

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 542/02, Transportes Pamplona 2)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 27 de febrero de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso R 542/02 interpuesto por Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito y Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito, contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio), de 14 de octubre de 2002, de sobreseimiento del expediente sancionador 1942/99, instruido, por denuncia de las Cajas citadas, a la entidad titular del transporte público de Pamplona, Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona y a las dos entidades de crédito Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona (ahora Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra), por una conducta supuestamente transgresora de los arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en suscribir entre las tres un acuerdo que otorgó la exclusiva para el pago de las tarifas reducidas de transporte público en Pamplona a la tarjeta monedero emitida sólo por las dos entidades de crédito denunciadas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 29 de enero y 10 de marzo de 1999 se recibieron en la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia dos escritos de denuncia, presentados por D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa

de Crédito (CRN), contra la Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona (COTUP), Caja de Ahorros de Navarra (CAN), Caja de Ahorros Municipal de Pamplona (CAMP) y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, por prácticas presuntamente prohibidas por la LDC consistentes en:

- 1.1. La suscripción de un acuerdo, contrario al artículo 1 LDC, entre COTUP y las dos Cajas denunciadas, con el apoyo y autorización del Ayuntamiento de Pamplona, por el que el sistema de pago del transporte urbano de la ciudad de Pamplona, en su modalidad de tarifa reducida, sería únicamente posible, a partir del 1 de febrero de 1998, a través de la tarjeta chip Euro-6000, emitida exclusivamente por las mencionadas Cajas, lo que suponía la exclusión del resto de las entidades, el reparto de mercado entre las Cajas denunciadas y una discriminación de las entidades excluidas.
- 1.2. Como resultado de la exclusión del resto de entidades financieras del sistema de pago, creado por dicho acuerdo, se derivaría la existencia de un abuso de posición de dominio concertado, por parte de COTUP y las Cajas denunciadas, contrario al artículo 6 LDC, al colocar al resto de entidades en condiciones desventajosas respecto de las Cajas denunciadas, por cuanto las excluidas no podían expender tarjetas bonificadas.
- 1.3. La exclusividad en la emisión de las tarjetas y la recarga exclusiva de las mismas en las oficinas comerciales de la CAN y CAMP, para poder beneficiarse de los descuentos en las tarifas, supondría un acto de competencia desleal contra el resto de entidades financieras que infringiría el art. 7 LDC, por inducción a la ruptura contractual de los clientes con las entidades marginadas.
2. Con fecha 5 de abril de 1999 se recibió en el Servicio escrito de denuncia de D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de Caja Laboral Popular (CLP), contra COTUP, CAN y CAMP, por los mismos hechos.
3. El Servicio sobreseyó por primera vez el expediente mediante Acuerdo de 3 de octubre de 2000. En dicho Acuerdo se señalaba:

“ARTÍCULO 1 DE LA LDC:

-----  
-----

*En cuanto a la denuncia de un posible reparto del mercado de medios de pago en el transporte urbano de Pamplona, de nuevo hay que considerar que no es ésta una figura aplicable al acuerdo objeto de este acuerdo de archivo. A través de este acuerdo, Cotup acuerda con las dos Cajas de*

*Ahorro denunciadas el establecimiento y gestión del nuevo sistema de pago en el transporte urbano, a cambio de la utilización exclusiva de la tarjeta Euro-6000 en la modalidad de pago bonificado como contraprestación al esfuerzo inversor necesario para poner en marcha el nuevo sistema de pago.*

ARTÍCULO 6 DE LA LDC:

-----  
-----

*El presunto abuso de posición de dominio hay que valorarlo en sus efectos tanto sobre los consumidores como sobre el nivel de competencia del mercado. En lo que respecta al mercado relevante directo (medios de pago en el transporte urbano) como al indirecto (tarjetas monedero de uso general), la posición de los consumidores no se ha visto perjudicada. Es más, se benefician de la instalación y utilización de un nuevo medio de pago para el transporte urbano más eficiente, y de la difusión amplia de un nuevo medio de pago para las transacciones generales como es la tarjeta monedero general; una difusión que además puede actuar como condición necesaria para que los establecimientos comerciales dispongan la posibilidad de su utilización generalizada.*

