

Id. Cendoj: 28079230062009100242
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20090617
Nº de Recurso: 390/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Autorización singular de la competencia de la Ley de Defensa de la Competencia: Artículo 1.1, en relación con el 3.1 y 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio. TIM para operaciones con tarjeta de crédito y débito distintas a las de extracción en metálico.

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional y bajo el número 390/2007 se tramita a instancia de SISTEMA 4B SA, representada por la Procuradora de

los Tribunales doña Paz Santamaría Zapata, contra la resolución del Tribunal de la Competencia (en adelante TDC) de 3 de

agosto de 2007, sobre autorización singular (que se describirá en el fundamento de derecho primero), en el que es parte

demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del

procedimiento indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente arriba indicada interpuso en fecha 31/10/2007 este recurso respecto del acto antes aludido y, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia en la que con estimación del recurso:

1.- Declare nula de pleno derecho, anule o revoque y deje sin efecto la resolución del TDC de 3 de agosto de 2007, en el expediente A 368/07, Telebanco 4B, seguido ante ese Tribunal.

2.- Declare que el acuerdo por el que se determina las tasas de intercambio aplicables en otras operaciones distintas de las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito y crédito en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B no es contrario al artículo 1 de la Ley 16/1989, o que, en caso de serlo, puede beneficiarse de la concesión de la autorización singular prevista en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por el periodo solicitado y, en todo caso, por el periodo de un año sugerido por el TDC.

3.- Condene al TDC a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con las consecuencias que de las mismas se deriven, y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó que habiendo por presentado ese escrito, lo admita y tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia desestimándolo y confirme la resolución impugnada.

TERCERO.- Al solicitarlo las partes, se recibió el juicio a prueba constando en autos el resultado de la admitida a trámite.

CUARTO.- A continuación, se sustanció el trámite de conclusiones por escrito. Señalándose para votación y fallo el 16 de junio de 2009, procediéndose a su deliberación votación y fallo con el resultado que a continuación se expresa.

QUINTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Es ponente de esta sentencia el Ilmo. Magistrado Sr. Don JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del TDC de 3 de agosto de 2007 que acuerda:

Primero.- Conceder Autorización Singular para que las entidades participantes en SISTEMA 4B puedan fijar una tasa de intercambio multilateral para las operaciones diferentes de la retirada de efectivo con tarjetas de débito y de crédito en cajeros pertenecientes a la red TELEBANCO 4B, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), quedando dicha autorización sujeta a las condiciones que establecen el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 14 del Real Decreto 278/2003.

Segundo.- No autorizar el incremento de la tasa de intercambio propuesto por el solicitante, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos de derecho décimo y

undécimo.

Tercero.- La tasa de intercambio multilateral se debe entender como máxima y aplicable por defecto, de manera que permita la existencia y aplicación de aquellas tasas más bajas que sean resultado de acuerdos bilaterales concluidos entre entidades financieras de la misma red TELEBANCO 4B.

Cuarto.- En el caso de que una entidad adquirente establezca cargos o comisiones a los usuarios de sus cajeros con motivo de las operaciones intrasistema objeto del acuerdo notificado, dicha entidad no recibirá la tasa del intercambio intrasistema.

Quinto.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la ejecución y funcionamiento de lo dispuesto en la presente resolución.

SEGUNDO.- La parte actora articula los siguientes motivos de impugnación:

1º) La referida resolución impugnada es contraria a Derecho en cuanto considera erróneamente que el sistema de determinación de tasas de intercambio en otras operaciones distintas de las disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de débito y crédito en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B es restrictivo de la competencia.

2º) Dicha resolución vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima recogidos en los artículos 9.3 y 103.1 de la CE y el artículo 3 de la Ley 30/1992, apartándose el TDC de sus actuaciones precedentes, sin motivación alguna, infringiendo el art.54.1 de esa Ley 30/1992, e incurriendo en arbitrariedad.

3º) La resolución impugnada infringe el derecho fundamental de igualdad ante la Ley del art. 14 de la CE, aplicando un trato discriminatorio a la actora al limitar innecesariamente la duración de la autorización concedida a la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, de forma distinta a como se ha hecho en otros expedientes tramitados en la misma fecha.

