

Resumen

Tres pronunciamientos simultáneos del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) del pasado mes de abril constatan un cambio radical en su postura respecto del funcionamiento del sector de tarjetas de pago. Nuestra contribución se centra en el análisis jurídico de las razones esgrimidas por el TDC para justificar tan importante cambio de visión. La tesis que defendemos es que, independientemente de que el cambio introducido por el TDC sea criticable desde un punto de vista económico, el Derecho exige que un cambio en la aplicación de una norma jurídica de tal trascendencia económica y social se realice de forma suficientemente justificada. Nuestro trabajo expone algunas de las razones por las que los pronunciamientos del TDC no cumplen con esta exigencia. En particular, señalamos la grave debilidad de los argumentos jurídico-sustantivos utilizados por el TDC para justificar su cambio de perspectiva y la inadecuada definición del período transitorio concedido a los sistemas de medios de pago para adaptarse al nuevo modelo.

Palabras clave: derecho de competencia, acuerdos restrictivos, medios de pago, tasas de intercambio, España, Unión Europea.

Abstract

Three simultaneous rulings by the Spanish Competition Defence Tribunal (TDC) of April last are evidence of a dramatic change in its attitude towards the working of the payment card sector. Our contribution is focused on the legal analysis of the reasons employed by the TDC for such a major change in its point of view. The theory that we defend is that, irrespective of whether the change introduced by the TDC may be criticisable from an economic standpoint, the Law requires that a change in the application of a legal norm of such economic and social importance should be effected in a properly justified manner. Our study sets out some of the reasons why the TDC rulings do not meet this requirement. In particular, we point out the serious weakness of the legal substantive arguments used by the TDC to justify its change of outlook and the inadequate definition of the transitory period granted to the means of payment systems so as to come into line with the new model.

Key words: competition law, restrictive agreements, means of payment, interchange fees, Spain, European Union.

JEL classification: G21, K21.

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LOS RECIENTES CAMBIOS EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA ESPAÑOLA AL SECTOR DE LAS TARJETAS DE PAGO

Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER

Pedro SUÁREZ FERNÁNDEZ

Martínez Lage & Asociados ()*

I. INTRODUCCIÓN

LOS pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) del pasado 11 de abril de 2005 (1) constatan un cambio radical en la postura de las autoridades de competencia españolas respecto del funcionamiento del sector de tarjetas de pago. En estas circunstancias, resulta loable la iniciativa de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, al facilitar un foro para que especialistas en la materia discutan desapasionadamente sobre las bondades y maldades de un cambio de perspectiva de la Administración de enormes consecuencias para la economía española.

Nuestra contribución a este debate se limita conscientemente al análisis jurídico de las razones esgrimidas por las autoridades de competencia españolas para justificar tan importante cambio de visión. Dadas las características de nuestra disciplina —el Derecho de la Competencia— serán inevitables las referencias a elementos económicos. Sin embargo, nuestra voluntad es dejar la discusión económica al resto de contribuyentes a este debate (indudablemente, mucho mejor cualificados que nosotros para ello).

La tesis jurídica que defendemos es sencilla. Independientemente de que el modelo pro-

puesto por los recientes pronunciamientos del TDC sea criticable desde un punto de vista económico, lo cierto es que el Derecho exige que un cambio en la aplicación de una norma jurídica de tal trascendencia económica y social se realice de forma suficientemente justificada. A continuación expondremos algunas de las razones por las que, en nuestra opinión, los pronunciamientos del TDC no cumplen con esta exigencia. En particular, incidiremos en la grave debilidad de los argumentos jurídico-sustantivos utilizados por el TDC para justificar su cambio de criterio, así como en la insuficiente duración del período transitorio concedido a los sistemas de medios de pago (en adelante, SMP) para adaptarse al nuevo modelo.

II. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TDC DE 11 DE ABRIL DE 2005

Con fecha 11 de abril de 2005, el TDC dictó sus tres pronunciamientos más importantes hasta el momento en el sector de tarjetas de pago. Mediante sendas resoluciones en los expedientes A314/02, *Tasas intercambio Sistema 4B* y A318/02, *Tasas intercambio ServiRed*, el TDC acordó denegar las autorizaciones singulares solicitadas por Sistema 4B y ServiRed para los sistemas de determinación de las tasas de in-

tercambio aplicables a las operaciones interbancarias originadas por pagos mediante tarjetas emitidas por sus respectivos socios. Asimismo, el TDC ordenó a Sistema 4B y a ServiRed que, a partir del 15 de julio de 2005, desistieran de la aplicación de los acuerdos notificados, que venían manteniendo con carácter provisional al amparo del artículo 4.4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Simultáneamente, mediante auto de 11 de abril de 2005 en el expediente A287/00, *Sistema Euro 6000*, el TDC instó la apertura de un expediente de revocación o modificación de la autorización singular concedida a Euro 6000 en el año 2001.

1. Antecedentes de los pronunciamientos del TDC

Como consecuencia del acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de febrero de 1999 y de los trabajos de la comisión especial para estudiar los problemas derivados de la utilización de tarjetas como medio de pago, el 12 de mayo de 1999 se llegó a un acuerdo, auspiciado por la Administración, en virtud del cual los tres sistemas cuatripartitos de medios de pago que operan en España (ServiRed, Sistema 4B y Euro 6000) se obligaban a reducir progresivamente los valores máximos de las tasas de intercambio que en aquel momento se estaban aplicando, hasta llegar al 2,75 por 100 el 1 de julio de 2002.

