

RESOLUCIÓN (Expt. A 363/07, Tasas Intercambio/EURO 6000)

PLENO

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. María Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 2 de agosto de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal Doña Pilar Sánchez Núñez, ha dictado el siguiente Auto en el expediente A 363/07 (2745/06 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular de EURO 6000, SA, para implementar un “Acuerdo por el que se establece una tasa de intercambio multilateral aplicable entre las entidades participantes de EURO 6000 con ocasión de operaciones de disposición de efectivo u operaciones de otro tipo (en particular, consultas de saldos, consultas de movimientos, operaciones denegadas y operaciones canceladas por el usuario) realizadas con tarjeta de débito o de crédito en los cajeros automáticos adheridos a la red administrada por EURO 6000”.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 12 de diciembre de 2006 tuvo entrada en el Servicio escrito firmado por D. y D., actuando en nombre y representación de EURO 6000, SA, por el que se solicita de aquel que eleve al Tribunal la petición de que se conceda autorización singular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la *ley 16/1987, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (en adelante, LDC), para un Acuerdo por el que se establece una tasa de intercambio multilateral (en adelante, TIM) aplicable entre las entidades participantes de EURO 6000 con ocasión

de operaciones de disposición de efectivo u operaciones de otro tipo (en particular, consultas de saldos, consultas de movimientos, operaciones denegadas y operaciones canceladas por el usuario) realizadas con tarjeta de débito o de crédito en los cajeros automáticos adheridos a la red administrada por EURO 6000.

2. El 15 de diciembre de 2006, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36.4 LDC y en el artículo 7.1 del *Real Decreto 378/03, 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* (en adelante, RD 378/03), el Director General de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la citada solicitud, y la incoación de expediente de autorización singular, quedando registrado con el número 2745/06.

Asimismo, a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.4 LDC y el artículo 7.2 del RD 378/03, se acordó formular nota extracto para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, que se produjo en el núm. 311 de 29 de diciembre de 2006.

Igualmente, con fecha 18 de diciembre de 2006 se solicitó al Instituto Nacional de Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 LDC. Este informe se recibió en el Servicio con fecha 2 de febrero de 2007, y en él éste organismo manifiesta que, a pesar de que la tasa se establezca con carácter máximo, la realidad “denota un alto nivel de acuerdo tácito (o expreso) de mantener dicha tasa en tales términos y evitar la posibilidad de competir item más cuando, como la propia solicitud manifiesta, la articulación de acuerdos bilaterales supone una complicación y costes añadidos que en poco pueden beneficiar a los bancos y cajas integradas en la red.....Estamos convencidos de que la Tasa máxima será la aplicada de facto por todas y cada una de las entidades financieras....”, así mismo manifiesta no conocer el estudio de costes aportado con la solicitud y señala también lo conveniente de conocer si los demás sistemas están aplicando los mismos valores, “aún cuando los costes de explotación y gestión deben diferir de manera necesario en función de la amplitud de la red y del número de usuarios y operaciones...”. También considera este organismo que “la existencia de una TIM de este tipo, limita objetivamente de forma considerable las posibilidades de negociación particular del cliente, usuarios individuales, con su entidad financiera...”, y por todo lo anterior concluye expresando la cautela del Consejo de Consumidores y

Usuarios “ante la concesión de una autorización singular para una práctica que, por su naturaleza, puede ser considerada restrictiva de la competencia y en consecuencia perjudicar a los consumidores titulares de tarjetas, hasta no constatar mediante un estudio de costes, como se desprende del sentido de la propia Resolución Euro 6000/4B, que la mencionada práctica es claramente ventajosa y su efecto beneficioso en los titulares de las tarjetas sin que ello limite su capacidad de elección en el mercado”.

3. Por Providencias de fecha 21 de diciembre de 2006 y de 24 de enero de 2007, el Servicio solicitó de la representación de EURO 6000, SA información adicional, procediendo en ambos casos a la suspensión del cómputo del plazo para remitir el expediente al Tribunal. Requerimientos de información que fueron atendidos por la representación de la mercantil solicitante mediante escritos de 16 de enero y de 5 de febrero de 2007 respectivamente.
4. El 23 de febrero de 2007 el Servicio emitió informe en el que, a parte de otras consideraciones, se manifiesta que

“(…) de acuerdo con la información aportada puede entenderse que la propuesta de EURO 6000 - en la medida en que el sistema de cálculo de la TIM está basado en un estudio de costes realizado por una consultora independiente de prestigio - se ajusta a lo establecido por el Tribunal en su Resolución A-308/01 y, por tanto, resultaría autorizable.

(....)

Aceptado lo anterior, esto es, que el Acuerdo propuesto por EURO 6000 sería autorizable, el Servicio considera conveniente hacer las siguientes puntualizaciones.

a. En primer lugar, la tasa propuesta supone un incremento del [...] % respecto de la actualmente aplicada entre entidades de EURO 6000 para operaciones de retirada de efectivo al pasar de un importe medio de [...] euros a otro de [...] euros.

b. En segundo lugar, la autorización del Acuerdo propuesto llevaría a que la TIM aplicable entre entidades de EURO 6000 [...] euros fuera superior a la que actualmente se aplica para operaciones similares cuando una de las entidades pertenece a dicha red y otra al sistema 4B [...] euros para el mismo tipo de operaciones.

Si bien EURO 6000 ha manifestado su intención de proponer a Sistema 4B un nuevo procedimiento de fijación de la TIM intersistema una vez haya obtenido la valoración favorable para este Acuerdo intrasistema, sería conveniente establecer un “sistema transitorio” hasta que se resuelva esta situación, para evitar la coexistencia simultánea de ambas tasas al nivel que están establecidas actualmente.

c. En tercer lugar, hay que tener, en cuenta que en realidad lo que se está sometiendo a autorización es una “metodología” para calcular la TIM, además de una TIM concreta resultante de aplicar dicha metodología con los costes actuales. En consecuencia, podría ocurrir que las revisiones bianuales previstas, no de las categorías de costes, que ya habrían sido aceptadas, sino de su cuantía arrojen un incremento de la TIM por encima de lo establecido en el presente Acuerdo. El Servicio entiende, por tanto, que debería establecerse algún tipo de umbral o margen por encima del cual no pueda considerarse autorizada la TIM que resulte de la revisión bianual, aún cuando lo haya sido la metodología utilizada para su cálculo.

d. En cuarto lugar, dada la preocupación del Servicio ante la posibilidad de que las comisiones por retirada de efectivo acaben por ser repercutidas al usuario de la tarjeta por partida doble (es decir, tanto por parte del emisor de la tarjeta como de la entidad adquirente), sería conveniente introducir una cláusula al respecto en el Acuerdo notificado que garantice que la entidad adquirente perceptora de la tasa de intercambio intrasistema no pueda establecer recargos o comisiones a los usuarios de sus cajeros con motivo de las operaciones objeto del Acuerdo.”

5. El expediente entró en el Tribunal el 26 de febrero de 2007 y, mediante Auto del Pleno de 22 de marzo de 2007, el Tribunal acordó admitirlo a trámite, nombrar Vocal Ponente, no autorizar la aplicación provisional del acuerdo notificado, y poner de manifiesto el expediente a la interesada para la proposición de pruebas y solicitud de audiencia durante el plazo de 15 días.
6. Por escrito de 13 de abril de 2007, la representación de EURO 6000, SA formuló alegaciones al Informe del Servicio y presentó, como medio de prueba nº 1, certificación de la Vicesecretaria del Consejo de Administración del acuerdo de dicho órgano social de EURO 6000 SA de 7 de noviembre de 2006 por el que se fijan las TIM en la Red EURO 6000 en [...] € para reintegro en efectivo, y en [...] € para consultas de saldo y movimientos. Y, como documento nº 2, acompaña certificación

de la Vicepresidenta del mismo órgano de administración de EURO 6000 SA del acuerdo adoptado el 10 de abril de 2007, por el que "(...) el Consejo de Administración de EURO 6000, SA acuerda modificar su Acuerdo de 7 de noviembre de 2006, introduciendo en el mismo los siguientes dos párrafos:

