

RESOLUCION

(Expediente SNC/0025/12 REDSYS)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 17 de diciembre de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente Sancionador SNC/0025/12, propuesto e instruido por la Dirección de Investigación contra REDSYS, S.L. (en adelante REDSYS), conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, por un presunto incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 REDSYS/REDYS, y por presunto cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos, lo que supone una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 14 de marzo de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) autorizó, condicionada al cumplimiento de ciertos compromisos propuestos por los notificantes el 4 de marzo de 2011, la operación de concentración económica consistente en la fusión de las sociedades REDSYS SERVICIOS DE PROCESAMIENTO, S.L.U. ("REDSYS") y REDES Y PROCESOS, S.A. ("REDY"), que dio lugar al expediente C/0271/10 REDSYS/REDY.

2. En el marco del expediente de vigilancia VC/0271/10, iniciado por la Dirección de Investigación (DI) en el ejercicio de las funciones de vigilancia que le encomienda el artículo 35.2 c) de la LDC, tras la recepción de diversos escritos e informes del Auditor, el 20 de enero de 2012 y según lo dispuesto en el artículo 39.1 de la LDC, la DI envió un

requerimiento de información al Auditor al objeto de comprobar el cumplimiento por REDSYS de los compromisos a los quedó subordinada la operación. El 1 de febrero de 2012 tuvo entrada el escrito de contestación del Auditor.

3. Con fecha 17 de abril de 2012, previa audiencia de REDSYS y habiendo recabado informe previo del Banco de España, la DI elevó al Consejo de la CNC un informe parcial de vigilancia en el que concluía que REDSYS había incumplido determinadas obligaciones recogidas en los compromisos contenidos en la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de marzo de 2011. Con fecha de 12 de junio de 2012, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente de vigilancia VC/0271/10 REDSYS/REDY, interesando a la DI la incoación del correspondiente expediente sancionador.

4. Con fecha de 28 de junio de 2012, la DI dictó Acuerdo por el que, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 12 de junio de 2012, y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 LDC, acordó el inicio de procedimiento sancionador contra REDSYS (registrado con número SNC/0025/12), por incumplimiento de los dispositivos primero y cuarto de la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de marzo de 2011, al existir indicios de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la sección G de los compromisos a los quedó subordinada la autorización de la operación de concentración C/0271/10 y que eran condición imprescindible para la eficacia de dicha autorización, y de cumplimiento inadecuado o incompleto de la sección D de dichos compromisos.

5. Con fecha de 17 de julio de 2012, la representación de REDSYS formuló escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación, solicitando que se declare el sobreseimiento del procedimiento sancionador o, subsidiariamente, que se redacte Propuesta de Resolución declarando la inexistencia de infracción de la Resolución de 14 de marzo de 2011 y los compromisos en ella contenidos.

6. Con fecha 26 de septiembre de 2012, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993), la DI notificó a REDSYS la propuesta de resolución en los términos que se recogen a continuación, dándole un plazo de 15 días para alegaciones, plazo que fue posteriormente ampliado, a solicitud de REDSYS, en 7 días hábiles:

“Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare que REDSYS SERVICIOS DE PROCESAMIENTO, S.L.U. (actualmente REDSYS SERVICIOS DE PROCESAMIENTO, S.L.) ha incumplido las obligaciones que se derivan de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 REDSYS/REDYS y ha llevado a cabo un cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos, por lo que habría incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

Segundo: Que se imponga a REDSYS SERVICIOS DE PROCESAMIENTO, S.L. la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.”

7. Con fecha de 23 de octubre de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de REDSYS a la referida propuesta de Resolución, solicitando que se archivase las actuaciones iniciadas o, subsidiariamente, se adoptase resolución declarando no haberse acreditado infracción alguna de la Resolución de 14 de marzo de 2011, incluidos los compromisos en ella contenidos y el Plan de Actuación que los desarrolla, así como la celebración de un trámite formal de carácter contradictorio.

8. Con fecha de 26 octubre de 2012, la DI elevó al Consejo el expediente junto con su propuesta de Resolución en términos idénticos a los recogidos en el Antecedente 6.

9: El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en la Sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2012.

10. Es parte interesada REDSYS, S.L. (REDSYS).

HECHOS PROBADOS

1. REDSYS SERVICIOS DE PROCESAMIENTO, S.L. (“REDSYS”) es una sociedad española resultado de la fusión de dicha entidad con REDES Y PROCESOS, S.A. (“REDY”). Dicha operación dio lugar al expediente C/0271/10 REDSYS/REDY y fue autorizada, condicionada al cumplimiento de ciertos compromisos, por Resolución de la CNC de 14 de marzo de 2011. Tal operación supuso la integración de las actividades de procesamiento de transacciones de medios de pago de las tarjetas asociadas al sistema SERVIRED y al sistema 4B.

2. Los compromisos propuestos por los notificantes contenían dos secciones, la D y la G, cuyo incumplimiento o cumplimiento inadecuado e incompleto ahora se discute, del siguiente tenor literal:

“SECCIÓN D. TRATAMIENTO CONFIDENCIAL DE LA INFORMACIÓN DE LOS CLIENTES

No se suministrará ni habrá flujo de información desagregada desde la entidad resultante a su Consejo de Administración - excluido su Presidente-Director General - ni a las entidades accionistas y/o clientes.

En particular, el Consejo de Administración de la nueva entidad no tendrá acceso a información desagregada de carácter sensible sobre los Clientes o las operaciones procesadas, incluyendo volúmenes de servicios, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas, o cualquier otro tipo de dato que tenga la condición de información estratégica. A estos efectos se considerará información de carácter sensible aquella a que hacen referencia las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del

artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (publicada en el DOUE C 11/1 de 14 de enero de 2011).

SECCIÓN G. REPRESENTACIÓN DE LOS ACCIONISTAS EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Al objeto de garantizar la más estricta separación entre la gestión de la nueva entidad y los esquemas de medios de pago Servired y 4B y reducir el riesgo de que a través de la entidad fusionada se produzcan intercambios de información entre dichos esquemas, se establecen los siguientes principios:

- Los órganos de gobierno de la nueva entidad no contendrán ningún miembro o representante que pertenezca a los órganos de gobierno, incluyendo a Consejeros y Presidentes del Consejo actuales y futuros, de los esquemas de medios de pago Servired o 4B o de cualquier otro esquema de medios de pago internacional.