4º) La resolución impugnada carece de lógica, no sigue el criterio establecido por otras autoridades europeas de la competencia y deja al SISTEMA 4 B en una absoluta situación de inseguridad jurídica.

Por el contrario, la defensa del Estado insta la confirmación de la resolución recurrida pues considera que se ajusta plenamente a Derecho.

TERCERO.-Según el suplico de la demanda, la primera cuestión que se ha de resolver en este pleito es examinar la legalidad o no del pronunciamiento primero del TDC sobre que el acuerdo notificado de fijación de la tasa de intercambio multilateral (en adelante TIM) en otras operaciones distintas de las disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de crédito y débito en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B, en la que tanto la tarjeta como la adquirente y propietaria del cajero pertenecen a esta red (TIM intrasistema), es un acuerdo restrictivo de la libre competencia del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Se ha de precisar con carácter previo que en este acuerdo notificado la recurrente

señala como operaciones afectadas por el mismo y las TIM notificadas para cada una :

- .- Pago de recibos: 0,40 €
 - .- Recarga de Móviles: 0,39 €
 - .- Venta de entradas: 0,40 €
 - .- Consulta de saldo: 0,35 €
 - .- Consulta de movimientos: 0,35 €
- (Distinta TIM según nº 1 mvts.)
- .- Denegación y rechazos: 0,29 €.

Como bien apunta la resolución del TDC impugnada, siempre con base en la solicitud de autorización singular efectuada por la actora, este acuerdo notificado viene a establecer el nivel de la TIM que las entidades financieras miembros de la red TELEBANCO 4B se aplicarán a esas otras operaciones distintas de la disposición en efectivo realizadas con tarjeta de crédito o de débito por parte del titular de tarjeta cuya cuenta bancaria esté abierta en una entidad distinta a la propietaria del cajero, aunque ambas pertenezcan a esa misma red, siendo el resultado de cada TIM en función de la operación que se realice y según la relación arriba expuesta.

En esa misma solicitud también se indica que estas TIM son el resultado de un estudio de costes del año 2006 realizado por SISTEMA 4B según la información de las entidades adheridas a la red (Banco Santander, Banco Pastos, Banesto, Banco Popular) y de la obtenida de los registros internos de SISTEMA 4B. Estas TIM serán abonadas por la entidad emisora de la tarjeta a la entidad adquirente y ello se considerará un límite máximo, sólo a reducir si lo aconseja el mercado, y se aplicarán únicamente si no existe acuerdo bilateral entre entidades emisoras y adquirentes. Cada dos años se realizará una actualización del estudio y según el mismo se revisarán las TIM adoptadas en ese acuerdo.

Finalmente, dicha solicitud recalca que el acuerdo fija las mismas TIM para las tarjetas de crédito y de débito, dado que la TIM es un precio mayorista que la entidad emisora debe abonar a la entidad adquirente por el servicio que ésta última presta a la primera: con la tasa se remunera un servicio mayorista como es la posibilidad de acceso a una red de cajeros ajenos por parte de usuarios que no disponen de cuentas en la entidad propietaria del cajero.

La recurrente señala en su demanda que un acuerdo que establece una tasa de intercambio multilateral resulta mucho menos costoso que la negociación individual por cada transacción realizada en cajero, como lo ha admitido el SDC y el TDC en varias ocasiones. Se ha de tener cuenta también que el sistema empleado para determinar la tasa, atendiendo al coste medio por operación en el que incurre el banco adquirente por el servicio solicitado con tarjetas de Sistema 4B en su cajero, incentiva a los bancos adquirentes a reducir sus costes, y en última instancia se reducen los costes globales del sistema. Además, el establecimiento de esta tasa a un puro nivel de costes permite trasladar al usuario los beneficios del sistema. Por ello, resulta evidente, continua la demandante, que el sistema de determinación de las tasas de intercambio intrasistema 4B no tiene efectos restrictivos de la competencia, siendo el

único modo comercialmente viable de llevar a cabo las transacciones con tarjeta entre sus entidades financieras y al haber fijado el nivel de dichas tasas de intercambio en función de los costes de cada transacción. Por ello, entiende que el TDC se equivoca al considerar ese acuerdo como restrictivo de la competencia por cuanto el mismo no tiene ni un objeto ni efectos restrictivos.

