

RESOLUCIÓN (Exp. r 498/01, Visa/4B/American Express)

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 septiembre de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 498/01, (1878/98 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 18 de julio de 2001, por el que se archivaba el expediente iniciado por la denuncia interpuesta por la entidad Asociación Española de Venta a Distancia (AEVD) contra VISA ESPAÑA S.A., SISTEMA 4B y AMERICAN EXPRESS (rectificada, después, para excluir a AMERICAN EXPRESS e incluir a MASTERCARD) por diversas prácticas supuestamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de septiembre de 1998 tuvo entrada en el Servicio escrito de la Asociación Española de Venta a Distancia (en adelante, AEVD) en el que tras argumentar las prácticas anticompetitivas que, en opinión de sus autores, realizan VISA ESPAÑA S.A., SISTEMA 4B S.A. y AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA S.A. en relación con las diversas tasas aplicadas al uso de tarjetas de crédito se solicitaba:

a) *Declare, en primer lugar, la existencia y certeza de los hechos y conductas*

relacionados en el cuerpo del presente escrito y llevados a cabo por las instituciones financieras españolas emisoras de tarjetas de crédito.

- b) Declare, que tales hechos y conductas, constituyen un abuso de posición dominante.*
 - c) Declare, que tales hechos y conductas, constituyen una discriminación para las empresas del sector de venta a distancia.*
 - d) En consecuencia, declare nulas y carentes de cualquier eficacia, las cláusulas referentes a la obligación de cualquier comisión en concepto de tasa de descuento obrantes en los contratos suscritos con dichas instituciones financieras, en cuanto al importe o porcentaje que supere el propio del coste de la operación.*
 - e) Subsidiariamente, obligue a las entidades financieras de referencia a aplicar a las empresas del sector de venta a distancia la tasa de intercambio media del 1.7% en el supuesto de tarjeta de crédito y del 0.8% en el de tarjeta de débito, por no existir motivo alguno para discriminar al sector.*
 - f) Se impongan las sanciones legales oportunas.*
2. Con fecha 1 de octubre de 1998, la instructora del expte. del Servicio se dirigió a AEVD solicitando que cumplimentara la información de la denuncia.
 3. Con fecha 21 de octubre de 1998 AEVD contestó a este requerimiento, subsanó los errores detectados por el Servicio y señaló que:

Los sujetos a los que va dirigida la denuncia son los siguientes:

- VISA ESPAÑA, con domicilio social en 28002-Madrid, calle Gustavo Fdez. Balbuena, 15*
- SISTEMA 4B, S.A., con domicilio social en 2834-Madrid, calle Fco. Sancha, 12.*
- MASTERCARD*

4. Con fecha 20 de enero de 1999 AEVD se dirigió al Servicio solicitando:

Que mediante el presente escrito, y en aras a intentar una solución transaccionada del asunto objeto de la denuncia, interesa al derecho de esta parte se suspenda temporalmente cualquier actuación por parte de este Servicio que pudiere derivarse del presente expediente.

5. Con fecha 18 de julio de 2001 el Servicio acordó el archivo de la denuncia. Dicho archivo se justifica en los siguientes términos:

Apreciándose el incumplimiento de requisitos esenciales en el escrito de denuncia, con fecha 1-10-98 se requirió a la denunciante para que los

subsana, lo que hizo mediante escrito de 21-10-98.

Con fecha 19-1-99 la AEVD remitió escrito al Servicio en el que informaba que "... en aras a intentar una solución transaccionada del asunto objeto de denuncia, interesa al derecho de esta parte se suspenda temporalmente cualquier actuación por parte de este (sic) Servicio que pudiere derivarse del presente expediente."

CONSIDERANDO que el Art. 36 de la LDC faculta al Servicio para archivar las actuaciones cuando no se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la Ley.

RESULTANDO que ha transcurrido el tiempo suficiente como para comprobar que la situación denunciada por la AEVD se ha resuelto de manera satisfactoria para las dos partes en disputa, dado la ausencia de nuevas manifestaciones por su parte, lo que permite asumir que la situación de competencia en ese mercado no se ve amenazada, al haberse, presumiblemente, alcanzado el acuerdo de la solución transaccional a la que hace referencia el último escrito de la denunciante.

SE ACUERDA archivar la denuncia presentada por D^a. Elena Gómez del Pozuelo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE VENTA A DISTANCIA (AEVD).

Este Acuerdo hace referencia a la denuncia presentada por AEVD contra VISA ESPAÑA S.A., AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA S.A. y SISTEMA 4B

6. Con fecha 8 de agosto de 2001, D. José Luis Llairo Canal, en representación de AEVD, presentó recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal). Dicho recurso se fundaba en los siguientes argumentos:

6.1. No se ha alcanzado solución transaccionada al caso. AEVD no fue partícipe en el acuerdo global de junio de 1999, firmado entre la Administración Pública y las entidades VISA y MASTER CARD.