- La Presidencia del Consejo de Administración corresponderá a un a un profesional no empleado por ni de otra forma vinculado directa o indirectamente con ninguna de las entidades financieras accionistas o los esquemas de medios de pago. Lo anterior no impedirá el mantenimiento de relaciones comerciales con las entidades financieras como cliente en condiciones de mercado. Este profesional, que desempeñará asimismo la Dirección General de la entidad, asumirá directamente las siguientes labores:

• La negociación de condiciones con los clientes de la entidad dentro de las líneas directrices aprobadas por el Consejo de Administración. En ningún caso se facilitará al Consejo de Administración detalle alguno sobre las condiciones específicas acordadas o los servicios demandados por los clientes.

• Asegurar la estanqueidad de la información comercial de los clientes, que no será trasladada en ningún caso al Consejo de Administración, salvo de manera totalmente agregada. Lo anterior se refiere tanto a la relación como cliente (condiciones comerciales, servicios demandados, ampliación de los mismos, proyectos en curso) como a los datos de los clientes cuyo procesamiento realiza la entidad. El Director General se comprometerá formalmente a respetar estos principios mediante la suscripción de un acuerdo de confidencialidad.

El Plan de Actuaciones desarrollará en detalle la implantación de medidas adicionales de separación funcional a fin de garantizar la separación de la gestión de la nueva entidad y los esquemas de medios de pago Servired y 4B.”

3. El Plan de Actuaciones, remitido por REDSYS el 15 de abril de 2011 y aprobado por la DI con fecha de 9 de mayo de 2011, contenía las siguientes previsiones sobre las secciones de los Compromisos cuyo incumplimiento o inadecuado cumplimiento ahora se discute:

“4. CUMPLIMIENTO DE LA SECCIÓN D DE LOS COMPROMISOS: TRATAMIENTO CONFIDENCIAL DE LA INFORMACIÓN DE LOS CLIENTES

Los datos de carácter confidencial de los Clientes serán tratados y gestionados exclusivamente por personal designado por la nueva entidad a estos efectos. Dicho personal, incluido el Director General, suscribirá los compromisos de confidencialidad necesarios.

Los miembros del Consejo de Administración de la nueva entidad, excluido su Presidente Director General, serán informados expresamente sobre las limitaciones de acceso a información resultantes de los compromisos, con advertencia de acciones de responsabilidad en caso de incumplimiento.

La nueva entidad establecerá sistemas técnicos que aseguren la estanqueidad de información entre usuarios, entidades y clientes en función de la tipología de información. Desde el comienzo de la actividad de la nueva compañía, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad de dicha estanqueidad. La nueva entidad informará al Auditor de los sistemas técnicos establecidos.

El cumplimiento de lo anterior será certificado por el Auditor mediante los informes a los que hace referencia la Sección 8 del presente Plan de Actuaciones.

La certificación se referirá concretamente a la puesta en marcha de los sistemas técnicos adecuados a fin de asegurar la estanqueidad de la información, la suscripción por los empleados y el Director General de los documentos apropiados a estos efectos y la forma en que los miembros del Consejo de Administración de Redsys, excluido su Director General, han sido informados de las prohibiciones de acceso a informaciones resultantes de los compromisos. La CNC recibirá copia de las comunicaciones realizadas a los miembros del Consejo de Administración sobre las limitaciones de acceso a la información confidencial antes señalada.

El auditor asimismo certificará que el Consejo de Administración no recibe información desagregada relativa a los clientes (comercial y de procesos). A estos efectos, el auditor tendrá acceso a las actas del Consejo de Administración de REDSYS.

7. CUMPLIMIENTO DE LA SECCIÓN G DE LOS COMPROMISOS, REPRESENTACIÓN DE LOS ACCIONISTAS EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La nueva sociedad se asegurará que los miembros de su Consejo de Administración, incluido su Presidente, no lo sean de sociedades de esquemas de medios de pago. Asimismo, la sociedad se asegurará del cumplimiento por el Presidente de los requisitos adicionales que prevé la sección G de los Compromisos. Estos extremos se recogerán en declaraciones formales, que serán remitidas a la Comisión Nacional de la Competencia.

La continuada observación del compromiso anterior será certificada por el Auditor mediante los informes a los que hace referencia la Sección 8 del presente Plan de Actuaciones.

La certificación especificará cualquier cambio en la composición de los órganos de gobierno de la entidad, así como que se mantiene la no participación de los miembros de dichos órganos en los Consejos de otros esquemas de medios de pago.

El Presidente-Director General se comprometerá formalmente a no trasladar en ningún caso la información comercial sensible de los clientes (incluyendo tanto los

elementos vinculados a su relación como clientes como sus propios datos) al Consejo de Administración de REDSYS, salvo de manera totalmente agregada. El auditor certificará el cumplimiento por el Director General de su obligación de asegurar la estanqueidad de la información comercial de los clientes de la nueva entidad.

[...]

Al objeto de garantizar la más estricta separación entre la gestión de la nueva entidad y los esquemas de medios de pago Servired y 4B y reducir el riesgo de que a través de la entidad fusionada se produzcan intercambios de información entre dichos esquemas, la nueva entidad mantendrá funcionalmente separadas sus actividades de procesamiento mediante las siguientes medidas:

- Se establecerán las siguientes barreras, lógicas, físicas y tecnológicas, para garantizar el no intercambio de información sensible:

- En caso de que la nueva entidad tenga sus oficinas en el mismo edificio que alguna de las sociedades de esquema, no se compartirán espacios físicos comunes. Lo anterior no impedirá que se compartan determinados servicios no ligados a la actividad de esquema ni de procesamiento, como por ejemplo, la seguridad de las instalaciones o el servicio médico.*
- La nueva entidad instaurará sistemas de privilegio para acceder a los datos confidenciales de sus clientes al objeto de poder garantizar el mantenimiento de la estanqueidad de dicha información (por ejemplo mediante el otorgamiento de contraseñas para poder acceder a dicha información).*

- La nueva entidad efectuará la llevanza de su contabilidad de forma estrictamente separada a los esquemas de pago Servired y 4B (distintos balances, distintas cuentas de pérdidas y ganancias).

- No existirán subsidios cruzados entre la nueva entidad y los esquemas de pago 4B y Servired.

El cumplimiento de las anteriores exigencias será certificada por el auditor mediante los informes a los que hace referencia la Sección 8 del presente Plan de Actuaciones. La certificación detallará las medidas adoptadas a fin de asegurar la estanqueidad entre la nueva empresa y los esquemas de medios de pago.”