1. 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 presente acuerdo, dicha entidad no recibirá la tasa de intercambio intrasistema contemplada en este acuerdo.
2. En el caso de que la tasa de intercambio intrasistema contemplada en este acuerdo, tras su examen por las autoridades de defensa de la competencia, comenzase a ser aplicada con anterioridad a la tasa de intercambio intersistemas que, conforme a lo previsto en este acuerdo, sustituya a la tasa de intercambio intersistemas actualmente vigente con Sistema 4B, se prevé un periodo transitorio durante el cual el nivel de la primera no excederá el nivel de la última (situado en [...] euros)."
7. Por Providencia de 18 de julio de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.3 RD 378/03, se convocó a EURO 6000 y al Servicio a una audiencia que se celebró el día 24 siguiente. Por medio de escrito de 27 de julio de 2007, EURO 6000 dio cumplimiento al requerimiento de información formulado por el Tribunal en dicha audiencia.
8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en los Plenos de 26 de julio y 2 de agosto de 2007.
9. Es interesada en el expediente la solicitante EURO 6000, SA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente resolución ha de resolver la solicitud presentada por EURO 6000 al Tribunal para que le sea concedida la autorización singular a que se refiere el artículo 4 de la Ley 16/1989 respecto al contenido del acuerdo firmado el 12 de diciembre por el Presidente del Consejo de Administración de EURO 6000. El acuerdo establece el nivel de la Tasa de Intercambio Multilateral que las entidades miembro de EURO 6000 se aplicarán mutuamente cuando en sus cajeros se realicen operaciones de disposición de efectivo u operaciones de otros tipo realizadas con tarjeta de

débito o de crédito por parte de un titular de tarjeta cuya cuenta bancaria esta abierta en una entidad distinta a la propietaria del cajero, aunque ambas pertenecen a la misma red EURO 6000. El resultado de esta TIM se fija en [...] € por retirada de dinero en efectivo y en [...] para el resto de operaciones distintas de la retirada de efectivo, siendo la diferencia la correspondiente al coste de aprovisionar el cajero automático con fondos. Estas cantidades son el resultado del estudio de costes que una conocida consultora ha realizado sobre la base de los conceptos determinados por la entidad y los importes facilitados por las entidades participantes en la encuesta diseñada para tal fin. Estas cantidades deberán ser abonadas por la entidad emisora de la tarjeta a la entidad adquiriente. Esta cantidad se considera un limite máximo “*de forma que EURO 6000 únicamente podrá modificarla a la baja en el caso de que las circunstancias del mercado lo aconsejen*”, y será de aplicación por defecto, es decir, solo en el caso de que no exista acuerdo bilateral entre las entidades. Cada dos años se realizará una actualización del estudio, y en función de esta se revisarán las TIM adoptadas en el presente acuerdo.

El acuerdo fija la misma TIM para las tarjetas de crédito y de débito ya que según el solicitante la TIM es un precio mayorista que la entidad emisora debe abonar a la entidad adquiriente por el servicio que esta última presta al cliente de la primera, esto es, con la tasa se remunera un servicio de carácter 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. Es por ello, sostiene el solicitante, que la forma en que el banco emisor liquide con su cliente, a debito o a crédito, no afecta en ningún modo al proceso mediante el que el adquiriente presta el servicio al emisor.

Respecto al efecto del acuerdo sobre el comercio comunitario de cara a si la afectación es solo nacional o comunitaria, EURO 6000 considera que si puede afectar al comercio intracomunitario, y por tanto cae en el ámbito de aplicación del artículo 81, toda vez que la fijación de la TIM se aplica a una red que tiene cobertura nacional, y además los acuerdos de EURO 6000, en los que se introduce la TIM, pueden condicionar las decisiones empresariales de entidades financieras respecto a España, tanto en sentido restrictivo como expansivo. No obstante considera el solicitante que el acuerdo presentado es acreedor de la exención prevista en el art.4 de la LDC, y ello en base a las siguientes consideraciones. Primero, que la eventual restricción de la competencia derivada del acuerdo es mínima, y ello por varias razones , como el hecho de que al ser la TIM máxima, las entidades adquirientes tienen incentivos a cobrar TIM por debajo del máximo puesto que como esta TIM se reflejará normalmente en el nivel de la comisión por anticipo que la entidad emisora le cobra a su cliente, si una adquiriente rebaja el nivel de la TIM la comisión que el banco emisor le cobrará al titular será también menor, el

titular se vera así incentivado a usar los cajeros del adquiriente y éste obtendrá ingresos mayores por tasas. Por esta razón existen incentivos en el seno de EURO 6000 para que se establezcan acuerdos bilaterales con TIM inferiores a las del acuerdo. Además, no se producirían efectos sensibles para la competencia dado que el acuerdo sólo afecta a una parte del mercado de referencia, el 2,15% de las operaciones de retirada de efectivo y el 1,93% de las operaciones de otro tipo distintas de la retirada de efectivo. Segundo, EURO 600 cree que la TIM debe considerarse como indispensable para el funcionamiento eficiente de la red, y por tanto sería una restricción accesorio a un acuerdo compatible con las normas de competencia. Tercero, el acuerdo genera eficiencias económicas en el sentido del artículo 3 LDC. Argumenta el solicitante en este sentido que el acuerdo elimina barreras de entrada y permite la expansión de la red para nuevos entrantes, ya que las entidades con redes menores pueden ofrecer a sus clientes el servicio de redes más extensas sin tener que realizar costosas inversiones, lo que mejora la posición competitiva de las entidades de menor dimensión. Como los cajeros conllevan importantes costes fijos, la rentabilidad de estos se logra distribuyendo los costes de los mismos entre un mayor número de usuarios, por tanto, el acuerdo facilita alcanzar las economías de escala que precisan este tipo de inversiones. El solicitante cita como prueba de la bondad de los sistemas de redes españoles el hecho de que España tenga, dentro de la UE, el mayor número de cajeros por habitantes. Esta mayor expansión de la red estaría favoreciendo a su vez la comercialización de bienes y servicios en general. Estas mayores eficiencias se logran además con la reducción de los costes de transacción que supone el paso de los múltiples acuerdos bilaterales requeridos frente a un único acuerdo. También se argumenta que el acuerdo elimina los efectos *free-rider* mencionados por la Office of Fair Trading en su decisión sobre LINK, que conducirían a tasas excesivamente altas si cada entidad participante fuese libre de actuar según sus propios intereses. Cuarto, el acuerdo notificado permitiría a los consumidores y usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, siendo la primera de ellas la obtenida directamente por la mayor competencia que se genera en el nivel minorista y el despliegue de las redes. Adicionalmente estaría la reducción de costes de transacción y eliminación del riesgo de *free-rider*, que incide en unos menores niveles de TIM. Quinto, el acuerdo no estaría imponiendo a las empresas partícipes más restricciones que las indispensables para la consecución de las eficiencias descritas. La indispensabilidad estaría en el hecho de que con el acuerdo se generan más eficiencias que sin el, y para ello de nuevo se argumenta en base a los menores costes de transacción y los mayores niveles de tasas que se generarían por el efecto *free-rider*.

Adicionalmente se contrasta el modelo de TIM frente al modelo alternativo de recargos, que no requiere ningún tipo de acuerdo, señalando que este modelo el titular se enfrenta al recargo que la entidad adquirente le cobra de forma momentánea, y pasamos de tener una relación entre empresas a una relación ocasional entre una empresa y un titular que carece del poder de negociación que la otra empresa si tenía. En el modelo de TIM, las subidas unilaterales de Tasa de intercambio podrían ser contestadas por la otra entidad, mientras que las subidas de recargo no pueden ser contestadas por el titular nada más que dejando de usar, el cajero. A falta de ese poder compensador la probabilidad de que la entidad adquirente pueda subir el recargo es mayor que la probabilidad de que suba la tasa en un modelo de TIM. Más aún, algunas entidades podrían emplear la imposición de recargos altos como una manera de atraer depósitos de los titulares que para evitar pagar altos recargos optarían por irse como clientes al banco adquirente. Por el contrario, la entidad emisora no tiene incentivos a trasladar a su cliente las altas TI que pudiera estar pagando, so pena de correr el riesgo de perderlo como cliente. Por ultimo, señalan los solicitantes que la TIM estaría alineada con los costes medios ponderados de las entidades miembro, lo que además de estar en línea con lo exigido por el TDC en la resolución EURO 6000/4B, minimizaría el posible efecto sobre la competencia que pudiera tener la TIM.