Se ha de recordar que esta Sección, en su [redacted] sentencia de 28 de noviembre de 2006 (recurso 25/06 [redacted]), confirmó el acuerdo del TDC de 7 de noviembre de 2005, que resuelve conceder la autorización singular solicitada por Euro 2000 S.A. y Sistema 4B S.A., en relación a un acuerdo por el que se establecen condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las respectivas redes de cajeros automáticos, al amparo del Art. 4 de la ley 16/89 [redacted], por un periodo de un año a contar desde la fecha de la resolución y sujeta a las condiciones que con carácter general establece dicho Art. 4 de la referida ley [redacted], y en particular a la obligación de solicitar autorización al SDC para cualquier revisión al alza de las tasas de intercambio o de las comisiones que se pretenda realizar en aplicación del Art. 5 [redacted] del propio acuerdo que se autoriza. En esta sentencia decíamos, entre otras cosas y en relación al referido acuerdo de 7 de noviembre de 2005 [redacted] :

Esta Sala considera que el Acuerdo entre las actoras constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto dos empresas que agrupan a la práctica totalidad del sector bancario y de cajas de ahorro pactan las condiciones comerciales a aplicar en la totalidad del territorio nacional en las operaciones de extracción de efectivo realizadas en cajeros pertenecientes a las redes SISTEMA 4B y EURO 6000 siempre que la entidad emisora de la tarjeta no pertenezca a la misma red de cajeros que la entidad financiera adquirente.

Aún admitiendo que solo la tasa de intercambio única permitiese la interoperatividad, lo que no constituye sino una afirmación carente de prueba en el expediente y los autos, o que solo de este modo se pudiesen recuperar los costes de la prestación (como también se afirma en la demanda) esta Sala considera con la Administración que el hecho de que la práctica totalidad de los operadores del sector entidades de crédito establezca idénticas condiciones comerciales (tasa de intercambio y comisiones) elimina la competencia en este concreto sector de actividad.

Al tiempo, esta Sala comparte el criterio de la Administración y las alegaciones de la actora en el sentido de que el beneficio potencial para el consumidor, centrado en el momento de solicitarse la autorización en la bajada sustancial del importe de dicha comisión y tasa, es evidente, aunque desaparecería caso de que el pacto sostuviera un incremento notable de dichas tasa y comisión.

El presente acuerdo objeto de este recurso es, esencialmente, similar a dicho anterior de 7 de noviembre de 2005, si bien se refiere a otras operaciones a realizar con tarjeta de crédito y débito, y al hilo de lo que allí decíamos se ha de señalar con carácter previo que el artículo 1.1 de la LDC [redacted] prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela. Esto supone, como bien apunta el acto recurrido, la existencia de una bilateralidad o pluralidad de voluntades económicamente independientes. En este caso SISTEMA 4B es una sociedad cuyos accionistas son entidades financieras activas y competidoras en el mercado de crédito y de servicios vinculados, y el que éstas sean independientes de aquella, que tiene personalidad jurídica diferenciada, supone que se

cumple el requisito de pluralidad de partes en ese acuerdo notificado por el SISTEMA 4B.

Coincide también en este caso este Tribunal con el TDC en que la fijación de una tasa de intercambio intersistema como la objeto de autos constituye un claro caso de acuerdo restrictivo de la competencia. Y ello porque, en la línea de lo que decíamos en la citada sentencia pero aplicado al concreto caso de autos, se está hablando de la fijación de una tasa de intercambio intrasistema en que las entidades emisoras de tarjetas de una entidad se obligan a abonar a las entidades adquirentes de la misma red en calidad de pago por cada operación diferente de la extracción de efectivo que sus clientes realicen en los cajeros automáticos de dicha entidad adquirente. Con esta fijación de dicha tasa se sustituyen por un precio mayorista las estrategias unilaterales de las empresas propietarias de los cajeros automáticos, además de que el precio ha sido acordado entre empresas competidoras.