4. El 11 de abril de 2011, antes por tanto de remisión del proyecto de Plan de Actuaciones por parte de REDSYS, REDSYS comunicó a la CNC las declaraciones de independencia de los esquemas de medios de pago firmadas por ocho de los doce Consejeros de esa entidad. El 25 de abril de 2011, REDSYS remitió las cuatro declaraciones restantes.

5. Desde junio de 2011 hasta febrero de 2012 asistieron a las reuniones del Consejo de Administración de REDSYS, en la condición de invitados, y de forma continuada y estable, representantes de socios procedentes del accionariado de SERMEPA¹ y REDY².

6. En junio de 2011, REDSYS procedió al cambio de dos Consejeros sin notificarlo a la CNC y sin justificar su independencia de los esquemas de medios de pago. Tales cambios se concretaron en los Consejos de Administración de 22 de junio y 21 de julio de 2011.

7. REDSY informó a los consejeros de las limitaciones de acceso a la información desagregada de carácter sensible de los clientes sin ajustarse estrictamente a lo establecido en el Plan de Actuaciones, a través de una mención genérica que figuraba en el Acta de la reunión del Consejo de Administración de 26 de mayo de 2011.

8. La CNC no fue informada de la asistencia de invitados y no se aportaron garantías de que dichos representantes cumplieran con las exigencias de desvinculación de los esquemas de medios de pago hasta marzo de 2012. La constancia para la CNC de tal asistencia en calidad de invitados se produjo el 1 de febrero de 2012, tras la correspondiente solicitud de información formulada por la DI al Auditor, al detectar tal asistencia en un acta del Consejo de Administración enviada por el Auditor en el marco del cumplimiento de un elemento distinto del Plan de Actuaciones.

9. Las declaraciones de independencia respecto a los esquemas de medios de pago firmadas por los invitados no fueron remitidas a la CNC hasta marzo de 2012, esto es, nueve meses después de haberse producido la primera de esas asistencias a los Consejos de Administración. Esa remisión se hizo acompañando al escrito de alegaciones formulado por REDSYS al informe pericial de vigilancia de la DI.

10. La constancia para la CNC de los cambios producidos en la composición del Consejo de Administración se produjo a raíz de una solicitud de información, formulado por la DI, en virtud del artículo 39.1 LDC, al Auditor el 20 de enero de 2012, sobre el cumplimiento de los compromisos por REDSYS.

A raíz de tal solicitud de información, el Auditor remitió a la DI el 1 de febrero de 2012 escrito de la Secretaría del Consejo de Administración de REDSYS certificando los cambios producidos en el Consejo.

En el escrito remitido por el Auditor el 1 de febrero de 2012 para certificar los cambios producidos en la composición del Consejo no se hacía mención alguna a que los Consejeros hubieran suscrito declaraciones de independencia, ni tampoco señala el Auditor haber recibido copia de tales declaraciones.

¹ Sociedad participada al 100% por SERVIRED y que fue absorbida por ésta en el contexto de las operaciones societarias vinculadas a la operación de concentración. Los accionistas de SERVIRED son entidades financieras, no ejerciendo ninguna de ellas control ni individual ni conjunto sobre esa entidad.

² Sociedad participada por entidades financieras y, en último término, controlada por el grupo BANCO SANTANDER. Titular de las actividades de procesamiento de las transacciones de medios de pago de las tarjetas asociadas al sistema 4B.

Las declaraciones de independencia respecto a los esquemas de medios de pago firmadas por los dos nuevos Consejeros no fueron remitidas a la CNC hasta marzo de 2012, esto es, nueve meses después de haberse producido el cambio en la composición del Consejo de Administración. Esa remisión se hizo acompañando al escrito de alegaciones formulado por REDSYS al informe pericial de vigilancia de la DI.

11. REDSYS no informó a los consejeros de las limitaciones de acceso a la información desagregada de carácter sensible de los clientes, de forma personalizada y con mención a la responsabilidad que podía derivarse del incumplimiento de tales limitaciones, hasta el 25 de enero de 2012, como en los casos anteriores, a instancias de la CNC

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 62.4 c) LDC, constituye una infracción muy grave "c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones".

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si, como propone la DI, se ha producido una infracción del artículo 64.2 c) LDC por el incumplimiento por parte de REDSYS de las obligaciones que se derivan de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 REDSYS/REDYS, y por el cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos, así como valorar si concurren los requisitos debidos para que tal infracción sea sancionada y en qué términos deba serlo.

SEGUNDO.- Alegaciones de REDSYS

En su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, REDSYS realiza las siguientes consideraciones:

REDSYS argumenta que el incumplimiento atribuido se refiere exclusivamente a no haber comunicado inmediatamente a la CNC los cambios producidos en el Consejo de Administración en junio de 2011 y no haber enviado simultáneamente las declaraciones de los nuevos Consejeros, pero que en ningún caso se le imputa un incumplimiento del contenido material de la Resolución de 14 de marzo de 2011, al no reprochársele el acceso al Consejo de Administración de REDSYS de personas que tuvieran vínculos con los órganos de gobierno de esquema alguno. Es por ello, según REDSYS, que nunca ha peligrado la estricta separación entre el procesador y los esquemas de medios de pago que contemplaban los compromisos.

En cuanto a las razones por las que no comunicó esos nombramientos de forma inmediata a la CNC, REDSYS defiende que dicha eventualidad no sólo no venía exigida en el Plan de Actuaciones sino que éste preveía expresamente que fuera el Auditor el que certificara dicha situación a través de informes anuales, correspondiendo la entrega del primero de ellos en el mes de mayo de 2012 (esto es, transcurrido un año desde la fecha de aprobación del Plan de Actuaciones). Concluye REDSYS que no ha habido incumplimiento alguno puesto que de los compromisos y del Plan de Actuaciones se desprende que no existía tampoco tal obligación de comunicación inmediata de los cambios en la composición del Consejo de Administración ni de la remisión de las declaraciones de independencia.

Respecto de la asistencia de invitados permanentes en las reuniones del Consejo de Administración de REDSYS, ésta señala que tampoco se ha producido en este caso un riesgo material de acceso al Consejo de Administración de miembros o representantes que pertenezcan a los órganos de gobierno de los esquemas SERVIREDA, 4B u otros. La causa para no haber informado a la CNC sobre esa asistencia la cifran en el hecho de que tal eventualidad estaba prevista en el *Contrato de Socios*, aportado con el formulario de notificación, contrato éste nunca cuestionado por la CNC en el marco del Expediente de concentración C/0271/10.