SEGUNDO.- El SDC, tras analizar la presente solicitud emite un informe en el que considera que, en primer lugar, el artículo 81.3 no es de aplicación por cuanto se trata de un acuerdo cuyo ámbito de aplicación es exclusivamente los cajeros de la red EURO 6000 situados en el territorio nacional, y por tanto el uso de tarjetas emitidas en entidades de otros Estados Miembros no estaría afectado por la TIM, que solo se aplica a entidades de la red EURO 6000, tampoco puede considerarse una barrera de entrada a otras entidades comunitarias dado que tan solo afecta al 2% de las operaciones de retirada de efectivo en el conjunto de cajeros nacionales y al 1,93 % en el resto de operaciones.

Respecto a los efectos del acuerdo sometido a autorización el SDC considera que el mismo constituye una práctica prohibida en el artículo 1 LDC, ya que supone la fijación de una tasa intrasistema de carácter máximo y aplicable por defecto, lo que no es sino un acuerdo marco entre las entidades de la red que sirve como orientación, y como el TDC ha señalado reiteradamente *“toda cláusula que establezca una mera orientación en materia de determinación de los precios es contraria a la libre competencia”*.

Respecto a si el acuerdo cumple o no con los requisitos previstos en el artículo 3.1. LDC el SDC hace las siguientes consideraciones. El Acuerdo cumpliría el requisito de mejora de la producción y comercialización de los

servicios al usuario al posibilitar que los clientes de redes de menor envergadura puedan acceder a una red de implantación nacional sin tener que realizar las correspondientes inversiones, y al reducir los costes de transacción derivados de la multitud de acuerdos a los que sustituye la TIM. El apartado 3.1.a) considera el SDC que ya el TDC en su resolución EURO 6000/4B, aceptaba que este tipo de acuerdos *“al proporcionar al usuario comodidad y ahorro de tiempo de búsqueda, se le hace partícipe de las ventajas del Acuerdo”*, siempre y cuando la TIM se aproximara a los costes reales de la transacción.

El apartado 3.1.b) requiere que no se le impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos, o dicho de otra manera si el acuerdo logra los objetivos de forma más eficiente que el no acuerdo, y a este respecto el SDC considera que el modelo alternativo del recargo elimina el poder negociador compensatorio entre entidades, al sustituir una relación *“estable”* por otra *“ocasional”* y por ello desde el punto de vista del beneficio del consumidor es preferible que el adquirente recupere sus costes mediante la tasa de intercambio que mediante el recargo directo al titular de la tarjeta, y en la medida que la orientación se realice en base a sus costes medios, prosigue el SDC, estaría claro su carácter indispensable.

Respecto al requisito establecido en el apartado 3.1.c), el SDC lo considera cumplido ya que la pequeña cuota que representan las operaciones interbancarias intrasistema afectadas respecto del mercado total nacional, 2,15% para retirada de efectivo y 1,93% para el resto de operaciones, no parece participes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. No cabría pues esperar que el Acuerdo respecto a la TIM afecte a otras variables de competencia como son la emisión de tarjetas para operar en cajeros automáticos o el nivel de las comisiones de anticipo. Además, considera el SDC que una vez fijadas las TIM, la forma de competir de las entidades miembro de EURO 6000 es incrementar su eficiencia para su rentabilidad y su competitividad.

También el SDC analiza en su informe los efectos de otros mecanismos alternativos distintos al establecimiento de la TIM, tales como la negociación bilateral de las TI, la inexistencia de acuerdo alguno entre entidades, y el modelo del recargo directo. Ninguno de los tres los considera alternativos desde el punto de vista de eficiencia, bien porque la pérdida de la TIM generaría un incremento de los costes de transacción de los acuerdos bilaterales, bien porque en ausencia de TIM se generaría una discriminación que el banco adquirente realizaría ente sus clientes y los de terceros al tener que recuperar los costes del sistema solo con sus clientes por no poder

repercutírseles a estos últimos puesto que no hay relación comercial alguna con los mismos, bien porque el recargo para sustituir a la TIM provocaría la pérdida del poder compensatorio de negociación entre entidades.

Sobre la alternativa de orientar la TIM al coste incremental que originan estas operaciones interbancarias intrasistema, entendiendo como tal el coste adicional que representa para cada banco dar acceso a sus cajeros a clientes de otras entidades, la respuesta del solicitante, a instancias del SDC, es que este coste sería de tan solo [...] €, y no permitiría a los miembros de la red repartirse tanto los costes fijos como los variables entre todos los usuarios, viéndose obligados cada uno a repercutir sus costes fijos entre sus propios clientes. El SDC considera que no era esa la intención ni del TDC en su resolución EURO 6000 ni la de la OFT en su decisión sobre LINK.

En conclusión el SDC considera que el Acuerdo sería autorizable pero realiza las siguientes puntualizaciones: (1) que la TIM propuesta supone un incremento sobre la actual del [...] %, (2) que la TIM aplicable entre entidades de EURO 6000 sería superior a la que actualmente se aplica cuando la operación se realiza entre entidades de Euro 6000 y de 4B, (3) que lo que realmente se somete a autorización es una metodología para calcular la TIM, y (4) que existe el riesgo de que además de la TIM las entidades emisoras y adquirentes puedan aplicar por la misma transacción comisiones y recargos.

TERCERO.- Ante las puntualizaciones del SDC, EURO 6000 presenta alegaciones ante el TDC donde señala y resalta el carácter de máximo de la TIM, como prueba que siendo [...] € la TIM basada en el estudio de costes, el Acuerdo prevé aplicar una TIM de [...] €. También señala que la actual es [...] € en lugar de [...] € como señala el SDC, y que ésta ni siquiera ha sido actualizada con el IPC. Además señala que el incremento de la propuesta respecto a la existente es intrascendente por cuanto la cuestión esencial es que la propuesta se ajusta al estudio de costes que el TDC indicó en su resolución EURO 6000/4B. Respecto a las diferencias de TIM aplicadas intrasistema e intersistema, manifiestan que la futura TIM intersistema está por calcular, pero adelantan que podría elegirse *“como TIM intersistema el valor correspondiente al coste medio de aquella red que tenga el mayor coste medio en este tipo de operaciones...se garantizaría que la TIM intersistema aplicable no fuera en ningún caso inferior al coste medio de cualquiera de las redes ni, por tanto de las respectivas TIM intrasistema de ambas”*. En cualquier caso, el Consejo de Administración de EURO 6000 de 10 de abril de 2007 ha acordado que en tanto en cuanto no se fije la TIM intersistema, si la TIM intrasistema actual superase a la actual intersistema, transitoriamente no se aplicara su valor, sino el de [...] €. y por último, respecto al temor de aplicar varios cobros a una misma transacción EURO 6000 ha acordado que

aquellas entidades que establezcan recargos o comisiones a los usuarios de sus cajeros no percibirán la TIM.

CUARTO.- Dadas las puntualizaciones realizadas por el SDC y la solicitud de EURO 6000 de ser oída por el TDC, y el interés propio de este Tribunal en aclarar ciertas cuestiones, se convocó audiencia en la que ambas instituciones y una mayoría de miembros del Pleno del TDC estuvieron presentes. Dicha audiencia puntualizó y matizó ciertas cuestiones en el sentido siguiente. En el cálculo de la TIM no se ha incluido el margen del beneficio empresarial. Si hay margen para bajar la TIM, mediante el establecimiento de acuerdos bilaterales, aunque de hecho en el seno de EURO 6000 reconocen que sólo ha habido [...]. La participación máxima empresarial está limitada al [...] % por acuerdo de los accionistas, aunque actualmente está lejos de tener que aplicarse dicha limitación.

Respecto a las declaraciones del solicitante sobre el carácter de máximo que tienen la TIM propuesta, este Tribunal manifiesta que ni las afirmaciones contenidas en la solicitud, como la expresada en el FD Primero, que manifiesta que “EURO 6000 únicamente podrá modificarla a la baja en el caso de que las circunstancias del mercado lo aconseja”, ni la confirmación por la propia EURO 6000 de que solo [...] se han aplicado mutuamente tasa de intercambio inferiores a la máxima, dejan margen para pensar que efectivamente la TIM propuesta no vaya a funcionar como una TIM fija en lugar de máxima. Tampoco los datos aportados, [...] avalan los argumentos esgrimidos por el solicitante sobre los incentivos de las entidades para aplicar tasas menores con el objeto último de captar nuevos clientes. Si realmente tuvieran incentivos a reducir las tasas para reducir con ello las comisiones e incentivar al titular a usar los cajeros del adquiriente, no se entendería porque no lo han hecho anteriormente y porque están solicitando el presente acuerdo.