En el citado Acuerdo de 12 de mayo de 1999, los SMP firmantes se obligaban igualmente a solicitar la autorización singular prevista en el artículo 4 LDC para el compromiso de reducir de forma progresiva los valores máximos de las tasas de intercambio. Dicha solicitud de autorización singular fue

presentada al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) el 30 de julio de 1999, informada favorablemente por éste y finalmente concedida por el TDC en su resolución de 26 de abril de 2000, en el expediente A264/00 *Tasas pago con Tarjeta*. En la citada resolución de 26 de abril de 2000, el TDC instaba a los SMP firmantes del Acuerdo de 12 de mayo de 1999 a solicitar sendas autorizaciones singulares para el proceso de determinación de sus respectivas tasas de intercambio intrasistema. En este mismo sentido se había pronunciado el TDC en su informe de 1 de julio de 1999, emitido a petición del Congreso de los Diputados (2).

La solicitud de autorización singular para el sistema de determinación de las tasas de intercambio intrasistema de Euro 6000 fue presentada ante el SDC el 29 de septiembre de 2000 y concedida por el TDC mediante resolución de 9 de julio de 2001, en el expediente A287/00, *Sistema Euro 6000 CECA*. Sistema 4B y ServiRed solicitaron autorización singular para los sistemas de determinación de sus respectivas tasas de intercambio intrasistema, respectivamente, el 28 de diciembre de 2001 y el 10 de abril de 2002. El sistema de determinación de tasas de intercambio propuesto por ServiRed seguía fielmente los criterios sentados por el TDC en su resolución *Sistema Euro 6000 CECA*. Por su parte, Sistema 4B solicitó la autorización singular de un sistema de determinación de sus tasas de intercambio intrasistema que empleaba una metodología distinta al sistema autorizado a Euro 6000 y seguido por ServiRed.

A pesar de que el SDC informó favorablemente las solicitudes de ServiRed y de Sistema 4B en su informe de fecha 23 de mayo de

2002, recaído en el expediente 2380/02, recomendando al TDC su autorización por un plazo no superior a cinco años, las autorizaciones singulares fueron denegadas por el TDC mediante sendas resoluciones de 11 de abril de 2005 en los expedientes A314/02, *Tasas intercambio Sistema 4B*, y A318/02, *Tasas intercambio ServiRed*. Simultáneamente, el Tribunal instó la apertura de un expediente de revocación o modificación de la autorización singular concedida en 2001 a Euro 6000, mediante auto de 11 de abril de 2005 en el expediente A287/00, *Sistema Euro 6000 CECA* (3).

En los mencionados expedientes de autorización singular se encontraban personados la Confederación Española de Comercio, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, Carrefour, la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución y la Asociación Española de Venta a Distancia. Entre los personados, la oposición de Carrefour a las solicitudes de autorización de ServiRed y Sistema 4B fue especialmente intensa.

2. Contenido de los pronunciamientos del TDC

La parte dispositiva de las resoluciones del TDC de 11 de abril de 2005, relativas a las solicitudes de autorización singular de ServiRed y Sistema 4B, deniega las autorizaciones singulares solicitadas para sus respectivos sistemas de determinación de tasas de intercambio, y ordena a los solicitantes que, a partir del 15 de julio de 2005, cesen en la aplicación provisional de las tasas de intercambio para las que pedían autorización singular (4). Mediante auto de la misma fecha, el TDC instó la apertura de un expediente de revocación o modificación de la au-

torización singular concedida en el año 2001 a Euro 6000 en el expediente A287/00, *Sistema Euro 6000 CECA*. En los tres pronunciamientos citados, si bien no en su parte dispositiva, el TDC realizó una declaración expresa detallando las condiciones, de ineludible cumplimiento, que deberá reunir cualquier acuerdo de determinación de tasas de intercambio para el que en el futuro se solicite autorización singular (5).

3. Motivación de los pronunciamientos del TDC

En sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005, el TDC considera que los acuerdos entre entidades financieras para la determinación de una tasa de intercambio equivalen a la fijación concertada del precio que las entidades emisoras de tarjetas cobran a las entidades adquirentes en cada transacción con tarjeta de crédito o de débito. Según el TDC, estos acuerdos infringen el artículo 1 LDC y sólo pueden ser autorizados si se acredita el cumplimiento de las condiciones que establece el artículo 3 LDC. La fijación concertada del nivel de la tasa de intercambio, según el TDC, afecta no sólo al mercado de emisión de tarjetas, sino también al mercado de adquisición, en el que las entidades financieras deben competir libremente en la captación de cuentas de los comercios que admiten tarjetas de crédito o débito como medio de pago. El TDC considera que la dinámica entre ambos mercados determina que el precio pactado en el mercado de emisión se convierte en el precio mínimo en el mercado de adquisición.

Por lo que respecta a la autorización singular solicitada por ServiRed, el TDC considera que ServiRed, sobre quien recaía la carga de la prueba, no acreditó que el

acuerdo cuya autorización solicitaba cumplía las condiciones del artículo 3 LDC. Por el contrario, según el TDC, el método propuesto por ServiRed aparece como falto de objetividad, de transparencia y de lógica económica, y conduce a un nivel de tasas de intercambio muy superior al autorizado para transacciones transfronterizas en la Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002, en el asunto COMP/29.373 *Visa International* (6) y por autoridades de competencia de países próximos para transacciones internas.

En concreto, el TDC desestima los argumentos de ServiRed, respaldados por un estudio económico encargado a un consultor independiente, y considera que la metodología basada en costes aprobada por la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) en su decisión *Visa International* es extrapolable al examen de las tasas de intercambio para pagos con tarjeta de ámbito nacional. En opinión del TDC, en la metodología de la solicitud presentada por ServiRed no se hace referencia a los costes como elemento justificador, resultando particularmente objetables los siguientes aspectos: el establecimiento de la misma tasa de intercambio para transacciones realizadas con tarjeta de crédito y con tarjeta de débito, la fijación arbitraria de las tasas de intercambio anuales máximas, la falta de objetividad en la clasificación sectorial, la insuficientemente explicada fórmula de asignación sectorial de tasas de intercambio, los poderes discrecionales del sistema para privilegiar a unos establecimientos frente a otros y, por último, su falta de transparencia.