Sobre el modo en que se produjo la comunicación a los Consejeros de sus limitaciones de acceso a la información desagregada de carácter sensible de los clientes, REDSYS argumenta que el Plan de Actuaciones no imponía una forma concreta para llevar a cabo esa comunicación, por lo que entiende que no se ha producido infracción alguna de los compromisos, sino una discrepancia meramente formal sobre la forma de comunicar dicha información a los miembros del Consejo de Administración. Respecto de que la forma elegida por REDSYS no permitía reflejar expresamente la responsabilidad en la que incurrirían en caso de incumplimiento, tal como establecía el Plan de Actuaciones, REDSYS considera que, dado que la responsabilidad de los consejeros existe por ministerio de la Ley de Sociedades de Capital y el Acuerdo de Socios, la falta de constancia de tal advertencia no tiene la entidad suficiente para permitir declarar un incumplimiento de los compromisos del que se derive la subsiguiente infracción de la LDC.

TERCERO.- Alegaciones de tramitación del procedimiento.

Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de los requisitos objetivos del tipo infractor, procede examinar aquellas alegaciones planteadas por REDSYS que se refieren a aspectos relativos a la tramitación. En las alegaciones a la incoación del expediente sancionador, de 17 de julio de 2012, REDSYS hace mención a dos aspectos de naturaleza procedimental.

El primero de los aspectos se refiere a la Resolución de 12 de junio de 2012, que interesaba a la DI la incoación de expediente sancionador contra REDSYS, y al pronunciamiento que se realiza en la misma respecto de la existencia de indicios de infracción de los Compromisos. Indiscutiblemente, tal como REDSYS dice interpretar, y la DI reitera en su propuesta de resolución, tal constatación se realiza a nivel indiciario y no supone más que el detonante de la apertura de un procedimiento en el que, tras la oportuna instrucción y con todas las

garantías de defensa a disposición de REDSYS, se determinará si se ha producido o no la infracción objeto del expediente sancionador.

En este sentido, muy recientemente, la Audiencia Nacional, al resolver respecto de la impugnación de una Resolución de la CNC relativa a incoación de un procedimiento sancionador de la LDC por incumplimiento de un acuerdo de terminación convencional, ha señalado que *“No se está prejuzgando la comisión de la infracción tipificada en el art. 62.4 c) (“Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”). sino que se está constatando la existencia de indicios de que pudiera haberse cometido, abriéndose un procedimiento con todas las garantías dirigido a establecer los hechos y si son o no constitutivos de infracción.”* (Sentencia de 15 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

La segunda de las alegaciones sobre la tramitación del expediente, relativa a la identidad de la persona instructora del procedimiento sancionador, que coincide con la persona a cargo del expediente de vigilancia, ha sido contestada por la DI en su propuesta de resolución y este Consejo entiende que no es preciso abundar en las razones ya dadas, vinculadas a la corrección del nombramiento de instructor y a la eficacia y eficiencia en la designación del mismo. REDSYS no consideró oportuno en su momento promover la recusación del instructor, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), facultad de la que se le recordó que disponía en el propio Acuerdo de incoación de expediente sancionador de 28 de junio de 2012. Este Consejo coincide plenamente con la DI en la consideración de que no concurre en el instructor motivo de recusación alguno, y que la participación en el Expediente de Vigilancia no disminuye las garantías de actuación objetivamente imparcial del instructor. Resulta procedente traer a colación en este contexto el ejemplo del ámbito sancionador tributario, en el que, en los casos de procedimientos sancionadores derivados de un procedimiento de Inspección, será competente para acordar su inicio precisamente el equipo o unidad que hubiera desarrollado las actuaciones de comprobación e investigación (art. 25.1 Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario).

En todo caso, debe recordarse la jurisprudencia constitucional sobre la materia: *“De conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.a; AATC 320/1986, de 9 de abril, FJ 4, y 170/1987, de 11 de febrero, FJ 1). Como ya se expresó en la STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática,*

porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4). En consecuencia, la interpretación y aplicación del régimen de abstención y recusación de quienes integran los órganos administrativos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, sin que pueda utilizarse la vía del recurso de amparo para revisar la realizada por los Tribunales” (STC 74/2004, FJ 5). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4), en un caso en el que el recurrente cuestionaba la efectiva imparcialidad del instructor del procedimiento disciplinario, por ser éste consecuencia del presunto incumplimiento de una sanción disciplinaria impuesta en un anterior expediente disciplinario del que aquél había sido igualmente instructor, declaró que “lo que del Instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad en el sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997, es decir,... desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal. A este fin se dirige la posibilidad de recusación [...]”.

Las consideraciones que REDSYS realiza en relación a la existencia de una Subdirección específica de Vigilancia y de medios suficientes a disposición de la CNC para reforzar el argumento de que el instructor del presente SNC/0025/12 debería ser distinto del responsable del Expediente de vigilancia VC/0271/10 REDSYS/REDY, no pueden sino ser tajantemente rechazadas por este Consejo. Cabe recordar que el expediente de vigilancia se inició de forma sucesiva a la Resolución aprobatoria de la concentración, en abril de 2011, mientras que la entrada en vigor del Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, cuya disposición final segunda modifica el Estatuto de la CNC para incluir entre los órganos de la DI a la Subdirección de Vigilancia, con la función de instrucción de procedimientos de vigilancia de obligaciones, resoluciones y acuerdos del art. 41 LDC, no se produjo hasta el 11 de febrero de 2012. Adicionalmente, más allá de estas consideraciones, la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la sancionadora queda perfectamente garantizada en este procedimiento, tal como exige el artículo 134.2 LRJ-PAC.

Respecto de la solicitud de vista que REDSYS formula en sus alegaciones de 23 de octubre de 2012, este Consejo no aprecia que sea preciso trámite formal de carácter contradictorio alguno. La correcta tramitación del procedimiento, que REDSYS no discute, y las oportunidades que el mismo proporciona para que REDSYS formule las alegaciones que estime oportunas, son garantía suficiente del derecho de defensa de la parte. En relación a la gravedad de la imputación que se examina en el procedimiento, que REDSYS considera como elemento justificativo de la necesidad de tal vista, tal gravedad deriva automáticamente de la previsión del artículo 62.4 c) LDC, que preceptúa que el incumplimiento de una resolución o compromiso adoptado en aplicación de la LDC en materia de control de concentraciones merece el más alto reproche y la calificación de tal infracción como muy grave. En cuanto a lo que REDSYS califica como grave contraste entre las posiciones

expresadas por la DI y la empresa incoada, este Consejo no considera que la resolución de tal contraste exija o haga recomendable la celebración de una vista, sino que debe derivar de la adecuada valoración que se realice de los hechos relevantes que se consideren acreditados y de formulación de una correcta fundamentación jurídica previa a la correspondiente Resolución.