Es por todo lo anterior por lo que el Tribunal no considera que la TIM propuesta en el acuerdo deba ser considerada como máxima, sino más bien como una tasa fija que será aplicada por todos los firmantes del acuerdo.

QUINTO.- Sobre acuerdos notificados que tenían por objeto la determinación o fijación de una TIM intrasistema o intersistemas en las operaciones de pago con tarjeta, el Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones: de 26 de abril de 2000 (Expte. A 264/99, *Tasas de Pago con Tarjeta*); de 9 de julio de 2001 (Expte. A 287/00 *Sistema Euro 6000 CECA*); y resoluciones de 11 de abril de 2005 (Expte A 314/02, *Sistema 4B* y Expte. A 264/99, *Sistema 6000/Visa y 4B*).

En el ámbito de acuerdos relativos a la determinación o fijación de una TIM para operaciones en cajeros automáticos, hasta la fecha el Tribunal sólo se ha pronunciado, en la Resolución de 7 de noviembre de 2005 (Expte. A 308/01 *Euro 6000/4B*, en adelante Resolución EURO 6000/4B), en relación al acuerdo concluido entre EURO 6000, SA y SISTEMA 4B, SA por el que se establecía la concreta tasa interbancaria existente entre ambos sistemas de pago y otras condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de débito en sus redes de cajeros automáticos.

El Tribunal declaraba en dicha resolución que el acuerdo de fijación de TIM intersistema constituía *“un acuerdo restrictivo de la competencia puesto que sustituye las estrategias unilaterales de las empresas propietarias de los cajeros automáticos por un precio mayorista acordado entre sistemas competidores, al tiempo que establece un precio uniforme por transacción al usuario de las tarjetas de débito”*. Con respecto a las condiciones del artículo 3 LDC el TDC estimó que *“el acceso con una tarjeta de débito a todos los cajeros de un sistema distinto al que pertenece el emisor de la tarjeta aumenta la clientela potencial de los cajeros sin necesidad de incurrir en el coste que podría suponer un elevado número de acuerdos bilaterales, por lo que puede admitirse que el Acuerdo mejora la producción y comercialización de servicios, y además, al proporcionar al usuario comodidad y ahorro de tiempo de búsqueda, se le hace partícipe de parte de las ventajas del acuerdo”*, pero señaló que sólo si los precios se aproximaban suficiente a los costes reales del sistema se conseguiría la participación adecuada de los consumidores.

Respecto a los estudios de costes aportados por las partes en dicho expediente, alguno de ellos realizado también por consultora independiente, el TDC tras el estudio de los mismos señaló ciertas peculiaridades de estos estudios, como la gran dispersión de los costes por transacción según las características de los cajeros, o la aportación de datos cuyo origen no se especifica, pero que no obstante al agregarlos sumaban una cantidad parecida a la TIM fijada en el acuerdo. Ante estas peculiaridades y dada la imposibilidad de contrastarlos (debido a que ambos firmantes se negaron mutuamente el acceso a los mismos) o verificarlos, y a pesar de afirmar reiteradamente los firmantes del acuerdo que *“la TIM se ajusta con mucha aproximación a los costes reales”*, el TDC instó a que en futuras solicitudes de este tipo, y dado el carácter restrictivo que la fijación de precios contenida en estos acuerdos conlleva, sería obligado una justificación rigurosa del nivel de los mismos. Y no obstante, puesto que a pesar de la imposibilidad de verificar si la TIM respondía o no a los costes reales del sistema, la nueva TIM suponía una mejora para los consumidores, el TDC decidió de forma muy

cautelar conceder la autorización sólo por un año, e instó no solo a volver a notificar el acuerdo intrasistema, sino también los intrasistema en caso de existir.

SEXTO.- La potestad ejecutiva del Tribunal de conceder autorizaciones singulares tiene como presupuesto que el acuerdo notificado esté incurso en la prohibición del art. 1.1 LDC, como bien subraya el texto del art. 4 LDC.

EURO 6000 considera que el acuerdo notificado afectaría al mercado intracomunitario y que sería de aplicación el 81.3, lo que no es compartido por el SDC, que considera que el ámbito es nacional, tanto por el hecho de que el acuerdo afecta a operaciones realizadas con tarjetas de crédito y de débito exclusivamente emitidas por entidades de la red EURO 6000, cuyos cajeros automáticos están situados en el territorio nacional, como por el hecho de que la TIM propuesta en el acuerdo no se puede considerar como una barrera de entrada a otras entidades financieras comunitarias al sector de servicios de medios de pago a través de la red de cajeros automáticos de España, dado que afecta únicamente a un 2.15 % del total de operaciones de retirada de efectivo en el conjunto de cajeros nacionales, y a un 1.93 % del total del resto de operaciones. El Tribunal comparte esta apreciación, que es coincidente con la mantenida en anteriores resoluciones sobre fijación de tasas de intercambio por acceso a servicios mediante tarjeta de crédito y de débito y, en particular, en la Resolución de 7 de noviembre de 2005. Sólo en el expediente sancionador nº 2475/03 del Servicio, incoado contra SERVIRE, SC, SISTEMA 4B, SA Y EURO 6000, SA por acuerdo de fijación de las tasas de intercambio intersistema por pago de operaciones con tarjeta, concluido mediante acuerdo del Servicio de terminación convencional de 20 de noviembre de 2006, aquél consideró que el acuerdo entraba en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE por tratarse de prácticas que afectaban a los tres sistemas de Medios de Pago operativos en el territorio español y, por tanto, tener repercusiones en el mercado comunitario.

El art. 1.1 LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela. Este concepto de acuerdo colusorio presupone la existencia de bilateralidad o pluralidad de voluntades económicamente independientes. El acuerdo notificado para el que se solicita autorización singular ha sido adoptado por el Consejo de Administración de EURO 6000 por lo que se podría cuestionar la aplicación del art.1.1 LDC por ser el acuerdo fruto de la voluntad unilateral de una sociedad mercantil adoptado por el órgano social competente conforme a lo establecido en sus estatutos sociales. No obstante, EURO 6000 es una sociedad cuyos accionistas son entidades financieras activas y competidoras en el mercado de crédito y de servicios vinculados, que están presentes o representadas en el Consejo de Administración de la notificante, que es el órgano social que

formalmente ha adoptado el acuerdo para el que se solicita la autorización singular. Por ello, siguiendo reiterada jurisprudencia de este Tribunal (Res. de 16.02.2005, Expte. 576/04, *Multiprensa*) se debe concluir que la forma de sociedad mercantil, dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus socios, no es obstáculo para concluir que el acuerdo notificado por EURO 6000 cumple el necesario requisito de pluralidad de partes en su adopción.

EURO 6000 no cuestiona tanto el carácter restrictivo del acuerdo como su escasa capacidad para generar restricciones. El SDC considera evidente que la fijación de una tasa de intercambio intrasistema, que las entidades emisoras de tarjetas de una entidad se obligan a pagar a las entidades adquirentes de la misma red como pago por cada operación de extracción de efectivo que sus clientes realicen en los cajeros automáticos de dicha entidad adquirente, constituye un acuerdo restrictivo de la competencia. Y ello es así porque mediante la fijación de dicha tasa se sustituye por un “precio mayorista” las “estrategias unilaterales” de las empresas propietarias de los cajeros automáticos, a lo que se añade que dicho precio a su vez ha sido acordado entre entidades competidoras.

En este último sentido, el Tribunal ya se ha manifestado en el expediente referido a la fijación de la tasa de intercambio intersistema para retirada de efectivo con tarjeta de débito en los cajeros de las redes EURO 6000 y 4B (Expte. A 308/01), cuyo carácter restrictivo ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de noviembre de 2006. En efecto, el hecho de que la TIM no afecte directamente a las relaciones banco-cliente no excluye por sí que el acuerdo de fijación de una tasa multilateral por la prestación de un servicio conjunto no sea anticompetitivo. Estamos en presencia de un acuerdo multilateral por el que se fija el precio o remuneración máxima a percibir por 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 la red de cajeros automáticos de la red. En definitiva, ante un acuerdo entre competidores sobre el principal factor de competencia: el precio. Esta opinión del Tribunal no es diferente a la sostenida por otras autoridades nacionales de competencia europeas. Así la *Office of Fair Trading* en su Decisión CP/0642/00/S de 16-10-01, en relación con el acuerdo de revisión de las tasas de intercambio que los bancos adheridos a la red LINK de cajeros automáticos se cobran entre sí por el uso de sus respectivos cajeros, consideró que el establecimiento de unas tasas de intercambio fijadas multilateralmente producían efectos adversos sobre la competencia de modos diversos: limitando la capacidad de los bancos miembros de la red para fijar sus políticas de precios; distorsionando el comportamiento de los

miembros de la red con sus propios clientes; reduciendo los incentivos de los miembros para competir por los clientes de sus competidores; etc.