En contra de lo sostenido por ServiRed y del dictamen emitido por dos expertos independientes, el TDC no considera que su reso-

lución *Sistema Euro 6000 CECA* constituya un precedente administrativo que deba vincular el análisis de la solicitud de ServiRed. Al respecto, el TDC afirma que dispone hoy de la referencia de lo actuado desde entonces por la Comisión y por las autoridades de competencia de otros países (en particular, Reino Unido, Francia, Dinamarca y Holanda), así como del conocimiento de los niveles de las tasas de intercambio que se autorizan y se están practicando en otros países de nuestro entorno.

La motivación de la resolución del TDC sobre la solicitud presentada por Sistema 4B es idéntica en lo que interesa a las cuestiones jurídicas abordadas en el presente trabajo. Sin embargo, en la medida en que el acuerdo notificado por Sistema 4B pretendía vincular el nivel de sus tasas de intercambio intrasistema a determinadas categorías de costes asociados a los pagos mediante tarjeta, el TDC aborda además en su resolución *Tasas intercambio Sistema 4B* la procedencia de incluir dichas categorías de costes en el sistema de cálculo.

El TDC hace extensivos los criterios aplicados en sus resoluciones relativas a las solicitudes de ServiRed y Sistema 4B al conjunto del mercado español de operaciones interbancarias originadas por pagos mediante tarjeta, en el que también Euro 6000 aplica sus propias tasas de intercambio. En opinión del TDC, los principios de igualdad y seguridad jurídica y la razonable exigencia de alcanzar la mínima perturbación de este mercado hace necesario dar, en la medida de lo posible, el mismo tratamiento a los tres SMP citados. Por ello, con carácter simultáneo a la denegación de las autorizaciones singulares solicitadas por ServiRed y Sistema 4B, el TDC decide instar la incoación de un ex-

pediente de revocación o modificación de la autorización singular concedida en 2001 a Euro 6000. La breve motivación del auto del TDC relativo a Euro 6000 no contiene elementos distintos a los expuestos en las resoluciones relativas a ServiRed y Sistema 4B.

III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TDC

Como quedó apuntado en la introducción al presente trabajo, con independencia del juicio que desde el análisis económico nos merezca el modelo propuesto por el TDC, el fundamento jurídico de los pronunciamientos de 11 de abril de 2005 es francamente débil. A continuación, presentamos algunas de las cuestiones jurídico-sustantivas que quedan sin resolver de forma satisfactoria por el TDC. Esta deficiente justificación introduce, en nuestra opinión, serias dudas acerca de la legalidad de los pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1. La decisión *Visa International*: ¿aplicable o no aplicable al caso español?

El TDC fundamenta en gran medida sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005 en los argumentos y conclusiones de la Comisión en su decisión *Visa International*. Sin embargo, el TDC no explica en ningún momento por qué considera aplicable este precedente comunitario al caso español. La ausencia de justificación de este trascendental ejercicio de analogía es cuando menos sorprendente, puesto que la propia decisión crea serias dudas acerca

de la aplicabilidad de los principios enunciados por la Comisión al mercado español. Quizá la razón más evidente para dudar de la relevancia de la decisión *Visa International* para decidir acerca de las solicitudes de autorización singular de ServiRed y Sistema 4B sea la afirmación expresamente realizada por la Comisión en el apartado 9 de la citada decisión, según la cual su análisis sólo se refiere a la tasa de intercambio intrarregional de *Visa* notificada, que se aplica a las operaciones de pago transfronterizas con tarjeta *Visa* realizadas entre Estados miembros del [Espacio Económico Europeo], y no a ninguna de las tasas nacionales de intercambio establecidas por los miembros nacionales de *Visa*.

Otros motivos, menos explícitos pero igualmente importantes, deberían haber llevado al TDC a fundamentar más sólidamente este punto. Así, en primer lugar, parece desaconsejable extrapolar los principios de la decisión *Visa International* al mercado español, puesto que las transacciones internacionales de pago con tarjetas de crédito o débito consideradas por la Comisión tienen un carácter marginal respecto del número de transacciones domésticas. En segundo lugar, el importe medio de las transacciones realizadas en las operaciones de pago transfronterizas con tarjeta *Visa* entre estados miembros del Espacio Económico Europeo es muy superior al que se realiza en las operaciones nacionales de pago con tarjeta *Visa*. Finalmente, la distinción que se realiza en la citada decisión entre las tasas de intercambio aplicables a las tarjetas de crédito y las aplicables a las tarjetas de débito no es necesariamente trasladable al contexto español. Ninguna de estas razones, que apuntan a serias divergencias entre el supuesto de hecho sobre el que

se pronuncia la Comisión en su decisión *Visa International* y el de las solicitudes de autorización singular de ServiRed y Sistema 4B, es convenientemente abordada por el TDC en sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005.

Haciendo abstracción de la deficiente justificación por parte del TDC de la aplicación por analogía de la decisión *Visa International*, y asumiendo a efectos dialécticos su relevancia a los efectos del mercado español, resulta no menos sorprendente la ausencia de cualquier referencia a los principios enunciados en el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, Reglamento 1/2003). Quizá la ausencia de referencias se deba a la difícil compatibilidad del razonamiento del TDC en este punto con los principios que deben regir la relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado CE y las normas nacionales sobre competencia (artículo 3 Reglamento 1/2003), así como con el principio de aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia (artículo 16 Reglamento 1/2003). En efecto, los citados principios impiden que el TDC fundamente el núcleo de sus pronunciamientos en la aplicabilidad al caso español de la decisión *Visa International* para después apartarse de sus conclusiones y aplicar únicamente de forma parcial dicho precedente comunitario.