*Por último, es necesario subrayar que el mercado relevante en el que las denunciadas ven afectados sus intereses, como consecuencia del acuerdo entre Cotup y las dos Cajas denunciadas, es, principalmente, el de las tarjetas monedero. Y en este mercado, y por las razones ya expuestas en la Propuesta de Sobreseimiento, no hay indicios de que las condiciones de competencia puedan ser distorsionadas. De hecho, y como recordábamos entonces, la propia actuación de Caja Rural de Navarra y Caja Laboral Popular al llegar a un acuerdo con La Montañesa para la instalación del sistema de pago con tarjeta monedero en el ámbito de actuación de La Montañesa, muestra cómo las posibilidades de competencia entre tarjetas monedero se mantenían y se mantienen abiertas.*

ARTÍCULO 7 DE LA LDC:

*Como ya establecieron las denunciadas en su escrito de denuncia original y posteriores alegaciones, se habrían producido las siguientes infracciones a la Ley de Competencia Desleal 3/91 en sus artículos 8º, 14º y 15º, que, por afectar a la libre competencia en el mercado, entrarían bajo el ámbito de aplicación de la LDC:*

- 1. Al usuario se le obliga a adquirir la prestación principal de las entidades denunciadas, la tarjeta Euro-6000.*

2. *Lleva a la terminación de las relaciones contractuales y comerciales entre las Cajas denunciadas y sus clientes.*
3. *El acuerdo tiene la consideración de desleal por contener infracciones a normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial.*

*Tal y como defendía la Propuesta de Sobreseimiento de este Servicio en lo que respecta a las presuntas infracciones a la LCD en sus artículos 8º y 15º, no se producen dichos actos desleales, puesto que, en primer lugar, no existe la imposición de adquirir una prestación principal al ser la distribución de la tarjeta Euro-6000 gratuita y universal, y no existe infracción al artículo 15º al no existir vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia.*

*En lo que respecta a la infracción del artículo 14º, tampoco existe base alguna para considerar que el acuerdo entre Cotup y las dos Cajas denunciadas induzca a los clientes de Caja Rural de Navarra y Caja Laboral Popular a finalizar su relación comercial con estas entidades.”*

4. Recurrido dicho Acuerdo, por Resolución de 31 de mayo de 2001 (Expte. R 455/00 Transportes Pamplona) el Tribunal estimó parcialmente el recurso y resolvió:

**“Segundo.-** *Estimar parcialmente el antedicho recurso contra el mencionado Acuerdo del Servicio, en lo referente al sobreseimiento de la transgresión por las entidades denunciadas de los arts. 1 y 6 LDC.*

**Tercero.-** *Ordenar al Servicio que continúe el expediente presentando los siguientes cargos: a) Contra Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona, Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona: conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en acuerdo que puede tener el efecto de impedir la competencia en el mercado de sistemas electrónicos de pago del transporte público en la ciudad de Pamplona y, simultáneamente, de falsear la competencia en el mercado de servicios financieros de la misma plaza; b) Contra Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona: conducta prohibida por el art. 6 LDC, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de transporte público en la ciudad de Pamplona mediante la discriminación de sus suministros sin justificación objetiva, al haber concedido indebidamente la exclusiva para el pago de las tarifas reducidas del transporte público de Pamplona a la tarjeta monedero de Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona”.*