El acuerdo es restrictivo de la competencia y cabe bajo el ámbito de aplicación del art. 1.1 LDC, por lo que procede evaluar si es merecedor de la autorización singular solicitada al amparo del art. 4 LDC, por cumplir todos los requisitos de autorización que establece el art. 3.1 LDC.

SEPTIMO.- La presente resolución debe pues resolverse sobre la base del cumplimiento o no de los requisitos del artículo 3.1 LDC. Para ello el TDC ha revisado no sólo los antecedentes del TDC, sino los antecedentes en materia de fijación de TIM u otros mecanismos en cuanto al funcionamiento de redes compartidas de cajeros automáticos para la extracción de efectivo u otras operaciones, y en general toda aquella información disponible que pudiese contribuir a una mejor resolución de este expediente. En esa labor el TDC no solo ha conocido resoluciones de otras autoridades de competencia ya consideradas con anterioridad, sino nuevos informes de seguimiento, procedimientos de propuesta y consulta, así como un amplio abanico de artículos académicos tanto antiguos como recientes, tanto teóricos como empíricos sobre la misma materia que nos ocupa. En aras a situar este expediente, y su resolución, en un contexto actual y transparente, se ha considerado oportuno detallar a continuación no sólo el mecanismo de funcionamiento de estos sistemas, sino una situación descriptiva de cómo se está trabajando sobre esta materia en otras jurisdicciones, de las distintas posturas que se están debatiendo en la actualidad alrededor de las TIM en la retirada de efectivo de los cajeros, y de las diferentes evidencias teóricas y empíricas aportadas por el ámbito académico.

Bienes y servicios intermedios requeridos para el uso de una red compartida

Es un hecho notable que la introducción del servicio de retirada de efectivo de un cajero automático supuso un claro beneficio tanto para los titulares de depósitos como para los bancos. A los primeros por la facilidad que les supone el acceso a dinero en efectivo en el lugar y en el momento que más les convenga, sin tener que someterse a las rigideces de horario y localización que se derivan del régimen horario en el que operan las sucursales bancarias, y de su distribución espacial. A los segundos por la reducción de costes de proveer el servicio de retirada de efectivo a sus clientes, dado que la posibilidad de operar durante 24 horas 7 días a la semana, desconcentrando y deslocalizando la demanda, junto con la automatización permite dedicar al personal laboral a otros servicios que requieren atención personalizada. De hecho, cuando los bancos comenzaron a desplegar sus redes de cajeros no se aplicaban recargos o comisiones a los

titulares de las tarjetas, debido principalmente a que la retirada de efectivo a través de cajeros era percibido como una manera de ahorrar costes.

Las operaciones básicas necesarias para prestar un servicio de red requiere de una *transferencia electrónica de información de doble dirección*, esto es, desde el cajero hasta la cuenta bancaria del titular de la tarjeta y la respuesta desde esta cuenta al cajero del que se pretende la retirada de efectivo o la información solicitada. Esta transferencia de información requiere a su vez el uso de *servicios de telecomunicaciones*, la existencia de un *sistema informático centralizado*, y la *infraestructura física de cajeros*. Cada una de estas fases implica la existencia de unos costes, algunos de ellos necesariamente compartidos y el resto propios de cada entidad.

Financiación de estos servicios

Los mecanismos de financiación de estos servicios implican la existencia de dos tipos de pagos: las denominadas tasas mayoristas que se pagan entre los bancos y las tasas minoristas, que son pagadas por la persona que demanda el servicio final de retirada de efectivo, solicitud de información, u otros servicios de pago o recargo de telefonía móvil. Según el modelo elegido por cada jurisdicción, o cada sistema, éste comprenderá unos u otros tipos de pagos o una combinación de ambos.

Tasas mayoristas

Las tasas de mayorista pueden comprender la existencia de un *pago fijo por adherirse a la red* desligado del número de transacciones, una *tasa de intercambio* y una *tasa de conexión* en cada transacción. En general la *tasa de intercambio* la fija la red con el objeto de compensar a los propietarios por el coste de la operación y el mantenimiento del cajero y darles además un incentivo para seguir desarrollando nuevos cajeros e incorporarlos a la red. (Los niveles de tasas de intercambio por retirada de efectivo en EE.UU en 1996 estaban en los 0.35\$-0.75\$, o algo más si el cajero esta fuera de las sucursales bancarias. En España si bien han variado por sistemas, éstas permanecen constantes a un nivel [...] €/transacción en el sistema EURO 6000 desde 2001 y en el sistema 4B desde, al menos, 1990).

Tasas minoristas

Las tasas minoristas las paga el usuario del servicio y las fija el banco emisor y/o el banco propietario del cajero. Tradicionalmente hay dos tipos, la denominada comisión, que se paga por cada transacción, y la denominada cuota fija (generalmente anual en el caso español). En general esta comisión

sólo se cobra cuando el titular de la tarjeta usa un cajero ajeno (denominada “*foreign fee*”, “*on-other’s*”, o “comisión” en España), aunque podría aplicarse el caso del uso de cajeros propios (la denominada comisión “*on-us*”, aunque pocas entidades la aplican). Existe una tercera categoría dentro de las tasas minoristas que es el denominado recargo, que se aplica a la transacción realizada en cajeros ajenos, la cobra el propietario del cajero y la paga directamente el usuario (de nula o escasa aplicación en España, pero intensamente aplicada en EE.UU).

Diversos Modelos de Funcionamiento

No existe una única forma de funcionamiento de cajeros en red, ni por jurisdicciones, ni a lo largo del tiempo, y prácticamente ninguno ha quedado al margen del análisis de sus respectivas autoridades de competencia. Algunos de ellos han sido además objeto de análisis tanto jurídico como económico, y tanto teórico como empírico. Si bien es cierto que existe una mayor literatura en el análisis de las tasas de intercambio en el contexto de los sistemas de medios de pago que emplean tarjetas de crédito y débito, no es tampoco despreciable la que se ha generado analizando exclusivamente los efectos de los distintos tipos de cargos que se pueden aplicar a la hora de extraer dinero en efectivo de una red de cajeros interconectada.

En EE.UU., el sistema de redes de cajeros para la extracción de dinero de efectivo ha sufrido varios cambios, incluso su aplicación no ha sido homogénea entre Estados. Pero lo más relevante a efectos de nuestro análisis en la presente resolución es el impacto que produjo la resolución de una demanda interpuesta por una entidad propietaria de cajeros contra la norma impuesta por la red a la que pertenecía, consistente en la prohibición de aplicar recargos a los usuarios que sin tener depósitos en su entidad utilizaban los servicios de sus cajeros. Los tribunales consideraron que dicha prohibición suponía una restricción a la competencia y declararon inaplicable dicha prohibición, lo cual originó que en catorce Estados se regulase a favor del levantamiento de la prohibición de cobrar recargos.

En 1998, la Oficina Presupuestaria del Congreso (CBO) hizo público un informe sobre la competencia en el mercado de los cajeros automáticos, en el que concluía que los datos no permitían realizar inferencias de causalidad entre la existencia del recargo y el incremento en la concentración de depósitos, debido a que a la vez que se permitió el recargo se levantaron ciertas restricciones geográficas sobre las instituciones de depósito. No obstante afirmaba que los datos sugerían que la competencia entre las entidades que desarrollaban los cajeros distaba de ser perfecta. El informe

acaba apuntando ciertas opciones regulatorias sobre el recargo o alternativamente sobre la tasa de intercambio.

