 4 de ellos son socios de TELERED, tres adicionales resultaron directamente excluidos (habían hecho peticiones o ya estaban conectados para adquirir con dispositivos POS antes de los cambios contractuales) dela adquirencia y uno adicional miembro de TELERED pero que se ve excluido por los cambios contractuales (Foja 2014). En otras palabras, solo los miembros socios de TELERED, S.A. pueden ofrecer en el mercado a los locales comerciales los dispositivos POS para transacciones de débito y crédito. El resto de los competidores en igualdad de condiciones han sido excluidos con lo cual se refuerza el poder de TELERED y sus socios en el mercado que como mencionáramos tiene facturaciones cercanas a los 100 millones de dólares anuales con un potencial de crecimiento de 6 a 8% anual y de cuyas transacciones TELERED, S.A. fija las comisiones que los adquirentes cobran en el mercado.

Existe evidencia adicional que confirma que CLAVE es un producto que demanda el consumidor de sus bancos o entidades que manejan sus cuentas de ahorro o corrientes.

Es constante en las declaraciones de TELERED y sus miembros que no desean permitir a los bancos afiliados el acceso a la interconexión para POS debido a que tales bancos y afiliados en general utilizarían el servicio como ventaja para fortalecerse en la adquirencia de crédito ya que no aportan suficientes tarjetas al Sistema CLAVE.

Existe en el expediente evidencia que indica que el negocio de adquirencia de débito interesa a quienes adquieren crédito en el mercado. Ello nos lleva a pensar que parte de la intención de TELERED, S.A. consiste en proteger a los miembros de la junta directiva o bancos socios para fortalecer a través de esta medida excluyente la posición de las tarjetas CLAVE en el mercado llevando el crédito

al reconocer a CLAVE como un subproducto. (foja 417 del Tomo I).

Respecto al temor de los bancos socios de TELERED de que los bancos afiliados lo que deseen es fortalecer su parte de adquirencia de crédito y no la tarjeta CLAVE observamos que

el [redacted] de los ATM son impulsados y propiedad de los afiliados y que [redacted] de los tarjeta habientes son actualmente de los afiliados. Observamos también que en 1996:

“1996 representó para TELERED, S.A. [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]

[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]

Así mismo se observa dentro de la documentación alusión a bancos afiliados que han contribuido desde el principio del proceso, todo lo cual pone en evidencia la importancia que constituyeron los bancos afiliados en la consolidación de la red, Existe igualmente evidencia que confirma que los bancos afiliados han sido un elemento importante en el crecimiento de la red, tal cual consta en testimonios practicados en esta sede administrativa ya que incluso se encargan de darle la publicidad a la marca. (foja 405 del Tomo I).

[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]

Por otra parte se observa que hubo ofrecimiento de acceso a la red con cargos que tampoco fue aceptado por la denunciada.

⁴ Revista TELERED, 10 AÑOS.

Todo los aspectos resaltados nos llevan a concluir hasta este punto que la intención de TELERED, S.A. con su cambio contractual fue precisamente impedir la competencia en la red en lo que respecta a acceder a la interconexión para puntos de venta con dispositivos POS, y facilitar las condiciones que permitan establecer estructuras fijas de mercado (tarifas) en las cuales no haya competencia a nivel horizontal entre las entidades miembros de TELERED, S.A. y reforzar las condiciones monopolistas de TELERED, S.A. y evitar la competencia.

Un punto importante en la discusión es el derecho industrial que subyace dentro de la decisión adoptada por TELERED, respecto a la utilización libre de la marca SISTEMA CLAVE y/o TELERED, S.A. Sobre este particular es necesario puntualizar lo siguiente:

La marca SISTEMA CLAVE o TELERED, S. A. está registrada y es propiedad de la denunciada. Un elemento traído a colación respecto a los cambios contractuales es precisamente lo atinente a que las partes tienen la libertad de utilizar las marcas en cuestión a partir de su derecho de disposición sobre la misma que le brinda su titularidad.