5. Con fecha 20 de mayo de 2002 el Servicio emitió Informe-Propuesta en el que se señalaba:

*“A la vista de lo ordenado por el TDC cabe concluir que, en el presente expediente, existen suficientes datos, tal y como se deduce del hecho de que en la resolución de referencia el TDC enumere los cargos concretos a imputar a cada uno de los denunciados, por lo que podría haber optado por: 1) considerar la estimación del recurso como la admisión a trámite del expediente ante el Tribunal, siguiendo el procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 y siguientes, tal y como ya hizo en la Resolución de 22 de marzo de 1991, A 8/90; 2) haber interesado del Servicio la investigación de los hechos y la redacción del correspondiente Informe-propuesta al que hace referencia el artículo 37.3 de la LDC, sistema sobre el que la Audiencia Nacional se manifiesta favorablemente en la Sentencia antes referida.*

*.- En conclusión, dado que en el presente expediente, por un lado, los hechos han sido reconocidos por las partes y existen numerosas pruebas y documentos que corroboran su aplicación, y, por otro, la propia Resolución indica qué cargos hay que formular y la responsabilidad de los mismos, este Servicio entiende que no procede realizar ninguna investigación más al tratarse de prácticas suficientemente probadas y calificadas, en todo caso, erróneamente por el Servicio.*

*El que el Servicio no haya formulado Pliego de Concreción de Hechos, no constituye infracción de derecho fundamental alguno de los imputados ya que conocen la acusación (los diferentes escritos de denuncia, respecto de los que han presentado distintas alegaciones a lo largo de la tramitación del expediente ante el Servicio, así como, en el procedimiento de recurso) y las imputaciones a las que hace referencia el TDC en su Resolución, pudiendo defenderse y alegar lo que consideren más oportuno para la defensa de sus intereses ante el propio TDC.*

*Por todo lo manifestado, el Servicio ha procedido a la redacción del presente Informe propuesta en el que se han tenido en consideración: las conductas observadas, los antecedentes, los supuestos autores y responsables, los efectos en el mercado y la calificación que le merecen, reiterándose en los criterios aplicados tanto en la propuesta como en el Acuerdo de sobreseimiento, de manera que el TDC pueda proceder, en el marco de sus funciones, a determinar las consecuencias jurídicas que estime oportunas y por tanto a la resolución del presente expediente”.*

En consonancia con ese razonamiento, el Informe-Propuesta concluye con la propuesta atípica:

*“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare:*

*.- Que el acuerdo suscrito entre la Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona, Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona, no es una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, al tratarse de un acuerdo que no tiene por objeto, ni por efecto el impedir, restringir o falsear la competencia en ninguno de los mercados definidos: de sistemas electrónicos de pago del transporte público, tarjetas monedero y servicios financieros de Pamplona.*

*.- Que no ha habido abuso de posición de dominio por parte de la Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona al conceder la exclusiva para el pago de las tarifas reducidas del transporte público de Pamplona a la tarjeta monedero de Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona, ya que dicha exclusiva está justificada por las condiciones y circunstancias del mercado”.*

6. Con fecha 22 de mayo de 2002 tuvo entrada en el Tribunal el correspondiente expediente sancionador, que recibió el nº 538/02, designándose Ponente al Vocal Sr. Martínez Arévalo.
7. Por Auto de 12 de junio de 2002 el Tribunal resolvió:  
*“ÚNICO: No admitir a trámite el expediente y remitirlo al Servicio de Defensa de la Competencia para que proceda a la formulación de cargos conforme al art. 37.3 LDC, en el caso de que estime que han quedado acreditadas conductas contrarias a la citada Ley, o al sobreseimiento del expediente, en el caso contrario.”*
8. Por Providencia de 2 de julio de 2002 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la continuación del expediente.
9. Con fecha 3 de julio de 2002 la Instructora redactó la Propuesta de sobreseimiento del expediente, al no deducirse la existencia de infracción alguna de la LDC, dándose cuenta a los interesados.
10. El 24 de julio de 2002 se recibió en el Servicio el escrito de las denunciantes oponiéndose a la Propuesta de sobreseimiento con base en las alegaciones que figuran en los folios 2.756 y 2.757 del expediente del Servicio.
11. Con fecha 14 de octubre de 2002 el Servicio, tras contestar a las precitadas alegaciones (folios 2.757 a 2.763), dictó un nuevo Acuerdo de

sobreseimiento del expediente, que se fundamenta en los mismos hechos acreditados (folios 2.732 a 2.742) e idéntica valoración (folios 2.744 a 2.755) que podría corresponderles según el precitado Informe-Propuesta.