Esta aplicación selectiva (léase desviación) del precedente comunitario sería únicamente compatible con el principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia si existieran diferencias sustanciales entre las tasas de intercambio transfronterizas y las tasas de intercambio nacio-

nales que la justificaran. Nada en los pronunciamientos de 11 de abril de 2005 hace pensar que el TDC siquiera se planteara esta cuestión. Tal postura es obviamente contraria al fin perseguido por el Reglamento 1/2003, que pretende garantizar una aplicación homogénea del Derecho de la competencia, sea por las autoridades comunitarias o por las autoridades nacionales. En efecto, el nuevo marco de aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia requiere que las autoridades nacionales apliquen consistentemente esta normativa en toda la Unión Europea. Reconocer a las autoridades nacionales de competencia la posibilidad de desmarcarse injustificadamente de los precedentes comunitarios introduciría múltiples elementos de distorsión que impedirían el progreso hacia un mercado único (7).

Como ya se habrá observado, independientemente de su compatibilidad con la normativa comunitaria, el razonamiento del TDC resulta inaceptable desde un punto de vista lógico. En efecto, el TDC defiende inicialmente la similitud entre los mercados internacional y español para justificar la aplicabilidad al ámbito nacional de la decisión *Visa Internacional* y justificar así su rechazo a los sistemas notificados por ServiRed y Sistema 4B en la medida en que estos se fundamentan en criterios económicos diferentes a los respaldados por la Comisión. Sin embargo, a continuación el TDC sostiene que las diferencias existentes entre los mercados internacional y nacional impiden aceptar determinadas conclusiones de la decisión *Visa Internacional* y, por ello, procede a una aplicación selectiva del precedente comunitario (8). Como cabía esperar de tan contradictorio razonamiento, ni las similitudes ni las diferencias invo-

cadas por turno se encuentran suficientemente justificadas por el TDC. Otra cosa seguramente habría puesto de manifiesto de forma aún más clara la contradicción inherente a la motivación de sus pronunciamientos.

2. Para ser autorizable, ¿un sistema de determinación de tasas de intercambio debe estar necesariamente orientado a costes?

La lectura de los pronunciamientos de 11 de abril de 2005, y en especial del *obiter dictum* del TDC relativo a las condiciones que ineludiblemente deberá cumplir cualquier sistema de tasas de intercambio para el que se solicite autorización singular en el futuro, lleva a la conclusión de que la autoridad española considera hoy irrenunciable la orientación a costes para que un acuerdo sobre tasas de intercambio pueda ser considerado compatible con la normativa de competencia.

Esta postura, que —debe reconocerse— no es patrimonio exclusivo de la autoridad española de competencia, representa un cambio sustancial frente a la aceptada hasta ahora, según la cual un acuerdo sobre tasas de intercambio, para ser autorizable en virtud del artículo 4 LDC, debía fundarse en los criterios de objetividad, transparencia y ausencia de discriminación. Sin embargo, a pesar de la trascendencia de la cuestión para el diseño futuro del sector de tarjetas de pago, el TDC no fundamenta suficientemente su opción por un modelo de orientación a costes. Más bien deberíamos decir que el TDC no fundamenta en absoluto su *obiter dictum*, que se reproduce literalmente en el último apartado de cada uno de sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005, sin

conexión aparente con los anteriores fundamentos de derecho y seguido inmediatamente por la parte dispositiva de los citados pronunciamientos.

La falta de fundamento de los pronunciamientos del TDC en este punto se observa con mayor claridad en su resolución sobre la solicitud de autorización singular de ServiRed, puesto que el sistema de determinación de tasas de intercambio notificado por este SMP no contenía ningún elemento que relacionara (cuando menos de forma desglosada) el nivel de las tasas con los costes del intercambio (9). En efecto, ServiRed optó por diseñar un modelo fundado en criterios de objetividad, transparencia y ausencia de discriminación, los cuales, de acuerdo con la resolución *Sistema Euro 6000 CECA*, no necesariamente exigen la orientación a costes. A pesar de que los precedentes administrativos inmediatos avalaban la legalidad de su sistema de determinación de tasas de intercambio, ServiRed acompañó a su solicitud un informe elaborado por consultores independientes, quienes sostenían la compatibilidad del modelo con la normativa de competencia. Frente a ello, el TDC se limita en gran medida a tachar la postura de ServiRed de poco menos que extravagante, sin contraargumentar seriamente ni aportar sustento económico propio para su negativa a la pretensión de ServiRed.

La falta de discusión económica de esta cuestión en los pronunciamientos del TDC reviste una enorme gravedad, al menos, por tres motivos. Primero, no existe, ni mucho menos, un consenso en la teoría económica acerca de que un modelo orientado a costes sea el más adecuado para determinar el nivel óptimo de las tasas de intercambio en un sistema cuatripartito. Segundo, la ligereza del

razonamiento económico del TDC es especialmente criticable puesto que la metodología propuesta por ServiRed para el cálculo del nivel de sus tasas de intercambio era idéntica a la que había sido autorizada por el propio TDC en la última ocasión que se había pronunciado a este respecto. Tercero, el TDC no puede pretender que la mera referencia a precedentes comunitarios (i.e. la decisión *Visa International*) o a decisiones de otras autoridades de competencia extranjeras suplan la ausencia de un razonamiento económico propio.

La primera de nuestras objeciones se encuentra más que fundada en la literatura económica, que se discute en detalle en otras colaboraciones publicadas en este mismo número extraordinario de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA. Nos limitaremos a constatar en este punto la grave incoherencia entre la vehemente crítica del TDC a la falta de fundamento económico del sistema notificado por ServiRed y la ausencia absoluta de sustento económico propio para la metodología que el TDC declara de ineludible aplicación a cualquier futuro sistema de fijación de tasas de intercambio para el que se solicite autorización singular. Por lo que respecta a la segunda objeción, nos remitimos a otro apartado de este mismo trabajo en el que abordamos la importancia del respeto al precedente administrativo y el especial deber de motivación en aquellos casos en que la Administración se desvíe del mismo.