Sobre este punto es importante señalar que el artículo 4 de la Ley 29 de 1996 señala expresamente que “Tampoco se consideraran prácticas monopolísticas el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual que la ley reconozca a los titulares de marcas de productos o de servicios para la explotación exclusiva de dichas marcas... **Sin embargo, no podrán llevar a cabo ningún acto, contrato o práctica que esta Ley defina como monopolísticos.** Pareciera entonces que hubiese un conflicto entre ambos derechos (de la competencia y de la propiedad intelectual).

Al consultar la doctrina observamos los siguientes planteamientos:

“... existe una necesaria vinculación entre esta última legislación y las normas de la defensa de la competencia que se manifiesta en diversas formas. La aplicación de la legislación marcaria debe ser tal que no conduzca, mediante la apropiación de signos distintivos, a la formación de situaciones anticompetitivas, particularmente las que configuran posiciones dominantes de mercado. Una cosa es que, utilizando los signos marcarios, como cualquier otro derecho se llegue a tal posición de predominio o a practicas anticompetitivas, lo cual es materia exclusivamente de la Ley de Defensa de la Competencia, y otra que la obtención de ciertos derechos marcarios sea suficiente para lograr una posición dominante que permita restringir la competencia. ... Así cuando una persona sea propietaria de uno entre otros tantos signos que pueden distinguir un tipo de mercadería, no existe a priori motivo para que ello obstaculice la competencia; por el contrario, será un elemento de importancia para agilizarla... En estos casos y en otros en que las marcas tengan funciones anticompetitivas, se ha resuelto, bajo la legislación antitrust estadounidense, que el titular de la marca debe otorgar licencias obligatorias a sus competidores actuales o potenciales a fin de disolver la concentración de poder de mercado derivada de la marca. ... No obstante esta posibilidad jurídica, su aplicación debe ser

marcadamente prudente o restringida, pues las licencias obligatorias pueden **crear graves confusiones en el público respecto del origen y calidad de los artículos comercializados**, creando así nuevas irregularidades en el mercado de que se trate. ... En ciertos casos se ha considerado apropiado ordenar la cancelación de un registro marcario, cuando este ha sido usado con fines anticompetitivos. ... De esta forma, podrá oponerse la nulidad de un registro marcario utilizado con fines ilegales, a la luz de un registro marcario utilizado con fines ilegales...”⁵

Confrontamos en esta investigación una marca que posiblemente y para mayor protección de la misma podemos calificarla como notoria ya que es conocida dentro del mercado al cual va dirigida. Esta marca confiere efectivamente derechos a sus titulares que debemos ponderar a la luz del artículo 4 de la Ley 29, para lo cual será importante efectuar un equilibrio entre ambos derechos.

A este respecto, la doctrina señala que las reglas de competencia desleal ante los derechos de propiedad intelectual son normas que imponen corrección profesional entre las relaciones de competidores.⁶

La protección de la marca se refiere a sus signos distintivos con la finalidad de distinguir productos o servicios o la actividad del empresario y el emblema. Esta es la función económica de una marca así como evitar una competencia de precios injustamente distributiva a partir de las inversiones del creador de la marca. Se busca defender la identidad de los propietarios de la marca comercial en un régimen de competencia. La disciplina antitrust entiende por su parte y tiene por finalidad verificar la relevancia de los comportamientos de las empresas, la capacidad de elección de los consumidores a partir de la pluralidad de la oferta y las efectivas alternativas disponibles a la demanda, la libertad de acceso al mercado y de las actividades de los empresarios, y la garantía del libre ejercicio individual de una actividad empresarial. Esta disciplina persigue “asegurar que otros operadores (competidores menores, cuando existan, consumidores, proveedores o clientes de la empresa dominante, etc.) no se vean sujetos, a causa del comportamiento de la o las empresas dominantes, a condiciones de mercado sensiblemente peores (en términos ya de inferioridad negocial, ya de oclusión de espacios de competencia) respecto de las que hubieran disfrutado de forma natural* en presencia de una mayor competencia estructural...”⁷

Sin embargo la protección de las empresas en sus derechos de propiedad industrial no son antagónicos en si mismos ya que la atribución de tales derechos de propiedad industrial deben cumplir una función pro competitiva para satisfacer un interés general de rango constitucional

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de Marcas. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1989, pág. 223 y sgts.