En Australia, el Banco Central (RBA) y la Autoridad de Competencia (ACCC) conjuntamente abordaron en 1999 el análisis del acceso y las tasas de intercambio en los sistemas de tarjetas de crédito y de débito usados como medios de pago, y de retirada de efectivo en comercios de alguna de las redes. Después de este análisis se implementaron algunas medidas regulatorias, como la fijación de un estándar de las tasas de intercambio a nivel mayorista en los sistemas de pago, con el objetivo de que estas tasas se fijaran de forma transparente y promovieran la eficiencia y la competencia en el sistema de pago australiano. En 2002 el RBA anunció su intención de abrir un proceso de revisión de todos los sistemas de tarjetas de débito y crédito que estaría abierto durante los siguientes cinco años, que sería seguido de un periodo de debate durante 2007, con la intención de finalizar el proceso en 2008. Respecto al sistema de funcionamiento de las redes de cajeros, las autoridades australianas están estudiando las propuestas aportada por distintos colectivos implicados, sin que hasta el momento hayan tomado una decisión, aunque han hecho público que no ven con malos ojos que los propietarios de los cajeros impongan un cobro directo por el uso de los mismos. Esta preferencia ya fue hecha pública por parte de un comité parlamentario en su informe de 2001. La respuesta de la Asociación de banqueros ha ido, sin embargo, por la línea de mantener los acuerdos bilaterales en tasas de intercambio, pero informando al banco central de dichas tasas para que éste pueda a su vez usar la información para facilitar el acceso de terceros. Apoyan el mantenimiento bilateral de los acuerdos con la libertad de que el partícipe que así lo quiera pueda hacer cargos directos negociándolos con los socios con los que intercambia.

En Reino Unido, el Ministerio de Economía y Hacienda acometió la revisión de los servicios bancarios basándose en el denominado Informe Cruickshank de 2000 (*“Competition in UK Banking”*). En dicho informe se describe el sistema de funcionamiento de los cajeros conectados a la red existente en Reino Unido, denominada LINK, y su metodología para fijar los precios mayoristas, que en opinión del informe no ofrecía resultados económicamente eficientes ni en la fijación de los precios mayoristas ni en los minoristas.

En Febrero y Mayo de 2000 LINK llevó a cabo una serie de acuerdos, entre los que se encontraba el establecimiento conjunto de una tasa de intercambio multilateral, que notificó a la Autoridad de Competencia (Office of Fair Trading, OFT) el 13 de abril del 2000 solicitando que el director de la OFT le conceda una Autorización Singular bajo la sección de 4 de la Ley de Competencia. La OFT consideró que el acuerdo notificado, en lo referente a

la fijación de la TIM restringía la competencia entre los miembros de la red LINK, pero que cumplía con los criterios regulados para otorgar la autorización, y procedió a la misma por un período de cinco años.

En mayo de 2003 la OFT publica un estudio de mercado sobre los sistemas de pago. En lo referente a la evolución de la retirada de efectivo se señala que tras la autorización de la OFT en este tema se observa que: el mayor crecimiento de cajeros se ha producido en localizaciones de “conveniencia”, esto es, fuera de las sucursales bancarias, como gasolineras y locales comerciales, que estos cajeros están generalmente gestionados por entidades independientes no bancarias (lo que no podía ocurrir antes del acuerdo presentado ante la OFT), estos cajeros mayoritariamente habían optado por cobrar un recargo directo al usuario y tenían una media de transacciones sustancialmente menor en volúmenes de transacciones que los cajeros situados en sucursales bancarias. En el momento del estudio una cuarta parte de los cajeros habían optado por el recargo directo, pero estaban captando menos de la cuarta parte de las transacciones, la mayoría de las entidades emisoras no cobraban comisiones cuando sus clientes usaban cajeros ajenos y ello había supuesto un crecimiento de las transacciones compartidas, a diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior, en el que existían significativas comisiones en el uso de las transacciones compartidas y se generaban, en consecuencia, pocas transacciones de este tipo. La preocupación de la OFT respecto a la TIM está en la posibilidad de coordinar precios de minoristas, pero en la medida que las entidades han optado por no cobrar una comisión por transacción, sino recuperar sus costes como parte del paquete total de servicios bancarios, este efecto sería muy pequeño.

En el informe mayo de 2005 elaborado por la OFT, ésta pone de manifiesto que si bien los sistemas de pago en Reino Unido han logrado mejoras sustanciales aún persisten problemas de competencia, y que antes de regular en esta materia era su intención darle al sector la oportunidad de resolver estos problemas en el sentido apuntado por el informe de 2000, con el aviso de que si no se llegaba a las soluciones adecuadas el gobierno legislaría en la materia.

En 2006 la OFT publicó el informe elaborado por el grupo de Trabajo de Gobierno y Acceso a la red LINK. En él se destaca el crecimiento de transacciones de retirada de efectivo realizadas en cajeros, casi un 60% en 2004 frente al 48% de 2001), y el 56 % de ellas se realizó en la red LINK en 2004, frente al 39% de 2001. De los 57.900 cajeros existentes en diciembre de 2005, 33.000 eran gratis, casi 14.000 estaban localizados fuera de las sucursales y casi 25.000 aplicaban recargos. El número de cajeros gratis conectados a LINK creció un 10% entre 2001 y 2005 mientras que el número de cajeros que optaron por el sistema de recargo creció más de un 30%. Sin

embargo, el número de transacciones sometidas a recargo fue solo el 4% de toda la retirada de efectivo en cajeros de la red. La mayoría de los cajeros gratuitos están operados por las instituciones financieras, solo unos 1.000 cajeros gratuitos están operados por los independientes.

Algunas evidencias empíricas

Autores como Gowrisankaran y Krainer han hecho público recientemente, en 2006, los resultados de la valoración empírica que supuso, en EE.UU, la supresión de la prohibición del recargo por parte de los cajeros. Desde 1996 a 2001 el número de cajeros se triplicó, mientras que el número medio de transacciones se redujo en un 45%. Los resultados de la estimación econométrica sugieren que la prohibición de aplicar recargos habría supuesto una reducción en el número de cajeros del orden del 12%; un aumento del bienestar del consumidor del 35%; una reducción de los beneficios del productor del 20%; y el mantenimiento constante del beneficio social total. Estos resultados estarían mostrando que los niveles de bienestar total entre regímenes que, aun existiendo la TIM, permiten la existencia del recargo y los que los prohíben serían similares, pero sin embargo habría implicaciones significativas en cuanto al nivel de distribución de rentas, ya que la prohibición de los recargos beneficia al consumidor, aumentando su excedente, a cambio de una reducción en el del productor. Comparando ambos regímenes los autores concluyen que ambos se situarían al mismo nivel en términos de bienestar social, pero que dicho nivel estaría un 17% por debajo del nivel de bienestar máximo.

El modelo más generalizado en Europa, es aquel en el que los clientes pagan una tasa fija a su banco pero no hay una tasa por uso del cajero. En este contexto Donze y Dubec, han planteado en 2005, un modelo que pretende responder a cuestiones como por qué las tasas de intercambio se sitúan muy por encima de los costes medios, cuál es el efecto de fijar colectivamente la tasa de intercambio sobre el nivel que cobran los bancos, y si comparando con el nivel social óptimo el número de cajeros es suficiente o es excesivo. El modelo seguido para dar respuesta a estas preguntas se basa en la fijación de las tasas de forma colectiva, pero en el que los bancos libremente deciden la expansión de sus cajeros y los precios que cobran por su uso. Los consumidores pagan una tasa única por acceder a sus cajeros y a los de la red. Los bancos compiten a la Bertrand fijando el precio en el mercado de depósitos. Para reducir la competencia en los depósitos las empresas coluden fijando altas tasas de intercambio. Si hay un número de bancos suficientes, el resultado es que el número de cajeros excede el nivel socialmente óptimo. El hecho de fijar la tasa colectivamente conduce a que ésta se sitúa en un nivel superior al nivel de costes de procesar las retiradas

de efectivo y no se reduce cuando entran nuevos operadores en el sistema ni cuando caen los costes de provisión de este servicio. La intuición que subyace en estos resultados es que cuando no hay tasas por el uso de los cajeros la red de cajeros supondría un bien público para los titulares de tarjetas. En este contexto los bancos no expanden su red para captar nuevos depósitos, sino para procesar las retiradas de efectivo y recibir una tasa por ello. Si la tasa de intercambio supera el coste marginal de proveer el servicio entonces los bancos tendrán incentivos para proveer el servicio a los titulares ajenos y reducir el nivel de retirada de efectivo que sus clientes realizan de cajeros ajenos. Por lo tanto debe haber un margen positivo de la tasa de intercambio sobre el coste marginal de proveer el servicio para que los bancos tengan incentivo a desplegar la red. Sin embargo, la tasa de intercambio no es sólo una transferencia, sino que puede constituirse en mecanismo colusivo. Para entender porqué observemos qué dos efectos se producirían ante un incremento de los bancos de la tasa de intercambio. Por una parte los bancos competirán por captar operaciones externas y por tanto la competencia se reforzaría, se desplegaría una mayor red, aumentando con ello los costes de la expansión. Por otro lado los bancos estarán menos dispuestos a aceptar depositantes porque las retiradas en cajeros ajenos que realizan inducirían altos flujos de intercambio. En consecuencia la competencia por captar depósitos se reduce, las tasas aumentan y los ingresos de los bancos se incrementan con la tasa de intercambio. Por lo tanto este modelo sostiene que la existencia de la tasa incentiva la expansión de la red con el objeto de aumentar la captación de operaciones sometidas a tasa de intercambio, y por tanto operaciones que generan un ingreso para el banco.