12. El 29 de octubre de 2002 tuvo entrada en el Tribunal el presente recurso de las denunciantes contra el mencionado nuevo Acuerdo de sobreseimiento.

Las entidades denunciantes comienzan reiterando las alegaciones hechas a la Propuesta de sobreseimiento del Servicio y, a continuación, contestan a sus consideraciones para rechazarlas.

Así, las recurrentes sostienen lo siguiente:

- 1) El Servicio ha incumplido la Resolución del Tribunal de 31 de mayo de 2001 que le ordenaba formular el pliego de cargos.
- 2) Al Servicio le asistía cierta razón que justificaba oponerse a cumplir lo ordenado por el Tribunal puesto que, si los hechos habían sido reconocidos por las partes y el Tribunal ordenaba los cargos a formular y quiénes eran los responsables, podía entender que no procedía realizar ninguna investigación adicional al tratarse de prácticas probadas pero calificadas erróneamente por el Servicio. En cualquier caso, al insistir el Servicio en el sobreseimiento, entienden que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47 LDC en relación con el 39, procede la admisión a trámite del expediente por el Tribunal pues, de lo contrario, se produce el bloqueo sistemático del expediente: el Servicio se niega a formular cargos insistiendo en el archivo y el Tribunal le ordena formularlos sin pronunciarse sobre la admisión a trámite del expediente.
- 3) La valoración que hace el Servicio de que la exclusión de competidoras era necesaria para conseguir el objetivo del acuerdo denunciado, es decir, el nuevo sistema de pagos, es completamente gratuita, arbitraria y carente de justificación. Lo prueba la incorporación del servicio de transporte urbano en la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, pues los dos tipos de tarjetas monedero, la Euro 6000 de las denunciadas y las del sistema Visa de las denunciantes, resultaron compatibles sin problema alguno.
- 4) Falta de pruebas de que las condiciones ofertadas por las denunciadas no fueran más favorables que las de las denunciantes. Sostienen que, para el Servicio, en un mercado cerrado por la exclusividad denunciada no es la parte que aprovecha esa exclusividad desde una posición de dominio la que tiene que

justificar su elección exclusivista, sino que son las partes excluidas las obligadas a probar que sus condiciones eran más favorables, lo que altera la carga de la prueba y pretende de las denunciadas una prueba diabólica y su indefensión. Hay un hecho objetivo indiscutible, que es la posición de dominio de COTUP, que no permite rechazar a proveedor alguno sin justa causa.

- 5) El Servicio analizó los contratos de otras ciudades aportados por las recurrentes y los comparó con el de COTUP, resultando que el de CAN y CAMP es más ventajoso tanto para COTUP como para los contribuyentes porque el Servicio realizó valoraciones superfluas.
  - 6) Invirtiendo la carga de la prueba, el Servicio entiende y concluye que, como las denunciadas no han probado que su oferta fuera más beneficiosa que la de las denunciadas, la decisión de COTUP estaría justificada. COTUP es la obligada a justificar la exclusión, cosa que no ha probado.
  - 7) El Servicio debe ceñirse a los hechos acreditados pues éstos revelan la existencia de un acuerdo de exclusividad, adoptado desde una posición de dominio y sin justificación técnica ni económica. Sin embargo, el Servicio recondujo el alcance de dicho acuerdo a una mera contraprestación de obligaciones, necesaria para implantar el sistema.
  - 8) Por ello, entienden las ahora recurrentes que el acuerdo denunciado constituye una práctica prohibida por el art. 1 LDC que, además, supone un abuso de posición de dominio y, por tanto, es nulo, debiéndose sancionar a las infractoras.
13. El Tribunal, con fecha 29 de octubre de 2002, solicitó el informe y el expediente del Servicio.
  14. El 31 de octubre de 2002 se recibió en el Tribunal el mencionado informe, acompañado del expediente, en el que, después de señalar que el recurso ha sido interpuesto en plazo, indica que las alegaciones expuestas no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de sobreseimiento, toda vez que el recurrente se limita a rechazarlas argumentando lo mismo que ha venido haciendo a lo largo de toda la tramitación del expediente y, en consecuencia, que procede desestimar el recurso.
  15. Por Providencia de 6 de noviembre de 2002 el Tribunal ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados abriendo el plazo de alegaciones.