CUARTO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.4 c) de la LDC.

De acuerdo con el artículo 62.4 c) LDC, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor: por un lado, debe existir una resolución, acuerdo o compromiso en materia de conductas restrictivas o de control de concentraciones de la que se deriven determinadas obligaciones para un sujeto determinado. Por otro lado, debe existir un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la decisión de que se trate.

Por lo que respecta al primero de los requisitos del elemento objetivo del tipo, la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 sometida a ciertos compromisos, es evidentemente el título del que se derivan las obligaciones para REDSYS.

En relación con el segundo de los requisitos mencionados, el incumplimiento de las obligaciones impuestas a REDSYS, como se justifica a continuación, este Consejo coincide con la DI en que ha quedado acreditado en el presente expediente SNC/0025/12 que REDSYS ha incumplido las obligaciones que se derivan de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, y ha incurrido en un cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos.

Con carácter previo hay que recordar que la naturaleza misma de una concentración autorizada en segunda fase y, por tanto, sometida al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes exige por parte de la entidad resultante de la concentración el más diligente, cuidadoso y escrupuloso cumplimiento de tales compromisos, que pretenden atender a los riesgos y obstáculos detectados para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado afectado y a los cuales se subordinó la autorización. Asimismo, la Audiencia Nacional ha tenido la oportunidad de señalar que los compromisos vinculados a la autorización de una operación de concentración “deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos.” (Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección Sexta, de 30 de marzo de 2012, FJ 6º). En este supuesto, en lo que afecta al presente procedimiento, desde los primeros momentos de análisis de la operación de concentración se pusieron de manifiesto dos riesgos evidentes, de intercambio de información y de coordinación de estrategias en el mercado descendente de servicios de pago. Así, en el apartado dedicado a efectos verticales del Informe y propuesta de Resolución C- 0271/10 REDSYS/ REDY, contenidos en la Resolución de este Consejo de 13 de octubre de 2010, de acuerdo de inicio de la segunda

fase del procedimiento, se señala: *“El hecho de que los principales accionistas de la operación sean a su vez las principales entidades bancarias españolas, ligadas a dos (SERVIRED y 4B) de los 3 medios de pago nacionales genera un riesgo de coordinación en el mercado descendente de servicios de pago, que podría perjudicar a las entidades financieras o sistemas de medios de pago que quedan fuera de la operación (entre otros, las cajas de ahorros y Euro 6000), así como a los consumidores finales.”*. Asimismo, se precisa: *“En segundo lugar, la operativa de la nueva entidad puede provocar intercambios de información entre los sistemas de medios de pago SERVIRED y 4B (en particular precios y volúmenes de venta) que les permitan coordinar sus estrategias de actuación en el mercado de los medios de pago con tarjeta bancaria.”*

Para neutralizar tales riesgos, los compromisos propuestos por REDSYS y a cuyo cumplimiento se subordina la autorización de la concentración por la Resolución de 14 de marzo de 2011, en lo que a este expediente interesa, indicaban que las partes se obligaban a que la entidad fusionada no suministrase información desagregada a su Consejo de Administración (excluido el Presidente-Director General) ni a sus entidades accionistas y/o clientes. En particular, el Consejo de Administración no podía tener acceso a determinada información especialmente sensible de los clientes, de forma desagregada. Asimismo, las partes se comprometían a que los órganos de gobierno de REDSYS no contuvieran ningún miembro o representante, incluyendo a Consejeros y Presidentes del Consejo actuales y futuros, de los esquemas SERVIRED o 4B o cualquier otro sistema de medios de pago internacional (vid. compromisos 191 a 193, punto XI 2 de la Propuesta de Resolución recogida en la Resolución de 11 de marzo de 2011).

A continuación se formula una exposición diferenciada de los incumplimientos de las obligaciones impuestas a REDSYS que son objeto de análisis:

- En cuanto a la asistencia de invitados a las reuniones del Consejo de Administración.

Ha quedado acreditado que, desde junio de 2011 hasta febrero de 2012, asistieron a las reuniones del Consejo de Administración de REDSYS, en la condición de invitados, y de forma continuada y estable, representantes de socios procedentes del accionariado de SERMEPA, sociedad 100% participada por SERVIRED, y de REDY, sociedad participada por entidades financieras y, en último término, controlada por el grupo BANCO SANTANDER.

Tal conducta supone un incumplimiento claro del compromiso que pesaba sobre REDSYS, de garantizar que los órganos de gobierno de REDSYS no contuvieran ningún miembro o representante de los esquemas SERVIRED o 4B, al objeto de neutralizar los riesgos de coordinación. El hecho de que los invitados asistan como tales y no tengan la condición de miembros del Consejo de Administración no disminuye el riesgo que se trataba de contrarrestar, puesto que aunque no dispongan de voto, su mera asistencia a las reuniones del Consejo y su derecho de participación con voz tiene análogos efectos. Es más, su condición de invitados de forma permanente pero sin la condición de miembros del Consejo tiene el efecto negativo añadido de que no se les aplicaran las cautelas relativas al especial

conocimiento sobre las limitaciones de acceso a la información sensible de carácter desagregado y a la responsabilidad derivada del incumplimiento de tales limitaciones.

El recurso a la figura de los invitados a las reuniones del Consejo de Administración tiene aquí la virtualidad de suponer, en lugar de una circunstancia de importancia menor, como alega REDSYS, al no disponer tales invitados de derechos políticos, de una cuestión de relevancia fundamental para la concreción del riesgo de intercambios de información, amparándose además en el subterfugio de sortear, por la vía de la figura de los invitados, las garantías expresamente exigidas para los consejeros. REDSYS conocía que el riesgo que se trataba de evitar se concretaba con independencia de la condición de miembro o invitado con la que se asistiese a las reuniones del Consejo, pues lo relevante no era sólo que se ostentase o no voto en el Consejo, sino también el acceso a los asuntos tratados en el mismo.

El hecho de que la CNC no fuera informada de esa asistencia a las reuniones del Consejo y que no se aportaran garantías de que dichos representantes cumplieran con las exigencias de desvinculación de los esquemas de medios de pago hasta marzo de 2012, y sólo a requerimiento de la CNC, permitió que tal incumplimiento de los compromisos se prolongara en el tiempo, acentuando de ese modo el riesgo de intercambio de información y coordinación de estrategias que precisamente los compromisos trataban de evitar.