⁶ GHIDINI, Gustavo. Aspectos Actuales del Derecho Industrial. Propiedad Intelectual y Competencia. Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 3 y sgts.

⁷ *Ibidem*.

en nuestro país, establecido dentro del Título de la “Economía Nacional” del cual se deriva la promoción a la libre competencia y la libre concurrencia económica, (art. 290).

Es decir, debe mantenerse en todo momento el equilibrio pro competitivo, para salvaguardando el mercado de la innovación. No obstante, el derecho de competencia “condiciona las modalidades de ejercicio ius escludendi, cuando el efecto **monopolista** connatural a dicho ejercicio exceda de la medida necesaria para la satisfacción de la función esencial de las exclusividades...limitándose el alcance del derecho de exclusiva a aquel estrictamente necesario para el cumplimiento de la función de interés colectivo, para cuya satisfacción fue creado el monopolio.”⁸

En este orden de ideas y tomando en cuenta ambos derechos la Comisión siguiendo estas consideraciones, estima que no debe propugnarse por una interpretación impropia que proteja a más allá del límite de lo razonable como marca, y que la lectura de los hechos ocurridos frente a los derechos debe ser procompetitiva, sin perjudicar la libertad de iniciativa, y observando los resultados en producción de bienes y/o servicios y precios al consumidor e impulsando la concurrencia en el mercado. Compartimos el criterio que la excesiva protección solamente puede llevar al desincentivo de la innovación e inversiones por ser éstas demasiado arriesgadas y onerosas (creándose una barrera) y por tanto se verán limitados en los procesos competitivos, y los titulares de los derechos intelectuales gozarán de tal situación ventajosa que desincentive la innovación como futuras soluciones a problemas que se presenten en el mercado; siendo este y sus participantes quienes se verán directamente afectados y por tanto a los consumidores destinatarios de ofertas cada vez más restringidas en variedad y onerosas en precios (a falta de competencia).

De hecho los resultados de una protección excesiva podemos verlos en una estructura tarifaria y de oferta decidida por TELERED, S.A. como monopolista, no disciplinado por ningún competidor y del cual el consumidor se afecta al no haber competencia en precios, precisamente por el control de la oferta (competidores en este sector de la red) y al estar la estructura tarifarias (comisiones) controladas por TELERED, S.A. y su junta directiva.

Como decíamos consideramos que SISTEMA CLAVE o TELERED, S.A., tiene la protección de una marca notoria dentro de nuestro derecho por ser conocida dentro del mercado al cual va dirigida. Lo que intenta el derecho de marcas es procurar que el consumidor reconozca el signo indicativo y por tanto el producto (bien o servicio) sin errores o aprovechamientos recurrentes. Dicha protección viene directamente de las inversiones hechas en mercadeo tratando de personalizar el signo, la marca, las cualidades del producto, crear una reputación y confiabilidad en relación al producto en sí mismo y a la competencia para garantizar que en un futuro la competencia entre las marcas y de productos pueda llevarse a cabo, sin que esta fuerza se pierda.