16. El día 28 de noviembre de 2002 presentó el escrito de alegaciones la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (entidad resultante de la fusión entre CAN y CAMP) y el día 29 de dichos mes y año lo hicieron, por un lado, las recurrentes (que solicitan que se practique una prueba al manifestar el Servicio la falta de actividad probatoria por esta parte) y, por otro, COTUP.
17. Los días 5 y 12 de febrero de 2003 el Tribunal deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente que redacte la Resolución.
18. Son interesados:
  - Caja Rural de Navarra, Sociedad Coop. de Crédito
  - Caja Laboral Popular, Sociedad Coop. de Crédito
  - Cooperativa de Transportes Urbanos de Pamplona
  - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (antes Caja de Ahorros de Navarra y Caja de Ahorros Municipal de Pamplona)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Una cuestión que debe resolverse previamente al fondo del asunto es la de si procede la práctica de determinada prueba solicitada por las Cajas recurrentes. A este respecto, el Tribunal ha mantenido el criterio de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal como está regulado por la LDC en sus artículos 40 y 41, relativo a la fase de resolución por este Tribunal de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio. Este hecho está en concordancia con el carácter sumario del procedimiento para la tramitación de los recursos. Sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos de juicio necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes. En el presente caso, el Tribunal considera que en el expediente hay ya suficientes elementos para dictar Resolución por lo que no estima necesaria la práctica de la prueba solicitada.
2. La cuestión de fondo planteada en el presente recurso es la de determinar si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho, antes de decidir por segunda vez el sobreseimiento del expediente, la posible existencia de una conducta transgresora de los artículos 1 y 6 LDC, consistente en suscribir COTUP, CAN y CAMP un acuerdo que otorgó la exclusiva para el pago de las tarifas reducidas de transporte público de

Pamplona a la tarjeta monedero emitida por las dos entidades de crédito denunciadas.

Mediante la Resolución de 31 de mayo de 2001 (Expte. R 455/00, Transportes Pamplona) el Tribunal había desestimado parcialmente un primer recurso contra el inicial Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 3 de octubre de 2000, en lo referente a una supuesta infracción del artículo 7 LDC, y lo había estimado en lo referente a los artículos 1 y 6 de dicha Ley.

3. Los hechos finalmente acreditados por el Servicio en el expediente, que son reconocidos por las denunciadas, fueron incluidos por el Servicio en su Informe-Propuesta de 20 de mayo de 2002.

Por Auto de 12 de junio de 2002, según se recoge en los AH 5, 6 y 7, el Tribunal resolvió inadmitir a trámite el expediente tras puntualizar en el Fundamento de Derecho dos su disconformidad con una forma de concluir el expediente *“que resulta fuera de línea con la práctica habitual consistente en que los Informes-Propuesta del Servicio contengan únicamente propuestas positivas (de que el Tribunal declare la existencia de una práctica), mientras que en los casos en los que el Servicio estima que no se han producido tales conductas procede al archivo o al sobreseimiento del expediente”*, todo ello según lo dispuesto en el art. 37 LDC, en cuyos apartados 3 y 4 se regula la conclusión de los trámites ante el Servicio. En consecuencia, el Tribunal devolvió el expediente al Servicio para que procediera a la formulación de cargos o al sobreseimiento del expediente y éste acordó un segundo sobreseimiento fundamentado en los mismos hechos acreditados e idéntica valoración, al no apreciar la existencia de infracción alguna.