La alegación de REDSYS relativa a que tal asistencia estaba prevista en el Contrato de Socios, aportado junto al resto de la información en fase de notificación de la concentración, sin que fuera objetado ni por la DI ni por este Consejo, no permite desvirtuar el juicio de incumplimiento que este Consejo formula.

Y efectuamos esta afirmación porque, en primer lugar y sin perjuicio de que la asistencia de terceros a reuniones de órganos de administración societarios es una figura permitida por la normativa mercantil, lo cierto es que la redacción de dicha cláusula del contrato de socios, que dispone que *“Adicionalmente, se invitarán a las reuniones del Consejo de Administración de la Sociedad al menos a tres representantes de socios provenientes del accionariado de SERMEPA y a un representante de socios provenientes del accionariado de REDY”*, es demasiado genérica para permitir a la CNC, de antemano, conocer cuál iba a ser la concreta aplicación que de la misma se iba a hacer por parte de REDSYS, especialmente en lo relativo a las personas concretas que iban a asistir a las reuniones y al carácter permanente de su asistencia.

Además, es el Contrato de Socios el que debe ser leído a la luz de los posteriores compromisos adquiridos por REDSYS, y nunca a la inversa. Los compromisos presentados y tomados en consideración para la autorización de la concentración resultan claramente vulnerados por la práctica llevada a cabo por REDSYS en lo relativo a la invitación y asistencia permanente al Consejo de Administración de representantes de las entidades SERMEPA y REDY. A REDSYS le incumbía hacer una interpretación y uso de los términos del Contrato de Socios que no supusiera una vulneración de los compromisos a cuyo leal cumplimiento quedaba precisamente subordinada la autorización de la operación de concentración. Ese ejercicio de adaptación del Contrato de Socios a los compromisos

recogidos en la Resolución de 14 de marzo de 2011 es el que REDSYS señala en sus alegaciones que ha realizado a posteriori de las actuaciones de vigilancia de la DI, al dejar en suspenso tal previsión relativa a la presencia de invitados en el Consejo de Administración. Este Consejo debe señalar que ese ejercicio de interpretación conforme correspondía haberlo hecho en el momento útil, esto es, de forma que nunca se hubieran concretado tales asistencias y, con ellas, el riesgo que los compromisos claramente ordenaban neutralizar.

- En lo relativo a la no correcta información a los Consejeros/invitados sobre las limitaciones de acceso a información desagregada.

Respecto del cumplimiento inadecuado o incompleto de la sección D de los compromisos, al no haber informado expresamente a los consejeros sobre las limitaciones de acceso a información desagregada, con advertencia de acciones de responsabilidad en caso de incumplimientos, este Consejo coincide con la DI en la consideración de que la mera declaración genérica contenida en el Acta de la primera reunión operativa del Consejo, de 26 de mayo de 2011, que se limitaba a señalar la prohibición de que el Presidente pueda facilitar información desagregada de carácter sensible, no es un procedimiento que cubra las exigencias de los compromisos en términos de garantía de tratamiento confidencial de la información de los clientes. Así, a título de ejemplo, los nuevos consejeros que asistieron por primera vez a las sesiones del Consejo de Administración de 22 de junio y 21 de julio de 2011, no habrían sido posibles receptores de tal declaración formal más que mediante el recurso a la lectura de tal Acta.

Asimismo, el que se debiera haber reflejado expresamente las responsabilidades en que incurrirían los miembros del Consejo de Administración en caso de incumplimiento no era una exigencia de carácter meramente formal, sino que se vincula a la trascendencia misma del objeto de esa limitación de acceso a la información desagregada. Sólo la suscripción de declaraciones individuales en las que consten tanto las limitaciones de acceso a información desagregada como las advertencias de acciones de responsabilidad en caso de incumplimiento suponen una garantía adecuada de que cada miembro del Consejo de Administración conoce el rigor del objetivo de estanqueidad de la información y las consecuencias que se derivan de un posible incumplimiento.

- En cuanto a la modificación de la composición del Consejo sin informar previamente a la DI ni aportar las correspondientes declaraciones de independencia.

Sin perjuicio de que las conductas previamente analizadas son, a juicio de este Consejo, de entidad suficiente para declarar la existencia de infracción, procede pronunciarse, también, sobre el último de los imputados por la Dirección de Investigación, el relativo a la modificación de la composición del Consejo.

El objeto de la Sección G de los Compromisos es, tal como se explicita en la misma, *“garantizar la más estricta separación entre la gestión de la nueva entidad y los esquemas de medios de pago Servired y 4B y reducir el riesgo de que a través de la entidad fusionada se produzcan intercambios de información entre dichos esquemas”*. Esa garantía exige que

los cambios en la composición del Consejo de Administración de REDSYS y los elementos necesarios para acreditar la independencia de los futuros nuevos consejeros (las declaraciones de no pertenencia al órgano de gobierno de ningún esquema de medios de pago) sean comunicados a la CNC con anterioridad a hacerse efectivos.

La alegación de REDSYS de que el Plan de Actuación preveía que el cumplimiento de tales obligaciones fuera certificado por el Auditor mediante informes anuales (Sección Octava del Plan de Actuación) y que no existía una obligación de comunicación inmediata y simultánea de tales extremos, no permite desvirtuar la anterior consideración relativa al incumplimiento de las obligaciones contenidas en la sección G de los Compromisos.

La interpretación que REDSYS defiende sería válida si el objeto de los compromisos y del Plan de Actuación fuera detectar a posteriori incumplimientos de la Resolución de este Consejo, de 14 de marzo de 2011, autorizadora de la concentración económica REDSYS/REDY. No obstante, como es obvio, el objeto de tales compromisos y del Plan de Actuación que sirve a los mismos es precisamente garantizar la debida separación entre la gestión de la entidad procesadora común y los esquemas de los medios de pago (SERVIRED y 4B) y evitar que surja riesgo alguno de coordinación. La notificación a la CNC, a posteriori de haberse producido, de la modificación de la composición del Consejo, y de la asistencia de ciertos invitados permanentes, acompañada de las correspondientes declaraciones de independencia, lo único que permitiría a la CNC es *constatar* si ya se ha concretado o no el riesgo de intercambio de información que se trata de impedir, pero no permitiría a la CNC *evitar* que tal riesgo se concrete. La autorización de la operación de concentración con compromisos permitió la ejecución de la misma desde la fecha de la Resolución autorizatoria. Coherentemente, a REDSYS se le debe exigir el completo cumplimiento de todos los compromisos adquiridos desde el nacimiento de los mismos y al menos con la misma diligencia que la empleada en llevar a cabo la ejecución de la operación inmediatamente después de ser autorizada.