La tercera de nuestras objeciones merece desarrollarse con más detalle en este apartado. Como punto de partida, aceptamos que las resoluciones de un organismo administrativo encargado de supervisar la aplicación de una determinada norma legal

deben cumplir, entre otras, una función didáctica, en el sentido de facilitar a los administrados la comprensión de la norma aplicada. En esta medida, entendemos que el TDC evite que sus resoluciones sean documentos excesivamente voluminosos o densos cuando el asunto sobre el que se pronuncia es menor o el funcionamiento del sector en cuestión carece de complejidad. Sin embargo, no debe tolerarse la superficialidad del razonamiento económico del TDC en sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005, puesto que ni el problema al que se enfrenta es menor ni el funcionamiento del negocio de tarjetas de pago es sencillo.

En particular, este tipo de análisis superficial (en rigor debería hablarse de ausencia de análisis) no puede sustituirse por la simple referencia a precedentes de autoridades de competencia extranjeras. Cada vez con más frecuencia, este tipo de referencias le sirven al TDC para obviar un análisis económico propio del problema, olvidando que es él mismo y no la autoridad extranjera quien está llamado a pronunciarse sobre la cuestión debatida. Esta conclusión se desprende con excesiva facilidad, por ejemplo, de la lectura en paralelo de cualquiera de los pronunciamientos del TDC de 11 de abril de 2005 y la reciente decisión de la Office of Fair Trading, de 6 de septiembre de 2005, en el asunto CA98/05/05 *MasterCard*. Se podrá estar o no de acuerdo con las conclusiones de la autoridad británica, pero, cuando menos, la motivación económica de la opinión de la Office of Fair Trading se encuentra suficientemente explicada a lo largo de las 292 páginas de que consta su decisión. En cambio, la falta de solidez y de profundidad del análisis del TDC no sólo puede conducir (como probablemente

ocurre en este caso) a una decisión no ajustada a la realidad económica, sino que, además, genera un grave desconcierto en los operadores de un mercado muy complejo e impide la adecuada defensa de los intereses de los afectados ante los tribunales.

3. La importancia del respeto al precedente administrativo

No cabe duda de que la resolución *Sistema Euro 6000 CECA* constituye un precedente que, en circunstancias normales, habría debido condicionar el sentido de los pronunciamientos del TDC de 11 de abril de 2005. En efecto, con su resolución *Sistema Euro 6000 CECA* del año 2001, el TDC generó confianza legítima en los operadores situados en la misma posición que Euro 6000 en que resolvería supuestos de hecho equivalentes con idéntico criterio. Con carácter general, esta expectativa se encuentra garantizada jurídicamente por el principio del precedente administrativo vinculante.

Ciertamente, como cualquier otro ente integrado en la Administración, el TDC puede apartarse de sus propios precedentes, pero únicamente si acredita que existe un interés general lo suficientemente importante como para justificar el desigual trato entre administrados que tal desvío necesariamente conlleva. Lógicamente, la carga de la argumentación en tal caso pesa sobre el TDC, que debe dar una motivación objetiva y razonable de su cambio de criterio. Al menos por cuatro razones no puede considerarse que el TDC haya cumplido con su obligación de motivar objetiva y razonablemente sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005.

Primero, la adopción de la decisión *Visa International* por la Comisión en julio de 2002 no puede justificar en sí misma la desviación del TDC respecto de su resolución *Sistema Euro 6000 CECA* de julio de 2001, puesto que la primera no enjuicia el mismo supuesto de hecho que la segunda, limitando la Comisión expresamente el alcance de su decisión a las tasas de intercambio transfronterizas. Como se ha expuesto ya, el propio TDC reconoce implícitamente la falta de identidad entre los supuestos de hecho en uno y otro caso (e incurre así en evidente contradicción) al afirmar, en la fase final de su razonamiento, que las operaciones de pago mediante tarjetas nacionales tienen componentes de coste distintos a las operaciones transfronterizas.

Segundo, tampoco parece razonable que el TDC sustente tan grave desviación de sus propios precedentes en un documento de conclusiones provisionales de una autoridad de competencia extranjera (10). Más trascendente aún que la provisionalidad de dicho documento es la aceptación por el TDC de las conclusiones de la autoridad de competencia británica sin discutir seriamente las diferencias existentes entre los mercados de tarjetas de pago británico y español (lo cual viene a ser tanto como afirmar que el salario mínimo español debe ser igual al británico sin analizar las diferencias entre ambos mercados laborales).

Tercero, tampoco puede alegarse por el TDC, en nuestra opinión, como motivo para desmarcarse de sus propios precedentes, la reiterada premisa de que las tasas de intercambio nacionales deben ser más bajas que las internacionales o que las de otros países de nuestro entorno, sin siquiera examinar si estas diferencias han

existido históricamente (en especial, con anterioridad a su resolución *Sistema Euro 6000 CECA*) ni indagar en las razones de dichas diferencias entre los mercados objeto de comparación.

Cuarto, resulta significativo (y pone en evidencia el defectuoso análisis del TDC) el grave desliz en que incurre el TDC al calificar como nuevas circunstancias decisiones de autoridades de competencia extranjeras adoptadas *antes* del precedente del que pretende desviarse (como es el caso de una decisión del Tribunal Superior de París de 1990).