Recurrido dicho Acuerdo, debe señalarse ya que, según se recoge en el AH 12, las entidades recurrentes sostienen que, al insistir el Servicio en el sobreseimiento, procede la admisión a trámite en el Tribunal para evitar el bloqueo sistemático del expediente.

4. En primer lugar, corresponde analizar los hechos acreditados. Según el Servicio, el sistema controvertido es, en síntesis, un monedero de prepago, lo que supone -al igual que el bonobús cartón- una financiación a coste cero, que permite implantar la tarifa trasbordo tendente a fidelizar al usuario que, además de universal, anónima y gratuita, se entrega a los usuarios por COTUP (junto a las Cajas denunciadas) y es recargable en 179 establecimientos comerciales ajenos a las mismas (51,8% de los casos) y cualquier cajero Euro-6000 de CECA, tarjeta 4B, Maestro o Master Card, o ingreso en metálico, estando un 42,7% de las 185.127 tarjetas emitidas no vinculadas a cuenta alguna. Para COTUP, es el único sistema que cubría sus necesidades y permitía obtener información para el control de

autobuses, líneas y frecuencias, aparte de reducir los costes de distribución del bonobús, pasando de un 5% en estancos y un 2,80% en quioscos a una comisión total del 2% en el peor de los casos.

Añade el Servicio que el estudio encargado por SERMEPA en relación con el lanzamiento del Monedero Electrónico califica al sector de autobuses urbanos de sector “locomotora”, si bien concluye que tiene una insignificante representación (un 1,1%) en comparación con los 19 mercados estudiados, aparte de existir otros que no fueron analizados.

La entrega de tarjetas monedero por parte de las Cajas denunciadas se inicia en marzo de 1998, conviviendo hasta enero de 1999 con el bonobús cartón, tiempo en el que la recarga sólo podía hacerse en las oficinas de las Cajas y cajeros automáticos de las mismas. Es a partir de enero de 1999, al anular el bonobús cartón, cuando se pone en marcha la red de recarga ajena a las entidades denunciadas. Finalmente, el 26 de abril de 1999, el Gobierno de Navarra aprobó el Plan de Transporte Urbano para la Comarca de Pamplona por lo que, según recogió la Ley Foral 8/98, la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona asumió las competencias relativas a dicho transporte, acordando el 1 de julio de 1999 aceptar el sistema de pago presentado por La Montañesa con las condiciones de la concesión. Así, el 12 de diciembre de 1999 las denunciadas accedieron al mercado de las tarjetas monedero.

5. Por lo que se refiere a la valoración jurídica que hace el Servicio, en cuanto a la posible infracción del artículo 1 LDC, llegó a la conclusión que el objeto del Acuerdo no fue limitar la competencia, pues sus condiciones comerciales venían establecidas por Ordenanza municipal y la exclusiva era debida a la estrategia necesaria para lanzar el nuevo producto.

En lo relativo a los efectos reales sobre la competencia, el Servicio señaló que las denunciadas no aportaron demostración alguna de que sus condiciones de distribución, recarga, comisiones e inversiones fueran más favorables para COTUP y el usuario. En el mercado de las tarjetas monedero, opina que una primera ventaja inicial para las denunciadas no tendría efectos anticompetitivos porque la utilización en el transporte favorecería posteriores usos, dada la naturaleza dinámica de este mercado, como demuestra el acuerdo de las denunciadas con La Montañesa para instalar un sistema similar de pago en otra área próxima.