La interpretación propugnada por REDSYS vaciaría de contenido el compromiso relativo a garantizar la más estricta separación entre la gestión de REDSYS y los esquemas de medios de pago, al imposibilitar a la DI la comprobación, con carácter previo, de si la medida prevista por REDSYS relativa al nombramiento de nuevos Consejeros o a la asistencia de invitados permanentes o esporádicos a las reuniones del Consejo de Administración puede poner en riesgo la imprescindible separación entre gestión de la entidad procesadora común y los esquemas de medios de pago.

La Sección Octava del Plan de Actuación debe interpretarse en el sentido de que, mediante informes anuales, el Auditor *certifica* todo lo acontecido en el período en esa materia. Frente a lo que señala REDSYS en sus alegaciones, donde entiende que tales certificados serían absolutamente innecesarios si se entiende que la CNC debe ser puntualmente informada de los cambios en la composición del Consejo de Administración al tiempo que se producen, hay que precisar que esos certificados de remisión anual cumplen su propia función. Así, por ejemplo, el informe del Auditor, podrá *reflejar* una sucesión de cambios en la composición del Consejo de Administración o en la identidad de los invitados a la misma. Asimismo, el

Informe del Auditor certifica que, con posterioridad al nombramiento del consejero de que se trate y a la suscripción de la declaración de independencia, no se han producido cambios en la no participación del mismo en órganos de los Consejos de otros esquemas de medios de pago. Pero esas funciones de los informes previstos en la Sección Octava del Plan de Actuación no impiden que, para el correcto cumplimiento de los compromisos, la DI deba ser oportunamente *informada* de aquellas modificaciones que, como las que aquí se analizan, tienen especial trascendencia respecto del adecuado cumplimiento de los compromisos. Y esa información ha de aportarse en el momento útil a los efectos perseguidos, esto es, antes de que sea efectiva la nueva circunstancia.

El que la Sección Octava prevea que será el Auditor quien comunique ciertos extremos a la CNC evidentemente no modifica la persona del sujeto obligado al cumplimiento de los compromisos vinculados a la autorización de la operación de concentración, que en todo caso es REDSYS. A esta entidad le correspondía asegurarse que, a través del cauce previsto al efecto para las comunicaciones necesarias con la DI, se procediera a notificarle a la misma tales nuevas circunstancias.

Resulta evidente que no cabe defender que REDSYS no podía en absoluto prever la interpretación conjunta, coherente y coordinada de los compromisos y el Plan de Actuaciones que la CNC realiza. Hay que volver a recordar que la interpretación que defiende REDSYS relativa al quién, cómo y cuándo de los deberes de comunicación a la CNC trae como consecuencia que la CNC sólo podría constatar a posteriori si se mantiene o no la independencia de los Consejeros de REDSYS respecto de los esquemas, una vez que el riesgo de intercambios de información entre los esquemas SERVIRED y 4B, y el correspondiente riesgo de coordinación de estrategias de actuación en el mercado descendente de la prestación de servicios, ya se hubiera concretado.

Este Consejo no puede admitir el argumento de que una entidad como REDSYS, perfectamente conocedora de los elementos más sensibles implicados en la concentración propuesta, y que presentó los compromisos a los que posteriormente se condicionó su aprobación, entre ellos los relativos a la representación de los accionistas en el Consejo de Administración y el tratamiento confidencial de la información de los clientes, podría legítimamente esperar que la comunicación a la CNC a posteriori de los cambios en la composición y asistencia a las reuniones del Consejo y del modo de información a los miembros del Consejo sobre las limitaciones de acceso a información desagregada, era adecuada y suficiente para el cumplimiento de la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011.

Lo que los compromisos tratan de garantizar es que no se produzca el acceso al Consejo de Administración de REDSYS de personas que tuvieran vínculos con los órganos de gobierno de esquema de medios de pago alguno, para lo cual es preciso que la DI tenga la posibilidad real de realizar las correspondientes comprobaciones con anterioridad a que se produzca el acceso de un nuevo miembro o asistente al Consejo de Administración. En sus alegaciones, REDSYS señala que ha fijado como exigencia, de cara a futuras modificaciones de la composición del Consejo de Administración, que las declaraciones que contemplan los

compromisos sean intervenidas notarialmente, como garantía adicional. Esa intervención notarial no es precisa si se realiza un cumplimiento correcto de los compromisos, en cuanto que la remisión a la CNC de la información sobre el nuevo nombramiento acompañada de las declaraciones suscritas, con anterioridad a la asistencia a la primera reunión del Consejo de Administración de que se trate, acredita suficientemente la fecha en que se suscribieron tales declaraciones.

No podemos compartir la distinción que hace REDSYS entre violación material de los compromisos e incumplimientos formales. Los compromisos cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso se discute tienen una naturaleza eminentemente cautelar y su objeto es precisamente que, con anterioridad a producirse cualquier modificación de la composición del Consejo de Administración de REDSYS, tanto en términos de membresía en sentido estricto como de asistencia al mismo, la CNC disponga de las garantías suficientes en lo relativo a la independencia de estos y al tratamiento confidencial de la información de los clientes.

El hecho de que a lo largo del mes de abril de 2011, antes por tanto de existiera un Plan de Actuaciones aprobado, REDSYS hubiera remitido directamente a la DI las declaraciones formales inicialmente suscritas por los consejeros, demuestra el cabal conocimiento de REDSYS sobre la trascendencia de este sensible asunto, y la posterior aprobación del Plan de Actuación, al contrario de lo sostenido por REDSYS en sus alegaciones, sólo debería haber tenido como efecto el que las sucesivas remisiones a la DI de modificaciones en la identidad de los consejeros y de las nuevas declaraciones formales se realizaran a través del Auditor designado, nunca una disminución o deterioro en el grado de garantía de los compromisos adoptados.

El principio de confianza legítima, que REDSYS alega que ha sido vulnerado, podría ser traído a colación en el supuesto de que, no habiendo la DI reaccionado al constatar que ciertas modificaciones de la composición del Consejo de Administración se hubieran realizado sin ponerlo en su conocimiento con anterioridad, sí reaccionara posteriormente frente a posteriores modificaciones sucesivas realizadas de modo idéntico. Según la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el principio de confianza legítima impide que la autoridad pública pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones (vid., por todas, SSTS de 15 de abril de 2002 y de 4 de junio de 2001 y SAN de 7 de noviembre de 2003). En el mismo sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse este Consejo en diversas Resoluciones (a título de ejemplo, Expedientes SNC/0011/11 CORREOS, Resolución de 23 de agosto de 2011 y SNC/0005/09, CONSENUR/ECOTEC, Resolución de 9 de abril de 2010).