También se ha de coincidir con el TDC en que el hecho de que la TIM no afecte directamente a las relaciones banco-cliente (se habla de acuerdo sólo entre entidades incluso competidoras en ese mercado de crédito y servicios vinculados) no significa que ese acuerdo de fijación de una tasa multilateral por la prestación de un servicio conjunto no sea anticompetitivo. Estamos hablando de un acuerdo entre competidores sobre el precio, pues se trata, se reitera, de un acuerdo multilateral por la prestación de un servicio que las entidades financieras adheridas a un sistema de pago prestan a los titulares de tarjetas de crédito y débito a través de una red de cajeros automáticos de ese sistema. En definitiva, se está realizando un acuerdo de competidores sobre algo trascendental en la competencia como es el precio, por lo que constituye, obviamente, una práctica restrictiva de la competencia del artículo 1.1 de la LDC

Por otro lado, se ha de recordar, y que esta Sala comparte, lo expuesto en su momento por el Consejo de Consumidores y Usuarios, de que el establecimiento de la TIM supone un factor limitador importante a la posible competencia entre las entidades integradas en el sistema 4B, de modo que dicha competencia pueda redundar a favor del usuario, que en caso contrario podría optar por la que la ofreciese mejores condiciones.

CUARTO.- Sentado lo anterior, procede a continuación resolver si procedería en este caso la concesión de la autorización prevista en el artículo 4 de la Ley 16/1989 en los términos solicitados por el recurrente, es decir, que puede beneficiarse de la concesión de la autorización singular prevista en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por el periodo solicitado.

Teniendo en cuenta, como arriba ya se ha expuesto, que el indicado acuerdo es restrictivo de la competencia en los términos del artículo 1.1 de la LDC, procede examinar seguidamente si el mismo merece de la autorización singular al amparo del artículo 4 de esa Ley, por cumplir todos los requisitos de autorización del artículo 3.1 de esa misma norma.

Se ha de recordar que el artículo 1 de la LDC aplicable al caso de autos señala:

Artículo 1

. Conductas prohibidas

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

El artículo 3.1 de esta misma Ley dispone:

1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Finalmente, al artículo 4 de esta misma norma señala:

Artículo 4. Autorizaciones singulares por el Tribunal

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3.

2. La autorización del Tribunal fijará la fecha a partir de la cual será efectiva, sin que pueda dicha fecha ser anterior a la de la solicitud de aquélla. Asimismo, determinará el período de tiempo por el que se otorga y podrá establecer modificaciones, condiciones u obligaciones previa audiencia de los interesados y del Servicio de Defensa de la

Competencia por un plazo común de diez días.

3. La autorización será renovada a petición de los interesados si, a juicio del Tribunal, persisten las circunstancias que la motivaron.

La autorización podrá ser modificada o revocada si se produce un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión.

La autorización podrá ser, asimismo, revocada si sus beneficiarios incumplen las condiciones y obligaciones establecidas por el Tribunal o se comprueba que la concesión se basó en datos relevantes aportados de forma incompleta o inexacta por las partes.

En todos los casos mencionados será preceptiva la audiencia de los interesados y del Servicio.

4. En el supuesto de que tres meses después de la presentación de la solicitud de autorización de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas, el Tribunal no haya notificado ninguna decisión al respecto, las empresas partícipes podrán proceder a su aplicación provisional. Si los acuerdos no fuesen autorizados por el Tribunal, éste fijará en su resolución la fecha a partir de la cual ha de cesar dicha aplicación, sin que se puedan producir efectos retroactivos con respecto al acuerdo notificado por el período de aplicación provisional.

El artículo 14 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, prescribe:

Artículo 14 . Revocación y modificación de autorizaciones singulares

1. Cuando el Tribunal tuviera conocimiento de que los beneficiarios de una autorización incumplen las condiciones, obligaciones o cargas establecidas, o de que la concesión se basó en datos relevantes aportados de forma incompleta o inexacta, o de que se ha producido un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión, dictará resolución que acuerde la incoación de expediente de revocación o modificación.

2. En el caso de que las modificaciones sean meramente formales o sin trascendencia, el Tribunal podrá dictar, si procede, resolución que modifique la autorización primitiva.

3. Acordada la incoación de expediente de revocación, el Tribunal podrá, a propuesta del Servicio, decidir, como medida cautelar, la revocación provisional de la autorización, en las condiciones y con las garantías establecidas en el artículo 45 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

4. Recibida la resolución del Tribunal, el Servicio realizará la instrucción que sea necesaria para la fijación de los hechos que fundamenten la revocación o modificación de la autorización, hechos que concretará y calificará en un informe propuesta que elevará al Tribunal en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de la resolución del Tribunal que acordó la incoación del expediente.