⁸ *Ibidem.*

En el caso de TELERED, S.A. y SISTEMA CLAVE como marcas no vemos que se conforme ninguno de los riesgos por los cuales una marca se protege. En otras palabras, no es aplicable el argumento de querer proteger esta marca de las confusiones del consumidor en relación a productos sustitutos, evitar su debilitamiento (calidad, distinción, notoriedad y reputación), evitar la falta de distintividad de la marca y de los agentes económicos titulares de la misma debido a que esta marca nace con la finalidad de que entre más bancos o entidades financieras promuevan la marca, más rápido sería el crecimiento de la red, más rápido se fortalecería la red, habría rentabilidad para TELERED, S.A. como empresa a partir del aumento de las emisiones de tarjetas con la marca CLAVE, y en otras palabras, se crearía la masa crítica necesaria a esos efectos. Tomemos incluso que han sido los bancos los miembros socios o afiliados de TELERED, S.A. los que realizarían la publicidad de la marca, con lo cual se pone de manifiesto es esfuerzo conjunto y de colaboración para llevar adelante la marca como una forma incluso de disminuir costos.

Esta marca NO nace para que se identifique solamente a los bancos socios como los dueños de la marca y nunca fue dirigida a que solamente ésta fuese usada, disfrutada, dirigida, distinguida o explotada por sus titulares- accionistas de TELERED, ya que desde el principio se estableció en los contratos de afiliación, la capacidad de todos los miembros afiliados (no socios) de utilizar y disfrutar los servicios de la marca y de la red para efectos del público, en igualdad de condiciones respecto de los bancos socios.

Por tanto, la utilización de los signos y de la marca y el acceso a la red por parte de los afiliados no se consideró por 9 años (1991-2000) como una vía que diluiría una marca, que la debilitaría, que impediría la distinción de su dueño, ya que se concibió como una marca utilizable por un sistema financiero, siendo que tal marca más bien, se fortaleció, creció, se ha constituido en la líder a pesar de la competencia que confrontó en sus inicios con la red PRONTO, de la existencia de CREDOMATIC, CITIBANK y BANCO NOVA SCOTIA (cada uno de los cuales cuenta con redes internas de cajeros en sus sedes).

Con el sistema de TELERED, S.A implantado desde 1991 para fortalecer la marca, su reputación ha crecido, su confiabilidad en la mente del consumidor y la necesidad del mismo en portar la tarjeta de débito. Lo anterior significa que durante 9 años en los cuales todos los miembros de TELERED, S.A. socios o afiliados disfrutaron de igualdad de condiciones, las marcas SISTEMA CLAVE y TELERED, S.A. no sufrieron menoscabo alguno, sino más bien beneficios al ampliarse como red. Lo anterior se confirma al señalar la denunciada que [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En otras palabras el acceso a la red para el servicio POS ni afectaba a los bancos socios como se observa del expediente, ni afecta a la red. (foja 1998 y sgts). Los mismos accionistas por separado señalan no sufrir daños por la participación de los afiliados. (Tomo VII)

Por otra parte el argumento de la utilización indebida de los afiliados de la marca TELERED, S.A. no cabe a luz de nuestra legislación marcaria vigente, ya que la solicitud de interconexión para el servicio de adquirencia con dispositivos POS se realizó en virtud de los términos contractuales que se reflejaban en los contratos vigentes al momento de tales solicitudes que les conferían tales derechos, y los cuales TELERED, S.A. voluntariamente había sido concedido a los afiliados no socios.

En otras palabras, la petición de los afiliados de interconectarse a la red y utilizar de ésta un servicio determinado, se basó en un derecho contractual y TELERED, S.A. decidió modificar los contratos y suprimir tal derecho corriendo el riesgo los que se oponían, (de acuerdo a la evidencia) a perder incluso el derecho a usar el signo CLAVE, uso de ATM y en conclusión perdían la posibilidad de brindar tarjetas de débito a sus clientes colocándose en una posición sumamente desventajosa en el mercado.

Siendo así que la empresa denunciada utilizó su poder de mercado para evitar la competencia en el mercado por la red, favoreció a los miembros socios, favoreció incluso la colusión de los mismos a nivel horizontal, la fijación de precios y la posibilidad de ejercicio de poder de mercado al eliminar la competencia en precios y oferta, calidad dentro de las alternativas que podían generarse en el mercado a favor del consumidor afectándose los precios y la producción u oferta en el mercado.