En este caso, tan pronto como la DI pudo constatar que se había producido un posible incumplimiento de la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por vulneración de lo previsto en los compromisos y el Plan de Actuación, procedió en consecuencia. Ni la interpretación conjunta de los compromisos y el Plan de Actuación ni el comportamiento desarrollado por la DI o este Consejo en el marco del expediente C/0271/10 y el sucesivo de

Vigilancia VC/0271/10 permiten en absoluto considerar que se haya producido un cambio de criterio administrativo ni que se haya quebrantado una confianza, razonable y por tanto tutelable, de REDSYS en que la interpretación que propugna del modo en que debía cumplimentar los compromisos debiera ser admitida.

No estamos tampoco en el presente caso en un supuesto de interpretación extensiva o inductiva del PDA, como defiende REDSYS cuando sostiene que se ha producido una violación del principio de tipicidad de infracciones y sanciones. El carácter instrumental del Plan de Actuación, destinado siempre a plasmar la ejecución de los compromisos, para que sirvan a la finalidad establecida legalmente de evitar la creación de obstáculos a la libre competencia, impide que puedan servir de amparo a una interpretación de los mismos que vaya frontalmente en contra de aspectos manifiestos y esenciales de los compromisos a los que se subordinó la operación de concentración. A lo largo de este Fundamento se ha expuesto como los hechos probados acreditan que REDSYS ha incurrido en un incumplimiento de lo establecido en una Resolución adoptada en materia control de concentraciones, incumplimiento que es precisamente el supuesto que el artículo 62.4 c) LDC contempla.

QUINTO.-Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta ilícita enjuiciada.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo sancionador. En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (STC 246/1991, de 19 de diciembre; SSTs de 26 de marzo de 1986 y de 22 de noviembre de 2004, entre otras).

De esta forma, tal como explicita el artículo 130 LRJ-PAC, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia.

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados), sino que basta con que se constate la falta de una debida y básica diligencia (así, STS de 20 de diciembre de 1996). Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

En el presente procedimiento REDSYS estaba en la mejor posición para conocer que las obligaciones derivadas de una interpretación conjunta de los compromisos y el Plan de Actuación exigían por su parte la comunicación previa a la CNC de cualquier nombramiento

de nuevos miembros o invitación de asistencia a las reuniones del Consejo de Administración de REDSYS, acompañada de las correspondientes declaraciones individualizadas de independencia y de información sobre limitaciones de acceso a la información y responsabilidad derivada. Esos elementos eran imprescindibles para que la DI pudiera desarrollar su labor de control permanente y en tiempo útil de algunos de los riesgos más sensibles cuya evitación exigió la formulación, entre otras, de las secciones D y G de los Compromisos a los que se subordinó la concentración REDSYS/REDY.

La sucesión de comportamientos desarrollados por REDSYS, al modificar la identidad de algunos miembros del Consejo de Administración e introducir nuevos asistentes al mismo, sin comunicar oportunamente a la CNC tales hechos ni las declaraciones de independencia oportunas, así como la manifiesta desatención en la ejecución de la obligación relativa a la comunicación de la prohibición de acceso a información desagregada, con advertencia sobre la responsabilidad consiguiente, revelan una voluntad defraudadora respecto del debido cumplimiento de obligaciones clave recogidas en los compromisos de la operación de concentración que, lo que es más grave aún, se ha pretendido enmascarar como una actuación conforme con aquéllas. Tal voluntad rebelde al cumplimiento de los compromisos pone de manifiesto el elemento intencional que exige el tipo infractor, impidiendo a la vez considerar que se haya empleado la mínima diligencia exigible en el cumplimiento de tales obligaciones.

En consecuencia, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, cumpliéndose entonces el último de los requisitos necesarios para apreciar la infracción.

SEXTO.- Sobre el importe de la sanción.

Resulta acreditado que REDSYS ha incumplido las obligaciones que se derivan de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de 14 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la operación de concentración C/0271/10 REDSYS/REDYS, y realizado un cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos, lo que constituye una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4 c) de la LDC.

En base al artículo 63.1 a) de la citada ley el Consejo de la CNC puede imponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Según información aportada por la propia REDSYS, el volumen de negocios neto de la empresa, correspondiente al ejercicio económico de 2011 asciende a 136.500.000 euros en concepto de facturación.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en no apreciar circunstancias atenuantes ni agravantes que deban tenerse en cuenta conforme al artículo 64.3 de la LDC para fijar el importe de la sanción. Respecto a las adaptaciones y correcciones que REDSYS señala haber introducido en su conducta (exigencia de verificación notarial de las declaraciones debidas, comunicación personalizada de las prohibiciones de acceso a información desagregada y de las responsabilidades derivadas consiguientes, suspensión de

la asistencia permanente al Consejo de Administración de invitados procedentes del accionariado de SERMEPA y REDY) lo que realmente evidencian es que, amparado bajo una pretendida apariencia de cumplimiento formal, el incumplimiento negado ha existido, valorando este Consejo que no deben considerarse como atenuantes a efectos de la sanción a imponer, por haberse realizado una vez detectado el incumplimiento e incoado el presente procedimiento sancionador

Para el cálculo del importe de la sanción el Consejo tiene en cuenta, el hecho de que el incumplimiento material afecta a cuestiones que constituyen parte esencial de los compromisos diseñados y que debe atribuirse a la infracción un carácter doloso, tal y como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Quinto. En vista de ello, el Consejo considera proporcionado aplicar un tipo del 0,8% sobre el volumen de ventas de la empresa, teniendo en cuenta al calcular éste que la duración de la infracción se debe cifrar en no menos de 9 meses a la vista del relato de los hechos probados (desde junio de 2011 hasta febrero de 2012), Por tanto, corresponde imponer a REDSYS, S.L. una sanción de 819.000€

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 64.2 c) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, consistente en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la sección G de los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de marzo de 2011, operación de concentración C/0271/10 REDSYS/REDYS, y un cumplimiento inadecuado e incompleto de la sección D de dichos compromisos, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a REDSYS, S.L.

SEGUNDO.- Imponer a REDSYS, S.L. una sanción de 819.000 EUROS, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta RESOLUCION a la Dirección de Investigación y notifíquese a la parte, REDSYS, S.L., haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el día siguiente al de su notificación.