5. El Tribunal, recibida la propuesta del Servicio, decidirá en el plazo de cinco días su admisión a trámite o su devolución al Servicio para la práctica de nuevas diligencias, que podrán ser completadas con las que éste considere pertinentes, dentro siempre del plazo señalado por el Tribunal.

6. Decidida la admisión a trámite y nombrado ponente, el Tribunal oirá a los interesados y al Servicio, conjunta o separadamente, las veces que considere necesarias, podrá practicar prueba y dictará resolución que será notificada a los interesados en el plazo máximo de seis meses a contar desde el día siguiente al de la resolución del Tribunal que acordó la incoación del expediente.

La resolución recurrida, tras hacer una aparente valoración positiva sobre el cumplimiento por el acuerdo notificado de los requisitos de autorización del artículo 3.1 de la LDC , sin embargo señala que, dado que el objeto de la solicitud no es tanto el nivel de las TIM concretas que se notifican como el de una metodología para el cálculo de dichas tasas a lo largo del tiempo, resulta indispensable conocer "El estudio de costes" completo que desarrolle dicha metodología, y como la interesada no lo ha aportado, concluye que no dispone de información suficiente para valorar el sistema utilizado para determinar la tasa de intercambio cuya autorización se solicita.

Tras una serie de trámites y dar audiencia al la interesada, que presentó un nuevo Estudio de Costes, el TDC efectúa una amplia exposición en sus fundamentos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, refiriéndose incluso a posiciones de economistas y experiencias en otros países, concluyendo que a la hora de valorar el cumplimiento del artículo 3.1 de la LDC necesita saber si el mecanismo propuesto en el acuerdo notificado genera eficiencias al sistema actual, si los consumidores pueden participar en esas mayores eficiencias, si éste es indispensable para generar dichas eficiencias, y si las partes implicadas no pueden a través del acuerdo eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos o servicios.

Añade el TDC que el sistema TIM supone, frente al de una tasa interbancaria bilateral, mayores eficiencias por el ahorro de costes de transacción, aunque es un acuerdo restrictivo, y si se demostrasen los resultados del modelo Donze y Dubec (2005), la TIM estaría siendo utilizada como mecanismo colusivo que reduce la competencia en el mercado de los depósitos bancarios. En el caso de que el sistema de comisión cobrada por el emisor y el recargo cobrado por el adquirente generase una asignación tanto o más eficiente de distribución de cajeros, la TIM no cumpliría el art.3 de la LDC , puesto que habría otros mecanismos menos o nada restrictivos.

En definitiva, el TDC considera que todo lo anterior no permite concluir que la TIM cumpla con los requisitos del artículo 3.1 de la LDC , ni tampoco en el presente caso, en que los estudios de costes no son concluyentes. Por ello, entiende que sólo un análisis más profundo de los efectos que uno y otro modelo tendrán en el mercado español, haciendo uso de la información recopilada por el Banco de España, conjuntamente con los modelos más adaptados a la realidad de nuestro mercado, podrían poner de manifiesto los efectos de unos y otros sistemas, y ser entonces valorados desde la perspectiva de la competencia y/o de la regulación.

Añade el TDC que en el supuesto caso de que la TIM es un mecanismo de gestión de redes compartidas de cajeros que, no obstante incumplir el artículo 1.1 de

la LDC , cumpliéndose los requisitos del artículo 3.1 de esa misma Ley , habría que resolver la cuestión del incremento en el nivel de precios propuesta por la actora en relación con la TIM por operaciones distintas de la extracción de efectivo, ya que ésta última considera que se ajusta a los costes tal como solicitaba el TDC en su anterior resolución de 7 de noviembre de 2005.