Dicho esto es evidente que la denunciada pretende una protección que no contempla la Ley de propiedad industrial y que viola la Ley 29 ya que constituye una intención clara de excluir la competencia y por lo tanto esta se encuentra prohibida por anticompetitiva a la Ley en el artículo 4 de la misma, ya que el sistema de protección de los signos renombrados, no debe suponer la concesión de un derecho de exclusión ilimitado a su titular⁹, que suponga la violación de las normas de competencia.

a.3) Respecto al efecto de los cambios contractuales como conducta denunciada:

Los efectos de los cambios contractuales generados a partir de las peticiones de interconexión a la red para el servicio de adquirencia y la utilización de los dispositivos POS, respecto a los competidores son de dos tipos:

En primer lugar se desplaza del mercado a competidores existentes a los cuales se le reembolsaron los gastos incurridos en las terminales y demás inversiones necesarias para operar.

⁹ MONTEAGUDO, Montiano. La Protección de la Marca Renombrada. Edit. Cívitas, S.A., Madrid, pág. 95.

Se les desplaza al no poder continuar explotando el negocio POS con los establecimientos comerciales (foja 42 del Tomo I) situación que le permitía el contrato anterior.

De igual manera se impidió de manera evidente el acceso a dos potenciales competidores, los cuales habían solicitado interconexión para acceder a la red y participar como oferentes de las terminales POS. Uno de estos potenciales competidores es miembro afiliado de TELERED, S.A. y el otro es una subsidiaria de otro banco afiliado que cuenta a su vez con sólo dos cajeros ATM. fuera de la red TELERED, S.A.. Así mismo se impide el acceso a competir al resto de los miembros afiliados al Sistema Clave no socios de TELERED, S.A. con la modificación contractual limitando de esta forma la libre competencia al mercado pertinente.

Los efectos exclusionarios de desplazamiento y levantamiento de barreras son una realidad por los siguientes motivos: En los dos años posteriores a los cambios contractuales, las características del mercado derivadas del poder de mercado de la denunciada, no permitieron que un competidor efectivo o potencial pudiera establecer una red paralela o rivalizar frente a TELERED, S.A.. En la visión de los probables competidores de esta red los costos elevados de tratar de introducir una red paralela en cuanto a mercadeo, información al consumidor constancia, creación y afianzamiento de marca, la masa crítica de tarjeta habientes con la que cuenta TELERED, S.A. inhiben la competencia en el referido mercado.

Adicionalmente observamos la capacidad ociosa del dominante, las conversaciones infructuosas [REDACTED] de poder entrar como competidor a partir del ejercicio de poder de mercado de la investigada, lo cual indica que ni el desplazado pudo entrar a competir por la interconexión de la red con la marca CLAVE, ni pudo competir con otra tarjeta de [REDACTED] (débito) ni los potenciales competidores han podido constituirse en tales competidores.

Analizando las proyecciones de competencia presentadas por la investigada vemos que [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Por lo que es evidente la imposibilidad de que los competidores o potenciales competidores concurrieran al mercado de manera libre si TELERED, S.A. les había cerrado su acceso y/o los había desplazado.

Esto trajo como consecuencia disminución en la competencia horizontal por la red para ofrecer el servicio de POS. **Al haber pocos interesados y efectivos competidores de este servicio de la red, se facilita la colusión de precios o la fijación de estos por la red a través de los contratos, como efectivamente se observa en el anexo B** con lo cual se impide no sólo la competencia en el mercado, sino que se afecta la competencia al existir una sola tarifa fijada, como comisión pagadera por los comercios por cada transacción llevada a cabo o procesadas a través del dispositivo POS, conectado a la red en el procesamiento de tarjetas de débito.