4. La regulación del mercado corresponde al legislador, no a la autoridad de competencia

En sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005, el TDC no se limita a denegar las autorizaciones solicitadas (o a instar su revocación o modificación en el caso de Euro 6000), sino que aprovecha la ocasión que le brindan los procedimientos de autorización para declarar, con carácter general, en qué términos serán autorizables los sistemas de tasas de intercambio que se le notifiquen en el futuro. En nuestra opinión, esta declaración del TDC, de carácter prospectivo, no puede entenderse sino como un *obiter dictum* no vinculante, en la medida en que los procedimientos que dan origen a los pronunciamientos del TDC tienen por único objeto la concesión o denegación de las concretas autorizaciones singulares solicitadas por los SMP en virtud del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, a nadie se le escapa que tanto el lenguaje empleado por el TDC en su declaración como el detalle con el que se

describe la nueva metodología conceden a este *obiter dictum* un gran impacto sobre el mercado, de características similares al que habría tenido una norma de alcance general. Claro ejemplo del amplio alcance de los pronunciamientos del TDC es la incoación inmediata por parte del SDC de un expediente sancionador, cuyo objeto es determinar la compatibilidad de las tasas de intercambio aplicadas a las transacciones entre bancos pertenecientes a distintos SMP (las llamadas tasas de intercambio intersistemas) con la nueva metodología propuesta por el TDC. Por no mencionar la inmensa repercusión que la declaración del TDC está teniendo en la fórmula de negocio de los operadores del sector de tarjetas de pago, e incluso en la opinión pública. En tales circunstancias, resulta indiferente que la declaración del TDC deba calificarse jurídicamente como un *obiter dictum* no vinculante, puesto que su efecto es indudablemente el de un ejercicio de regulación del mercado con efectos vinculantes que en ningún caso corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Debe recordarse a este respecto que la legislación atribuye al TDC la supervisión de la competencia efectiva en el mercado mediante la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 20.2 LDC). En ningún caso la legislación reconoce al TDC la competencia para diseñar o implantar soluciones regulatorias con validez *erga omnes*. Tal función regulatoria, como es sabido, corresponde al poder legislativo y, en su caso, a los órganos de la Administración expresamente habilitados para aquél.

Es más, incluso reconociendo al TDC competencias regulatorias a efectos meramente dialécticos, su declaración acerca de las con-

diciones que debe reunir un sistema de tasas de intercambio para ser autorizable en el futuro tampoco podría considerarse ajustada a Derecho. Ello es así en la medida en que, entre otros vicios materiales y formales, el TDC no realiza un análisis adecuado de los costes y beneficios de la opción regulatoria propuesta ni concede audiencia a los operadores directamente afectados por aquélla. La falta de audiencia previa es especialmente criticable, puesto que la nueva metodología expuesta por el TDC podría tener efectos especialmente graves sobre la fórmula de negocio de determinados operadores en particular (las entidades puramente emisoras), cuyo modelo empresarial actual podría no ser viable en el marco propuesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

5. Los principios de igualdad de trato, seguridad jurídica y proporcionalidad

Como hemos visto, con carácter simultáneo a la denegación de las autorizaciones singulares solicitadas por ServiRed y Sistema 4B, el TDC decidió instar la revocación de la autorización singular de Euro 6000. En palabras del propio TDC, el respeto a los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica motivó esta decisión. Sin embargo, en nuestra opinión, el TDC se queda a medio camino al aplicar dichos principios.

Así, el respeto a los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica debió haber motivado la concesión a ServiRed y Sistema 4B de un plazo para cesar en la aplicación provisional de sus respectivos sistemas de determinación de tasas de intercambio igual al período de tiempo durante el que Euro 6000 continúe aplicando su

propio sistema. Sin embargo, el TDC únicamente concedió a ServiRed y Sistema 4B hasta el 15 de julio de 2005 para cesar en la aplicación provisional de sus sistemas, una fecha muy anterior a la de previsible revocación o modificación de la autorización singular que otorga cobertura al sistema de Euro 6000. En efecto, el TDC no podía desconocer, al ordenar la revocación de la autorización singular de Euro 6000 con carácter simultáneo a la denegación de la autorización singular solicitada por ServiRed y Sistema 4B, que la revocación efectiva no se produciría antes del 15 de julio de 2005. De hecho, dada la duración del propio procedimiento de revocación y las posibilidades de plantear recursos contra las resoluciones administrativas, el TDC conocía que Euro 6000 mantendría en aplicación su sistema durante un período considerablemente más extenso que los tres meses concedidos a ServiRed y Sistema 4B para cesar en la aplicación provisional de sus sistemas.

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad que debe informar la actividad de la Administración, el TDC debió haber concedido a ServiRed y Sistema 4B un plazo razonable para diseñar nuevos sistemas de tasas de intercambio que sustituyan a los sistemas que ambos SMP han venido aplicando provisionalmente durante los últimos años con la tácita aquiescencia de las propias autoridades de competencia. Lo desproporcionado del plazo se advierte fácilmente al comparar el tiempo concedido por el TDC en sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005 (tres meses) con el otorgado por la Comisión a Visa International para un trámite similar en su decisión *Visa International* (entre doce y dieciocho meses para realizar el correspondiente estudio de costes y cinco años

para aplicar los nuevos valores). Sorprende, por lo demás, que, habiendo fundado el TDC el núcleo de sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005 precisamente en la decisión *Visa International*, obvie en este punto las estimaciones de la Comisión.

En nuestra opinión, el respeto de los principios de igualdad de trato, seguridad jurídica y proporcionalidad debió haber llevado al TDC a permitir a ServiRed y Sistema 4B seguir aplicando provisionalmente sus respectivos sistemas de tasas de intercambio durante un período de doce a quince meses, en sintonía con lo establecido por la Comisión en su decisión *Visa International*, y siendo este precisamente el período de tiempo que, en la fecha de los pronunciamientos del TDC, restaba para la extinción de la vigente autorización singular del sistema de Euro 6000. De esta forma, el TDC podría haber eludido instar la revocación de la autorización singular de Euro 6000 mediante un precipitado auto que, además de los problemas comunes a los tres pronunciamientos de 11 de abril de 2005 que hemos venido discutiendo, presenta otras dudas específicas acerca de su legalidad (11).