Si embargo, el TDC entiende que no nos encontramos en la misma situación porque en esa anterior solicitud la empresa notificante presentaba estudio de costes, como ahora, y manifestaba que la TIM propuesta se ajustaba a los costes reales, como ahora, y además en aquella solicitud se planteaba una reducción del nivel de la TIM de las tarjetas de débito, todo lo contrario que en esta ocasión, donde las TIM propuestas experimentan aumentos y el cobro de TIM en operaciones no gravadas. Concluye el TDC indicando que de aceptar las tasas propuestas, supondría que las TIM con las que habían operado en general las entidades integrantes de la red TELEBANCO 4B desde al menos 1990 eran inferiores a sus costes. Ello no resulta creíble y hace dudar, según el TDC, de los criterios y la cuantificación de costes que se han empleado en dicho estudio. De forma alternativa señala que si las TIM propuestas se ajustan realmente a los costes del sistema y el sistema de pago ha sido capaz de operar satisfactoriamente en el sentido de que esas TIM inferiores a sus costes no han impedido la proliferación de cajeros y su mejora tecnológica, habrá que entender que esas pérdidas no lo son y son una inversión en la lucha por captar clientes en un entorno multiproducto, por lo que habrá que plantearse abandonar la orientación a costes como el mejor sistema para fijar las TIM, a favor de otros sistemas, mas cuando nos encontramos en una situación en que los costes de los recursos necesarios para proveer el servicio muestran continuadas rebajas de precios en los últimos años y resultaría que la orientación a costes estaría llevando a TIM mayores que en ausencia de esta orientación. Por ello, termina resaltando que las actuales TIM resultan preferibles a las propuestas porque cumplen mejor los criterios del artículo 3.1 de la LDC , y en particular su letra a).

La parte recurrente señala que ha existido en este caso un rechazo injustificado por el TDC del estudio de costes presentado por la misma, lo cual pone de manifiesto una absoluta falta de rigor y motivación de la resolución. Además, se debería de haber aceptado la oferta de esa parte de presentar un estudio elaborado por una empresa consultora de reconocido prestigio, que si bien se había realizado en otro expediente, se habría extendido a este, por la clara conexión existente entre los mismos.

También se da por poco motivada para dicha parte la afirmación del TDC relativa a la posibilidad plantear el abandono de la orientación de costes como mecanismo para fijar la tasa de intercambio. En primer lugar, no se puede dar por sentado que la tasa de intercambio (TIM) que actualmente es de aplicación entre entidades adheridas a SISTEMA 4B es y ha sido desde que se estableció inferior a los costes, porque ello no está sustentado por datos objetivos, dado que dicha entidad aportó al TDC un cuadro que reflejaba la evolución de las tasas de intercambio intrasistema e intersistemas para las operaciones de disposición de efectivo y para operaciones distintas de estas en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B desde aproximadamente 1990. Y ello porque el carácter dinámico de ese sistema, con alzas y bajas, impide llegar a esa conclusión. Además, las entidades financieras despliegan una actividad multiproducto en el que, según el momento de que se trate, habrá unas actividades más rentables que otras, que se compensarían entre sí. Por otro lado, España es un mercado todavía incipiente en la utilización de la tarjeta, lo que explica que se haya optado por la reducción de cajeros por cuanto se habrían producido un claro descenso de las tarjetas y de su uso en comercios.

Igualmente, afirma la actora que el TDC no ha tenido en cuenta para deducir sus afirmaciones que últimamente ha habido un aumento de costes de alquiler de espacio, de personal y de vandalismo, y que el coste unitario por operación depende, a su vez, del volumen de operaciones, por lo que una reducción de costes no conlleva necesariamente un menor coste unitario. Tampoco se ha de olvidar que las entidades financieras han comenzado a realizar las inversiones necesarias para adaptar sus parques de cajeros al estándar de la tecnología EMV que exige el nuevo marco SEPA (Single Euro Payments Área) para las tarjetas, lo que ha supuesto un aumento de costes.

Finalmente, indica que dicha parte aportó ante el TDC, el 18 de julio de 2007, un estudio de costes del SISTEMA 4B, cuyo autor se ratificó en el mismo ante esta Sala como prueba pericial, sin que ni el TDC ni ahora la Abogacía del Estado hubieran acreditado de forma objetiva que ese estudio de costes no fuera concluyente como ambos señalan.

En primer lugar, se ha de resaltar que, a tenor de los citados pronunciamientos expuestos de la referida resolución del TDC impugnada, y de las propias alegaciones expuestas por la demandante, en ningún caso se ha producido por parte del TDC un cambio de posición absolutamente inmotivada, pues de esos amplios razonamientos de la demanda expuestos en tal sentido se deduce claramente que la actora ha tenido conocimiento de las razones, también amplias y extensas, como arriba se ha expuesto, que el citado Tribunal ha esgrimido para llegar a las conclusiones ahora impugnadas. Otra cuestión es que no se esté de acuerdo con esas conclusiones y que se pretenda rebatirlas, pero ello nada tiene que ver con una falta de absoluta motivación que suponga concluir que la resolución es arbitraria.