En cuanto al análisis que viene haciendo la Audiencia Nacional en varias Sentencias de que para declarar si existe infracción del art. 1 LDC, aunque la conducta no haya tenido efectos, deba analizarse si tiene o no aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, el Servicio, tras analizar los

contratos -tanto del caso como de otras compañías de transporte y entidades financieras aportados por las denunciantes- llegó a la conclusión de que el Acuerdo de este expediente era el más beneficioso tanto para COTUP como para los usuarios, debiendo considerarse que la cláusula de exclusiva era un elemento esencial e indispensable para que las Cajas hicieran efectivas las inversiones necesarias para desarrollar el nuevo sistema de pago con gratuidad y universalidad para los usuarios (clientes y no clientes de las Cajas), permitiendo el plazo de siete años recuperar al menos una parte de las inversiones realizadas. Por lo tanto, si bien la exclusiva impide la entrada de los competidores al sistema y les perjudica, está justificada por los beneficios que reporta que hacen que sea una cláusula proporcionada y necesaria para conseguir implantarlo.

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 6 LDC, en cuanto al posible abuso de la posición de dominio que ocupa COTUP en el mercado del transporte público y en el de los medios de pago para este transporte en Pamplona, por discriminar sus suministros sin justificación objetiva, el Servicio señala que no puede exigirse que contrate con todos los operadores que hubieran estado dispuestos a participar y que es al denunciante al que le corresponde la carga de la prueba, sin que en este caso se haya aportado al expediente ningún medio que permita constatar la veracidad de que COTUP rechazó las demandas de las denunciantes para participar en el sistema.

6. Los argumentos de las entidades recurrentes se recogen en el AH 12. En síntesis, sostienen lo siguiente: a) COTUP ostenta una indiscutible posición de dominio en el transporte urbano de Pamplona y sobre los medios de pago utilizables en el mismo mercado que adjudicó en exclusiva a las Cajas denunciadas; b) la exclusiva no era necesaria -lo prueba la incorporación del transporte urbano en la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona donde los dos tipos de tarjetas monedero resultaron compatibles-; c) desde su posición de monopolio, COPTUP tenía obligación de no rechazar a ningún proveedor sin justa causa y es a ella a quien corresponde la carga de la prueba para tal rechazo, y no al revés.
7. Por su parte, las entidades de crédito denunciadas sostienen, en esencia, que el último Acuerdo de sobreseimiento “constituye una Resolución exquisitamente ajustada a Derecho...”, que la tarjeta controvertida, además de anónima, universal y gratuita, es entregada a los usuarios por la propia COTUP (aparte de las Cajas denunciadas), se recarga en establecimientos comerciales ajenos a las mismas (52% de los casos) y está en un 43% de los ejemplares, no vinculada a cuenta alguna. Por lo tanto, dado que no se ha acreditado que las condiciones de las denunciantes eran más favorables, lo que constituiría el único ámbito en el que podían haber competido, el

sistema denunciado no es restrictivo de la competencia. En efecto, alegan que si el 43% de las tarjetas no están vinculadas, corresponden a clientes que nunca utilizarán el monedero general de las Cajas denunciadas, como argumenta el Servicio. En definitiva, concluyen que, si bien individualmente considerado el término “exclusividad” no comulga con la LDC y cabría entender la estimación del primer recurso por el Tribunal, sin embargo, tal cláusula debe analizarse en el conjunto de todo el acuerdo denunciado, pues su único fin era la recuperación de las arriesgadas inversiones que hicieron las Cajas, por lo que fue un elemento esencial e imprescindible para la existencia del acuerdo.

Por último, COTUP alega que las Cajas recurrentes nada nuevo dicen para acreditar los hechos denunciados, resultando el recurso absolutamente impertinente y, en consecuencia, debe ser desestimado.

8. Pues bien, a la vista de todas las actuaciones, del último Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, del escrito de recurso, del informe del Servicio y de las alegaciones de los interesados, el Tribunal considera que la clave del asunto controvertido sigue estando en la apreciación de las dos circunstancias que, como conclusión, señaló el Tribunal en el Fundamento de Derecho 6.2 de su precitada Resolución de 31 de mayo de 2001, por la que estimó parcialmente el recurso contra el primer Acuerdo de sobreseimiento del Servicio.