En primer término, porque en lugar de limitarse a ordenar al SDC la incoación de un expediente de revocación o modificación de la autorización singular de Euro 6000, el TDC insta al SDC a emitir un informe que apoye la revocación de dicha autorización, lo que constituye, en nuestra opinión, una flagrante infracción del principio constitucional de independencia y neutralidad del órgano instructor del expediente (protegido en el artículo 103 de la Constitución), en la medida en que éste ve prejuzgado el resultado de su instrucción.

Y en segundo lugar porque el auto señala, entre las nuevas circunstancias que llevan al TDC a instar la revocación de la autorización singular de Euro 6000, el carácter incompleto de la información en su día suministrada por Euro 6000 en el marco del expediente administrativo que condujo a la resolución *Sistema Euro 6000 CECA*. Argumento que resulta jurídicamente insostenible, puesto que tanto el SDC como el propio TDC concedieron en 2001 la autorización singular solicitada por Euro 6000 sin requerirle, ni entonces ni tampoco antes de adoptar el auto de 11 de abril de 2005, información complementaria alguna sobre sus costes.

IV. CONCLUSIÓN

Nuestra crítica a los pronunciamientos del TDC ha podido sonar por momentos excesiva. Sin embargo, creemos que la enorme trascendencia económica y social de las cuestiones sobre las que el TDC se pronunció el pasado mes de abril obligaba a una crítica jurídica severa.

Esperamos haber dado sustento a la tesis que avanzábamos al inicio de nuestro trabajo. Creemos haber dado suficientes razones para hacer dudar al lector de que el TDC haya cumplido con la exigencia de justificar suficientemente el trascendente cambio que los pronunciamientos de 11 de abril de 2005 introducen en la aplicación de las normas de competencia al sector de tarjetas de pago. En particular, hemos querido incidir en la grave debilidad de los argumentos jurídico-sustantivos utilizados por el TDC para justificar su cambio de perspectiva, así como en la inadecuada definición del período transitorio concedido a los SMP para adaptarse al nuevo modelo.

A modo de brevísimos resúmenes de nuestros argumentos, recordemos, *primero*, que el TDC no ha justificado suficientemente ni la denegación de las autorizaciones singulares de ServiRed y Sistema 4B (o su voluntad de revocación de la autorización singular de Euro 6000) ni su *obiter dictum* introduciendo la nueva metodología a la que deberá ajustarse cualquier sistema de tasas de intercambio para ser autorizable en el futuro. *Segundo*, que el TDC incurre en graves incoherencias lógicas y errores de Derecho al sustentar el núcleo de su motivación en la decisión de la Comisión *Visa International*. *Tercero*, que los pronunciamientos de 11 de abril de 2005 no ofrecen sustento económico sólido para las tesis del TDC y, en particular, no fundamentan convenientemente la necesidad de que un sistema de tasas de intercambio, para ser compatible con las normas de competencia, deba encontrarse orientado a costes. *Cuarto*, que el TDC se desvía radicalmente de sus propios precedentes sin ofrecer justificación suficiente para ello, vulnerando el principio del precedente administrativo vinculante. *Quinto*, que la declaración contenida en los pronunciamientos de 11 de abril de 2005 acerca de las condiciones que ineludiblemente deberán cumplir los sistemas de tasas de intercambio para su autorización en el futuro es un ejercicio de regulación del mercado que excede las competencias del TDC. Y *sexto*, que la forma en que el TDC define el período transitorio concedido a ServiRed y Sistema 4B para cesar en la aplicación provisional de sus sistemas de tasas de intercambio vulnera los principios de igualdad de trato, seguridad jurídica y proporcionalidad, incurriéndose además en flagrante infracción del principio constitucional de independencia y neutralidad del órgano instructor del

expediente, al prejuzgar el resultado del expediente de revocación incoado a Euro 6000.

Esta severa crítica se extiende asimismo a la forma en que el TDC determina, por un lado, el período transitorio concedido a ServiRed y a Sistema 4B (claramente insuficiente) y, por otro, insta, en una actuación sin precedentes, la revocación de la vigente autorización singular de Euro 6000, sin tomar en ambos casos en consideración el daño innecesario que con ello podía causar a los sistemas de medios de pago. Porque, en el caso de ServiRed y de Sistema 4B, no parece haber razones para pensar que se hubiera producido perjuicio alguno para el interés general si se hubiera mantenido el statu quo al menos hasta que expirase la autorización singular de Euro 6000. Y, en el caso de Euro 6000, si se hubiera dejado que la autorización llegara pacíficamente a término durante el escaso tiempo que le quedaba. Es más, buena prueba de que tales perjuicios no existían es que las autoridades de competencia españolas no mostraron en ningún momento oposición a la pacífica aplicación provisional por ServiRed y Sistema 4B de sus sistemas de tasas de intercambio a lo largo de los últimos tres años, tiempo que lleva publicada la decisión *Visa International*, que el TDC alega como piedra angular del nuevo escenario introducido por sus pronunciamientos.

En fin, confiemos en que, como felizmente ha ocurrido en otras ocasiones, sean los tribunales quienes arrojen luz sobre las sombras entre las que, inevitablemente, hemos debido movernos a lo largo de estas páginas. Otra cuestión es si, cuando la luz llegue, previsiblemente dentro de varios años, las cuestiones que hoy discutimos tendrán trascendencia

práctica o, más que probablemente, habrán quedado superadas por el rápido devenir de la realidad empresarial.

NOTAS

(*) El bufete Martínez Lage & Asociados representa a Euro 6000 y a ServiRed en distintos procedimientos administrativos y judiciales. Sin embargo, las opiniones vertidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de los autores y ajenas tanto al bufete como a los sistemas de medios de pago mencionados.