Para esta Sala las alegaciones efectuadas por la recurrente carecen de sustento probatorio pues la prueba pericial practicada, que no se puede entender desde un punto de vista procesal estricto como una pericia, aunque nominalmente se haya admitido en tal sentido, sino como una documental técnica que además ya se aportó en el expediente administrativo y fue objeto de estudio en la resolución recurrida, no aporta, como luego se verá, dato relevante en tal sentido, y en ningún caso ha podido desvirtuar esa presunción de validez de la que goza la resolución del TDC en cuanto acto administrativo (artículo 57 de la Ley 30/1992).

Al hilo de lo anteriormente expuesto, se ha de señalar que el informe de costes emitido por D. Hipolito se aportó en su momento por la recurrente en el expediente administrativo que culminó con la resolución del TDC objeto de este procedimiento y su autor lo ratificó ante esta Sala. Como prueba pericial se solicitó por la actora el sometimiento de dicho informe a las preguntas de las partes y así se acordó, efectuando dicho autor de ese informe una breve exposición de su contenido. Sin embargo, como arriba ya se anticipó, no nos encontramos en este caso, en sentido estricto, con el informe pericial, ya sea de parte o de designación judicial, a que se refieren los artículos 335 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en ambos casos la pericial se ha de efectuar "ad hoc" para la resolución de las cuestiones planteadas en el pleito y con unos criterios de imparcialidad y objetividad en el perito que no sucede en este caso, en el que simplemente el autor de un informe, que se emite por encargo de una de las partes y que se aportó en el expediente administrativo, se ratificó en su contenido ante esta Sala. De ahí también que en dicho acto de ratificación se acordara que no procedían preguntas de las partes, limitándose

el perito a ese mero informe de su contenido.

Pero es que además, y contrariamente a lo expuesto por la recurrente, en este caso el TDC sí valora ese estudio de costes porque, y como arriba se ha expuesto, señala que se aportó el mismo, como ocurrió en la autorización singular de 7 noviembre de 2005, lo que ocurre es que ahora, y frente a la reducción del nivel de las TIM de las tarjetas de crédito, las TIM aumentan y el cobro de las mismas se produce en operaciones antes no gravadas. Es decir, se produce un hecho diferente que conlleva a que el TDC tenga que adoptar otra decisión, de ahí que a continuación deduzca que de aceptar las tasas propuestas significaría que la TIM con la que ha venido operando esas entidades de dicha red desde al menos 1990 era inferior a los costes. Por ello, a continuación el TDC efectúa una propuesta alternativa que conlleva la conclusión de que habría que abandonar la orientación a costes como el mejor mecanismo para fijar la TIM.

En consecuencia, el TDC ha valorado el contenido de dicho informe, y de ahí que haya, tras esos razonamientos, concluido que las actuales TIM resultan preferibles a las propuestas porque cumplen mejor los criterios recogidos en el artículo 3.1 de la LDC, en particular su letra A), pero en ningún caso está poniendo en duda el contenido de dicho informe de costes y de que el mismo puede concluir con crecimiento de estos costes, sino que, y por lo arriba expuesto, entiende que, si el régimen de autorización singular previsto en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia se mantuviera en vigor con la nueva LDC, dicho Tribunal resolvería no conceder ese incremento de la TIM solicitado, al no encontrar, por lo también arriba expuesto, justificación a esa subida, y otorgaría autorización singular para unas TIM que se aplicasen en el nivel actual durante un año, con el fin de valorar los términos en que la fijación de las TIM orientadas a costes cumplen en su caso los criterios del artículo 3.1 LDC, y caso de que haya dudas sobre su adecuación eficaz a los criterios de dicho precepto legal, se aplicarán métodos alternativos que resulten menos restrictivos o que aseguren en mayor medida el traspaso de eficiencias a los consumidores.