La primera circunstancia era que cabría considerar que el acuerdo controvertido, con el pacto de exclusividad, fuera un acuerdo que -tuviera o no ese objeto- podría tener el efecto de impedir la competencia en los mercados que se abrían de los medios electrónicos de pago para el transporte público de Pamplona y en el de las tarjetas monedero de dicha ciudad. Esta mera posibilidad supondría ya situar el acuerdo denunciado entre los expresamente prohibidos por el artículo 1 LDC, sin necesidad de analizar sus efectos.

En el segundo razonamiento el Tribunal señalaba lo siguiente:

*“Una segunda circunstancia del controvertido acuerdo es que lo adoptan tres entidades, una de las cuales ostenta posición de dominio en el mercado del transporte público de la ciudad de Pamplona y en el de los medios de pago de sus servicios, y, contra el criterio del Servicio, tienen razón los denunciados cuando alegan que es doctrina de este Tribunal que un operador económico abusa de su posición de dominio cuando discrimina sus suministros por motivos no justificados objetivamente. Y, a la vista de los hechos acreditados por el Servicio, esta reprimible conducta es la que*

*habría realizado COTUP. Parecería, pues, que esta entidad ha vulnerado el art. 6 LDC”.*

Con estas conclusiones del Tribunal poco margen le quedaba al Servicio para continuar el expediente, si bien ello fue corregido por el precitado Auto del Tribunal, de 12 de junio de 2002, según se resume en el Fundamento de Derecho tres, que permitía acordar tanto el sobreseimiento del expediente como la formulación de cargos.

9. En atención a lo expuesto, el Tribunal aprecia que, si bien podría seguir resultando verosímil la explicación de los hechos que sostienen las entidades recurrentes, es acertado y suficiente el análisis de los mismos que realiza el Servicio en su segundo Acuerdo de sobreseimiento. En efecto, no cabe admitir como acreditada la hipótesis de las recurrentes en cuanto a calificar el denunciado acuerdo, con su pacto de exclusividad, como expresamente prohibido por el artículo 1 LDC porque, en las circunstancias del caso, lo que prevaleció fundamentalmente fue la diversificación de ofertas que permitía la competencia entre distintos sistemas de tarjetas de pago en varias actividades del sector servicios (gasolineras, autopistas, aparcamientos, transporte de cercanías, etc.). Así, para el Tribunal, la cláusula de exclusividad se justificaba, desde el conjunto del acuerdo, por las condiciones económicas que reportaba, en general, y para los usuarios, en particular, lo que la hacía proporcionada y necesaria para la implantación del nuevo sistema de pago, sin contravenir la LDC. Estas condiciones son las relativas a los términos en que se pactaron la distribución y recarga de las tarjetas, así como las comisiones e inversiones a realizar, no habiéndose demostrado que las condiciones de las denunciadas fueran más favorables o que llegara a remitirse a COTUP ni siquiera un proyecto de las mismas. Por último, en cuanto a la prohibición del art. 6 LDC, el Tribunal considera que no ha habido abuso porque, si bien la empresa en posición de dominio, por su privilegiada situación, tiene que ser exquisitamente cuidadosa, no está obligada a contratar con cualquier oferente en condiciones no discriminatorias y, en este caso, no se ha acreditado que COTUP rechazara la oferta de las denunciadas pues no han aportado al expediente ninguna prueba que permita constatar la negativa de COTUP a mantener conversaciones ni a realizar el análisis comparativo de sus condiciones, que no se conocen.

Por todo ello, procede confirmar el Acuerdo de sobreseimiento impugnado y declarar la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal, con el voto en contra de los señores Castañeda Boniche y Comenge Puig -que entendieron que el acuerdo denunciado era potencialmente restrictivo de la

competencia y que hubiera debido estimarse el recurso y continuado la tramitación del expediente en el Tribunal-,

## **RESUELVE**

**Único.-** Desestimar el recurso interpuesto por el representante de Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caja Laboral Popular, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, de 14 de octubre de 2002, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que es definitiva en vía administrativa y que contra ella no cabe recurso alguno en tal vía, pero que no es firme ya que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.