La conclusión a destacar en este modelo es que el mercado de los cajeros y el de captación de depósitos deberían estudiarse conjuntamente, ya que una TI alta fomenta la competencia por la captación de operaciones sujetas a TI pero reduce la competencia por la captación de depósitos, porque los bancos dejarían de captar ingresos por esos nuevos depositantes. El último efecto domina al primero y por tanto la fijación de la TI se constituye como un mecanismo colusivo. El modelo admite que, en ausencia de recargo, la TI debe superar los costes marginales para incentivar a los bancos a expandir sus redes de cajeros, por tanto la existencia de un margen sobre los costes marginales tiene justificación hasta un cierto nivel. Sin embargo, el papel colusivo que juega la TI explica que el nivel de este margen sea en general excesivo y por ello el nivel de la TI y el del tamaño de la red exceden los niveles considerados socialmente óptimos.

Otra serie de estudios sugieren que las TIM implican un margen sustancial sobre el coste medio de proveer el servicio de cajero. En Australia, Gran

Bretaña y EEUU, este margen se acerca al 100%. También se observa que las TIM han permanecido inmóviles durante las últimas dos décadas, a pesar de la reducción de los costes de comunicación y de expansión y de la entrada de nuevos bancos en el mercado de los cajeros. Todo ello lleva a que las autoridades de defensa de la competencia y los economistas manifiesten sus sospechas respecto a la fijación conjunta de las tasas de intercambio.

No obstante, otros economistas sugieren que las tasas de intercambio son necesarias para garantizar el acceso universal a los cajeros y son una transferencia para equilibrar los costes y los beneficios de los bancos emisores de las tarjetas y los propietarios de los cajeros (*Cruickshank report, 2000*).

En EEUU los bancos cobran una tasa a los usuarios que no son sus clientes por usar sus cajeros, y comisiones a sus clientes cuando estos usan cajeros externos. Estos modelos condicionan el comportamiento de bancos y clientes de la forma siguiente: dado que la red no es un bien público, el consumidor elegirá, de entre todos los cajeros localizados a la misma distancia, el de su banco. Los recargos determinan la elección del usuario a la hora de elegir donde colocar sus depósitos, de forma que seleccionará un banco con amplia red de cajeros para evitar tener que pagar recargos. Los recargos fomentan el despliegue de la red incluso si la tasa de intercambio es nula, dado que obtendrán los recargos de los usuarios no clientes. Ahora bien, existe cierta evidencia empírica analizada por algunos autores que muestran que el recargo, incluso sin TI conduce a la sobredimensión de las redes de cajeros. La intuición que subyace en estas evidencias empíricas es que los bancos expanden sus redes para captar los depósitos de aquellos usuarios que ven que los servicios bancarios de sus bancos son poco atractivos, ya que al no disponer de muchos cajeros propios se ven obligados a usar los ajenos y pagar por ellos. Así hay incentivos a subir el nivel de recargo para desincentivar a los usuarios de mantener sus depósitos en entidades de pequeña oferta de cajeros. Por ello los grandes bancos captan clientes a costa de los bancos pequeños, y por tanto el recargo estaría consolidando el poder de mercado de los grandes bancos. En este modelo el recargo estaría sobredimensionando la red de cajeros.

Otro modelo estudiado por Croft and Spencer (2004) analiza la existencia de comisiones con tasas de intercambio, y posibilidades de recargo. Estudian el caso de un mercado con dos bancos de igual tamaño en la flota de cajeros, fijadas exógenamente, y los resultados entre cobrar o no el recargo. El resultado es que las comisiones sirven para maximizar el beneficio conjunto cuando las tasas de intercambio se fijan a nivel de los costes marginales y no se aplican recargos.

OCTAVO.- Aunque este Tribunal es consciente de que no hay dos sistemas de funcionamiento exactamente iguales, que la estructura de la oferta y el grado de madurez de los mercados no es homogéneo entre países, y que las expectativas de los distintos agentes afectados o los objetivos regulatorios tampoco tienen porque coincidir entre distintas jurisdicciones, el análisis retrospectivo y comparativo realizado ha puesto de manifiesto cuestiones importantes a tener presentes a la hora de resolver la presente solicitud de autorización. Y entre ellas merece destacar que si bien los cajeros automáticos nacieron con la función de facilitar efectivo a los clientes de los bancos, poco a poco han ido incorporando múltiples funciones, hasta el punto que actualmente parte de ellas son la compra de otros servicios donde el proveedor es un tercero, como por ejemplo la recarga de los teléfonos móviles o la compra de entradas de diversos acontecimientos deportivos o culturales. Todos ellos se usarán tanto mas cuantas más tarjetas emitidas haya en circulación, y a la hora de revisar los incentivos para expandir cajeros y establecer nuevas TIM hay que incorporar esta nueva dimensión de ofertas de los cajeros.

Así mismo, es preciso delimitar el mercado del acceso a los servicios ofrecidos por los cajeros automáticos de forma claramente diferenciada del mercado de los sistemas de pago, tal y como sostienen otras autoridades de competencia, como la irlandesa, que en su informe de septiembre de 2005 (*“Competition in the (non-investment) banking sector in Ireland”*) se insiste en que las redes de cajeros automáticos son por su propia naturaleza diferentes de otros sistemas de pago, y ello porque los cajeros pueden ser usados no sólo como medios de pago sino como instrumento competitivo, ya que las decisiones sobre su localización y funcionamiento forman parte de la estrategia competitiva de los bancos, conduciéndoles a una mayor innovación que en última instancia beneficia al consumidor. Esta distinción es importante por varias razones, y entre ellas interesa destacar aquí el hecho de que algunos de los supuestos (asimetría de costes, mercados bilaterales de demanda o elasticidades precio muy distintas entre el consumidor y el comercio) que sustentan la mayor eficiencia que supone el establecimiento de una TIM en el uso de las tarjetas como medios de pago, no necesariamente se cumplen, o ni siquiera existen, en este mercado de acceso a los servicios de cajeros automáticos.

La complejidad y las importantes implicaciones que tiene la propia existencia de las TIM y su nivel queda puesto de manifiesto al constatar como las autoridades de competencia, los ministerios de economía y hacienda, y los bancos centrales de algunos países llevan años en un proceso abierto sobre la pertinencia o no de regular, y cómo regular, estas actividades. Este es el caso de Australia, que ha entrado en la vía de buscar soluciones regulatorias,

en colaboración con los sectores afectados, o de Reino Unido que está instando a los sectores afectados para que aporten soluciones que fomenten la competencia, aunque no descarta que si no se logra por esta vía las autoridades terminen regulando el sector.

Por parte de la literatura económica se observa que la abundante investigación realizada en los últimos años, junto con la posibilidad de aplicar análisis empírico, está intensificando el conocimiento de mercados, y arrojando evidencias de que los sistemas llevados a cabo por distintas jurisdicciones podrían haber conducido a que los niveles de desarrollo de las redes de cajeros sean superiores a los deseables desde la perspectiva del óptimo social, o que los distintos modelos pueden suponer una distribución de rentas entre consumidores y entidades.

La realidad en el caso que nos ocupa es que no existe, o al menos no le consta a este Tribunal, información pormenorizada sobre la evolución de este sector ni sobre los efectos que sus acuerdos, o las resoluciones anteriores del Tribunal hayan podido tener. Tampoco se ha considerado, al menos hasta ahora, la necesidad de abrir un debate sobre estas cuestiones, por lo que la información real disponible sobre este mercado en España, y su análisis desde el punto de vista de competencia, se limita a los datos agregados que el Banco de España elabora con carácter anual, y a unos cuantos artículos de distintos autores, mayoritariamente sobre los sistemas de pago y no precisamente aplicados al caso español.