(1) Resolución de 11 de abril de 2005, expte. A314/02, *Tasas intercambio Sistema 4B*; resolución de 11 de abril de 2005, expte. A318/02, *Tasas intercambio ServiRed*; auto de 11 de abril de 2005, expte. A287/00, *Sistema Euro 6000*.

(2) Informe de 1 de julio de 1999 *Sobre la situación de competencia en el mercado de las tarjetas de crédito, débito, monederos electrónicos y en particular sobre las relaciones entre las entidades financieras y el sector comercial con terminal de punto de venta instalado en el que se valorará la eficacia de medidas orientadas a limitar el precio cobrado al sector comercial mediante el establecimiento de márgenes vinculados a índices financieros*.

(3) Con fecha 25 de abril de 2005, tras conocerse las citadas resoluciones del Tribunal de 11 de abril de 2005 en relación con los sistemas de determinación de las tasas de intercambio intrasistema de cada uno de los SMP, el Servicio de Defensa de la Competencia incoó expediente sancionador con el número 2457/03, al objeto de determinar la existencia de una presunta conducta prohibida por el artículo 1 LDC en la fijación de las tasas de intercambio intersistemas. El pasado 29 de julio de 2005, los tres SMP solicitaron la autorización singular de un nuevo sistema de determinación de las tasas de intercambio intersistemas. Este expediente de autorización fue acumulado por el SDC al expediente sancionador 2457/03, sin que hasta el momento el SDC haya decidido sobre su sobreseimiento o su remisión al TDC.

(4) Asimismo, el TDC ordenó a ServiRed y Sistema 4B que enviaran copia de las resolu-

ciones adoptadas a todos sus socios, y encargó al SDC la vigilancia de su cumplimiento y la inscripción de la práctica prohibida en el Registro de Defensa de la Competencia.

(5) La declaración del TDC es del siguiente tenor: 1) Las tasas de intercambio correspondientes a las transacciones efectuadas con tarjetas de débito diferirán de las correspondientes a las transacciones efectuadas con tarjetas de crédito (débito diferido), de acuerdo con los diferentes costes implicados en cada tipo de transacción. 2) La tasa de intercambio correspondiente a las transacciones efectuadas con tarjetas de débito incluirá, como máximo, los siguientes costes: Costes de autorización y procesamiento de las transacciones, incluyendo los costes del proceso de las transacciones de compra, desde la autorización de la operación hasta la liquidación de la misma. Quedan excluidos los costes de los servicios puramente de cuenta prestados por las entidades bancarias a los clientes y que no son específicos de este tipo de pagos. Asimismo, se excluyen de esta rúbrica los costes de administración del sistema. Este coste se determinará como una cantidad fija por transacción. 3) La tasa de intercambio correspondiente a las transacciones efectuadas con tarjetas de crédito (débito diferido) incluirá, como máximo, los siguientes costes: a) Costes de autorización y procesamiento de las transacciones efectuadas con tarjeta de crédito (débito diferido). Esta categoría de costes incluiría los costes del proceso de las transacciones de compra, desde la autorización de la operación hasta la liquidación de la misma, quedando excluidos los costes de los servicios puramente de cuenta prestados por las entidades bancarias a los clientes y que no son específicos de este tipo de pagos (emisión y distribución de extractos de cuenta a clientes). Asimismo, se excluyen de esta rúbrica los costes de administración del sistema. Este coste se determinará como una cantidad fija por transacción. b) Riesgo de fraude que corresponde al riesgo asociado al uso fraudulento de la tarjeta de crédito en las transacciones. Este coste se determinará periódicamente, sobre una base real, como un porcentaje del volumen de la transacción. 4) Se podrán considerar tasas de intercambio distintas para las operaciones correspondientes a las compras por correo o por teléfono, así como a las efectuadas de forma manual o a través de la Internet, siempre que se justifiquen las diferencias de manera objetiva. 5) Cualquier modificación deberá consul-

tarse previamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, que valorará la oportunidad e idoneidad del cambio propuesto. 6) Las tasas de intercambio serán públicas. Tanto los bancos adquirentes como los comerciantes tendrán conocimiento de la cuantía de las mismas de forma rápida y accesible. Con tal fin, se determinarán los medios adecuados para el cumplimiento de esta condición.

(6) Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/29.373 *Visa International. Tasa multilateral de intercambio*).

(7) Por si lo anterior fuera poco, la necesidad de aplicación homogénea del Derecho comunitario de la competencia es más evidente aún en mercados como el de servicios financieros, en el que existen abundantes iniciativas de la Comisión y del Banco Central Europeo tendentes a instaurar un mercado único de servicios financieros.

(8) De esta forma, por ejemplo, el TDC excluye de su nueva metodología el cómputo del coste que para el banco emisor supone la concesión al usuario de un período de cobertura financiera gratuita, o el coste del riesgo de fraude en el caso de las tarjetas de débito.

(9) El sistema de determinación de las tasas de intercambio para el que Sistema 4B solicitó autorización singular se encontraba orientado a determinadas categorías de costes que el TDC consideró inadecuadas.

(10) En el momento en que el TDC dicta sus pronunciamientos de 11 de abril de 2005, la OFT británica aún no había adoptado su decisión *MasterCard*, sino únicamente un escrito de conclusiones provisionales (Office of Fair Trading, *MasterCard interchange fees. Preliminary conclusions*, febrero de 2003).

(11) En nuestra opinión, la propia admisión a trámite por la Audiencia Nacional del recurso interpuesto por Euro 6000 contra el auto de 11 de abril de 2005, por el que el TDC instó la revocación de la autorización singular de este SMP, es signo evidente de lo insólito de la medida adoptada por el TDC. Debe recordarse en este punto que el propio TDC señala en el mencionado auto que no cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra el mismo por tratarse de un acto de trámite.