Sin embargo, y como arriba ya se especificó, la recurrente no desvirtúa la citada conclusión de la resolución del TDC recurrida y que a criterio de esta Sala se ajusta plenamente a los referidos preceptos de la LDC aplicables al caso de autos, por lo que la autorización singular en estos términos que luego se concretan en la parte dispositiva de esa resolución se acomoda también a nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, y por todos los razonamientos anteriormente expuestos, en el presente caso no se da ese cambio inmotivado por parte del TDC que haya supuesto a la interesada, como la misma alega, una vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución), ni tampoco vulneración del artículo 54.1 de la Ley 39/1992, incurriendo en arbitrariedad.

QUINTO.- Asimismo, la parte recurrente combate el particular de la resolución recurrida que establece una limitación temporal a dicha autorización singular, es decir, hasta que entre en vigor la Ley 15/2007/, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La recurrente opone que esta limitación es contraria al principio de igualdad porque en dos casos similares sin embargo el TDC no la ha establecido.

El TDC señala que aun cuando la presente autorización singular ha sido presentada y fallada estando en vigor la Ley 16/1989, entiende

que no puede ignorar que la voluntad del legislador de la Ley 15/1007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que sustituirá a la vigente el 1 de septiembre de 2007, ha sido la de suprimir el régimen de autorizaciones singulares en el marco regulador español en materia de defensa de la competencia, pasando a un régimen de autoevaluación de las empresas del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, en consonancia con la normativa comunitaria. Ante este hecho nuevo relevante, el TDC considera que en este momento transitorio no debe proceder a autorizar acuerdos que vayan más allá de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 citada. También añade que esta limitación temporal, sin embargo, no tiene efecto derivado de lo previsto en la Ley 16/1989, que supondría que el acuerdo autorizado pasaría a estar prohibido una vez vencido el plazo concedido, sino que, por el contrario y con independencia de la autorización que ahora se concede, al quedar bajo la vigencia de la nueva LDC el acuerdo seguirá siendo legal, siempre que cumpla las condiciones previstas en su artículo 1.3 (idénticas a las del vigente artículo 3.1 LDC), sin decisión administrativa al respecto y bajo la evaluación de la propia empresa.

Pues bien, esta Sala considera que dicha limitación es ajustada plenamente a Derecho, no debiéndose olvidar las concretas circunstancias de este caso, como son que, al hecho de la inmediata entrada en vigor de la Ley 15/2007 se une que la omisión del adecuado análisis del sector, como arriba se ha expuesto, impide evaluar si concurrían los requisitos necesarios para el otorgamiento de la autorización singular. La parte recurrente no acredita que los dos casos por ella invocados como idénticos cumplan también este último requisito.

Efectivamente, la nueva LCD, la nº 15/2007, sustituye el régimen de autorizaciones singulares por el de autoevaluación por parte de las propias empresas sobre si se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley, por lo que es acorde a Derecho que se fije ese límite en función de la entrada en vigor de la nueva Ley. Pero ello no supone que la referida autorización esté prohibida a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, sino que, al quedar bajo la vigencia de la misma, deberá cumplir los requisitos del artículo 1.3 de la nueva norma, de redacción idéntica al artículo 1.3 de la derogada.

SEXTO.- Finalmente, la recurrente opone que la resolución administrativa carece de lógica, no sigue el criterio establecido por otras autoridades europeas de la competencia y deja el sistema 4B en una absoluta situación de inseguridad jurídica.

Este último motivo ha de decaer por los mismos razonamientos anteriormente expuestos pues se ha de reiterar que dicha autorización singular, dadas las expresadas circunstancias, se ajusta a la normativa de aplicación al caso y arriba expuesta, y la alegación de que la misma no sigue el criterio de otras autoridades europeas es una opinión de parte que en cualquier caso no implica necesariamente que por el TDC se haya vulnerado la normativa vigente, que es lo que en resumidas cuentas ha de valorar esta Sala.

Tampoco se acredita esa inseguridad jurídica alegada, más cuando dicha resolución ahora recurrida fija el citado límite temporal y la nueva LDC establece, como ya se ha expuesto, un nuevo sistema de autoevaluación que sustituye al de autorización singular.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre

costas, conforme a los criterios contenidos en el
Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

artículo 139.1 de la Ley

FALLAMOS

DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por SISTEMA 4B SA, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paz Santamaría Zapata, contra la resolución del TDC de 3 de agosto de 2007, sobre autorización singular, a que se contrae este pleito, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución recurrida por ser conforme a derecho.

No procede expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.