NOVENO.- El Tribunal, teniendo en cuenta todo lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho considera que el acuerdo notificado y sobre el que se solicita autorización singular es, como ya ha manifestado en anteriores resoluciones un acuerdo prohibido por el artículo 1. Respecto al cumplimiento de los requisitos del artículo 3, el Tribunal comparte la idea generalizada de que los efectos positivos de la introducción del servicio de cajeros en el sistema bancario se vio multiplicada cuando los bancos observaron que sin tener que invertir en un mayor desarrollo de la red de cajeros los titulares de depósitos podían ver aumentada la oferta de este servicio, mediante el acceso a cajeros que no pertenecen a la entidad en la que el usuario tiene sus depósitos, y los propietarios del cajero podían aumentar sus ingresos ofreciendo su red a titulares de depósitos de otras entidades. Así comenzó la creación de redes, sin que inicialmente los titulares de tarjetas tuvieran que pagar por el uso de los cajeros de otros miembros de la red. Idéntico beneficio se generaba cuando el servicio prestado era el acceso a información sobre las cuentas de los titulares u otros servicios como la realización de transferencias o recargas de teléfonos móviles.

Por lo tanto es evidente, como ya señaló el Tribunal en resoluciones anteriores que un acuerdo para compartir redes y ofrecer así un mayor servicio a los titulares sin tener que acometer las inversiones individualizadamente mejora la producción y la comercialización de servicios y es susceptible de ahorrar costes de transacción al usuario, lo que permitiría la participación de éste en las ventajas del acuerdo.

No obstante, este efecto multiplicador requiere que las distintas entidades financieras propietarias de cajeros establezcan cuales son las reglas de funcionamiento sobre las que basar esa puesta en común que permita compartir sus redes, por ello surgen los acuerdos en los que es preciso determinar las reglas de funcionamiento y el régimen económico sobre el que basar esta colaboración. El desarrollo y funcionamiento de estas redes implica la existencia de unos costes, de lo que se deriva la existencia de algún tipo de tarifa para operar, y a diferencia del uso de tarjetas como medio de pago, en estos esquemas es el banco emisor quien debe pagar una tasa al banco propietario del cajero que presta los costes del servicio. Las posibilidades respecto al régimen económico que afecta al usuario, al propietario del cajero y a la entidad donde el depósito del usuario está localizado son, obviamente, diversas. El nivel final del precio que se determine para estos servicios, así como el nivel de reparto de esos ingresos entre los dos proveedores implicados en el servicio determinará la demanda que el usuario final realice y la extensión que dichas redes alcancen. Así, en función del régimen de funcionamiento, del sistema de recaudación y del sistema de reparto de costes que se implemente tendremos sistemas más o menos eficientes y más o menos restrictivos de la competencia.

La consecuencia es que a la hora de valorar el cumplimiento de los requisitos del artículo 3 LDC, necesitamos saber si el mecanismo propuesto en el Acuerdo genera eficiencias frente al sistema actual, si los consumidores pueden participar de 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 prestados por ellas.

El sistema de TIM supone, frente al de TI 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) señalados en el FD anterior, la TIM estaría siendo utilizada como un mecanismo colusivo que reduce la competencia en el mercado de los depósitos bancarios. De ser así no podríamos decir que el acuerdo cumple con el requisito del 3.1.c).

En el caso de que el sistema de comisión cobrada por el emisor y el de recargo cobrado por el adquirente generase una asignación tanto o más

eficiente de distribución de cajeros, la TIM no cumpliría el artículo 3.1.b), toda vez que el Acuerdo no sería indispensable para generar mayores o idénticas eficiencias puesto que habría otros mecanismos menos o nada restrictivos.

Todo lo anterior no permite concluir que con carácter general la TIM cumpla con los requisitos del artículo 3 LDC, ni tampoco en el presente caso, en el que los estudios de costes no son concluyentes. El Tribunal considera que sólo un análisis más profundo de los efectos que uno y otro modelo tendrían 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.

DECIMO.- De confirmarse que la TIM es un mecanismo de gestión de redes compartidas de cajeros que a pesar de incumplir el artículo 1 LDC cumpliera los requisitos del artículo 3 LDC, quedaría por resolver la cuestión del incremento en el nivel de precios propuesto por EURO 6000. El SDC apunta que este nuevo nivel de la tasa supone un incremento de los niveles existentes, a lo que EURO 6000 responde que eso no es lo relevante, porque lo relevante es si el nuevo nivel sí que se ajusta a costes como solicitaba el TDC. En este punto el TDC debe discrepar de la interpretación que el solicitante le da a la resolución del TDC de 7 de noviembre de 2005, ya que en dicha solicitud el solicitante presentaba estudio de costes elaborado por consultor independiente, como ahora, 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, que supondría una subida para las tarjetas de débito en la retirada de efectivo y en el uso de otras operaciones distintas. De aceptar los nuevos niveles de tasas propuestas, significaría que las TIM con las que han venido operando el solicitante desde al menos el año 2001 han sido persistentemente inferiores a sus costes. Esta es una conclusión que en absoluto resulta creíble, y que hace dudar de los criterios y la cuantificación de costes que se han empleado en el estudio presente.

Alternativamente, si las TIM propuestas se ajustan realmente a los costes del sistema, y a la vez los sistemas han sido capaces 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, debería entonces interpretarse que las pérdidas en las que han incurrido al aplicar TIM inferiores a los costes, han sido no tanto pérdidas como nuevas inversiones en la lucha competitiva por captar clientes en un entorno multiproducto. En este caso, deberíamos plantearnos el abandono de la

orientación a costes como el mejor mecanismo para fijar las TIM, a favor de otros sistemas, máxime teniendo en cuenta que en una situación en la que los costes de los insumos necesarios para proveer el servicio muestran continuadas rebajas de precios durante los últimos años, (y son según el solicitante la parte principal del coste total) resultaría que la orientación a costes estaría llevando a TIM mayores que en ausencia de esta orientación.

En definitiva, las actuales TIM resultan preferibles a las propuestas porque cumplen mejor los criterios recogidos en el artículo 3.1. y en particular su letra a).

UNDECIMO.- Tras lo manifestado en los FD noveno y décimo, y si el régimen de autorización singular previsto en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia se mantuviera en vigor, el Tribunal resolvería no conceder el incremento de la TIM solicitado al Tribunal, por no encontrar justificación a dicha subida, y otorgaría autorización singular para una TIM que se aplicase a las tarjetas de débito y crédito en el nivel actual de [...] € durante un año, y una tasa de intercambio de [...] € para el resto de operaciones, igualmente por un año. Y ello con el objeto de valorar los términos en que la fijación de las TIM orientadas a costes cumplen en su caso los criterios del artículo 3.1. y caso de que haya dudas sobre su adecuación eficaz a los criterios del 1.3, si hay métodos alternativos que resulten menos restrictivos o que aseguren en mayor medida el traspaso de eficiencias a los consumidores.

Pero aun cuando esta solicitud de autorización singular ha sido presentada y fallada estando en vigor la Ley 16/1989, este Tribunal no puede ignorar que la voluntad del legislador de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que sustituirá a la vigente en el momento de su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 (BOE nº 159, de 4 de julio), ha sido la de suprimir el régimen de autorizaciones singulares del marco regulatorio 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 Tribunal 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.

Esta limitación temporal, sin embargo, no tiene el 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 Ley 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.

Vistos los preceptos citados y los demás de aplicación general, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Se autoriza a EURO 6000, SA para que las entidades participantes en ella puedan fijar una tasa de intercambio multilateral para las operaciones descritas en su solicitud de autorización, es decir, para la retirada de efectivo con tarjetas de débito y crédito en cajeros pertenecientes a la red EURO 6000 y para el resto de servicios ofertados en los cajeros distintos de la retirada de efectivo, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 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. Las condiciones de aplicación incluirán los Acuerdos adoptados por el Consejo de Administración del 10 de abril de 2007.

SEGUNDO.- No se autoriza el nivel de la tasa de intercambio propuesta por el solicitante de acuerdo con lo expresado en los Fundamentos de derecho noveno y décimo.

TERCERO.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole constar que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de la presente Resolución.