En conclusión una parte de la demanda por el acceso a la red se vio excluida de su participación en el mercado y otra parte de la demanda se vio restringida en opciones para contratar con la red, teniendo que aceptar tarifas impuestas en dicho mercado.

a.4) Respetto a la conducta que se observa:

La Comisión ha observado que la conducta investigada encaja en el artículo 14 numeral 5 de la Ley 29, al tratarse la investigación del acto unilateral de TELERED, S.A. producto de la cual se dieron los cambios contractuales denunciados e investigados por la CLICAC, a través de cuyos cambios la empresa denunciada se negó a proporcionar el servicio de la red para acceder a la interconexión para los dispositivos POS.

Cabe destacar que es claro que este servicio o tal interconexión estuvo disponible por la empresa a favor de los miembros afiliados- no socios desde 1991 hasta octubre de 2001-, como derecho de los afiliados derivado de los contratos que regían el comportamiento de la investigada y sus afiliados tal como se desprende de la cláusula primera de los contratos originalmente firmados por tales afiliados a TELERED, S.A.

Tales cláusulas le conferían a los miembros afiliados igualdad de condiciones y de oportunidades sin discriminaciones a favor de un grupo determinado de miembros que se integran verticalmente en el servicio de la interconexión. (socios de TELERED, S.A.)

Por otra parte, el artículo 14 numeral 5 de la Ley 29 establece un grupo de explicaciones por las cuales es dable legalmente negarse a proveer el trato respecto a un bien o servicio determinado, sin embargo, ninguna de tales excusas le es aplicable a los excluidos del mercado, siendo que ello ni se desprende del expediente si fue alegado por la investigada. Por lo que si la denunciada carece de un derecho legítimo para excluir, su posición y conducta es de ejercicio de poder de mercado para negarse a contratar un servicio normalmente disponible a terceros [REDACTED]

[REDACTED] con lo cual se pone en evidencia la no disputabilidad del mercado en la actualidad.

En conclusión, el instrumento utilizado para llevar a cabo la conducta exclusoria de agentes económicos que forman parte del mercado pertinente es la negativa de trato de un servicio disponible y normalmente ofrecido a terceros, expresada en la modificación contractual que elimina la opción que tenían los bancos miembros no socios del sistema clave de participar de un negocio que les estaba disponible y normalmente les era ofrecido; dado que antes de la

modificación contractual los bancos afiliados al sistema clave no socios podían acceder a la interconexión para ofertar el servicio POS en los establecimientos comerciales.

En atención a los argumentos expresados, el Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor,

ACUERDAN,

PRIMERO: Ordenar la interposición formal de demanda ante los tribunales de justicia contra TELERED, S.A. sociedad anónima inscrita a rollo 30387, imagen 0020, folio 238537 de la Sección de Micropelículas del Registro Público, cuyo representante legal es FELIPE MOTTA III por la presunta comisión de la práctica monopolística relativa prohibida e ilegal establecida en el artículo 14, numeral 5 de la Ley 29 de 1996; y solicitar la suspensión del acto anticompetitivo.

SEGUNDO: Ordenar que la presente investigación quede en espera de la decisión final que surja de los Tribunales de Justicia producto de la acción interpuesta, para posteriormente imponer, si corresponde, las sanciones administrativas establecidas en la Ley 29 de 1996. Lo anterior sin perjuicio de que la CLICAC pueda tener conocimiento y/o obtener pruebas con posterioridad a la interposición de la demanda, conducentes a la comprobación de la causa propuesta ante los Tribunales de Justicia.

TERCERO: Comunicar la presente Resolución a las empresas involucradas en esta investigación administrativa y a quienes ésta se amplía.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley No. 29 de 1ro. de febrero de 1996, Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998 y Código Judicial de la República de Panamá.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

RENÉ LUCIANI L.
Comisionado

GUSTAVO A. PAREDES
Comisionado

CÉSAR A. CONSTANTINO
Comisionado

ANTONIO GORDÓN G.
Director General a.i. en funciones de
secretariado.