6.2. Que persiste la posición de dominio de VISA ESPAÑA; de ello resulta

Con ello queda patente que el riesgo asumido colectivamente no deja opción a la competencia entre lo Bancos considerados individualmente, puesto que ninguno interviene como Banco emisor o adquirente.

Esta ausencia de competencia ha abocado a la presente situación de posición de dominio abusiva que posibilita a un solo agente económico fijar las

condiciones comerciales y económicas reguladoras del sistema.

Como consecuencia de esta argumentación, la tasa de intercambio se ha convertido en un instrumento para la fijación de precios y para el falseamiento de la competencia.

6.3. Que el riesgo económico de las transacciones no corre por cuenta de la entidad financiera, sino que es completamente asumido por la empresa de venta a distancia. Ésta, además, está obligada a la suscripción de un contrato de adhesión por el que, entre otros conceptos, se obliga a extender una nota de abono con cargo a su cuenta, en el caso de devolución de la compra satisfecha con tarjeta de crédito. Ello sin obviar que el Banco cobra una comisión por realizar el abono, a consecuencia de la devolución del cliente que puede producirse.

7. Con fecha 3 de septiembre de 2001 el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, solicitó del Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas hasta la fecha.

8. Con fecha 10 de septiembre de 2001 tuvo entrada en el Tribunal el informe del Servicio mencionado en el punto anterior. En él se argüía:

8.1. El motivo principal para el acto de Archivo recurrido fue la solicitud del propio denunciante, efectuada mediante escrito de 19-9-99, de que "...en aras a intentar una solución transaccionada del asunto objeto de denuncia, interesa al derecho de esta parte se suspenda temporalmente cualquier actuación por parte de este (sic) Servicio que pudiere derivarse del presente expediente." Atendiendo a dicha solicitud, se paralizaron las actuaciones a la espera de que la AEVD comunicara al Servicio el resultado de las negociaciones, lo que hizo verbalmente informando de que se había obtenido una disminución de la tasa de descuento aplicada a su sector del 6 al 3%, aunque seguían negociando para obtener una disminución mayor. Transcurridos casi 2 años y medio desde la solicitud de paralización de actuaciones y no habiéndose recibido ninguna información ulterior de la denunciante en todo ese dilatado periodo de tiempo, se acordó cerrar las actuaciones formalmente mediante acuerdo de Archivo por no resultar procedente el mantener abierto indefinidamente un asunto en el que el Servicio no apreció afectación al interés público y considerarse que el denunciante, al no solicitar la reanudación de las actuaciones paralizadas bajo su solicitud, había llegado al acuerdo que eliminaba la supuesta restricción de competencia denunciada.

8.2. Que no existen indicios racionales de práctica abusiva. En opinión del Servicio la denuncia se basa en:

8.2.1. que se considera ilegal que las sociedades de medios de pago fijen unilateralmente las tasas de descuento a los comerciantes.

8.2.2. que la tasa de descuento que afecta al sector denunciante es abusiva.

Respecto a 8.2.1. el Servicio considera que la fijación multilateral de tasas de descuento constituye una necesidad técnica del sistema y que, de acuerdo con el informe del TDC al Parlamento, de 1-7-99, las sociedades de medios de pago denunciadas han iniciado el oportuno expediente de autorización.

Respecto a 8.2.2. el Servicio considera que:

el único argumento que aporta para demostrar el carácter abusivo de esa tasa es que su nivel está por encima de la media de las tasas aplicadas a otros sectores. Si se acepta que las TD pueden ser establecidas por las SMP porque son necesarias para remunerar la TI y que sectores diferentes pueden tener TD diferentes, carecería de sentido entrar a juzgar si su nivel concreto es anticompetitivo, salvo que se apreciara una manifiesta falta de equidad, transparencia u objetividad en los criterios con los que se establecen, cosa que no se aprecia en este caso.

Puede ser discutible si el nivel de la tasa es o no más alto de lo que corresponde al nivel de riesgo, supuesto o real, del sector, pero no se ha aportado prueba alguna que demuestre que la TD en cuestión sea arbitraria o irracionalmente elevada.

9. De acuerdo con el art. 48.3 LDC, el Tribunal, con fecha 14 de septiembre de 2001, ordenó la puesta de manifiesto del expediente a los interesados y abrió el plazo de alegaciones.

10. Con fecha 7 de octubre de 2001 se recibió escrito de VISA ESPAÑA en el que alega que la denuncia relativa a las tasas de descuento ha sido dirigida erróneamente a las sociedades de medios de pago, que no las fijan. En cuanto a las tasas de intercambio, VISA ESPAÑA se remite a la doctrina del Tribunal y al acuerdo suscrito el 12.5.99 por varias sociedades emisoras y varias asociaciones de comerciantes relativo a una senda máxima por la que deberían transcurrir las tasas de intercambio.

11. Con fecha 8 de octubre de 2001 se recibió en el Tribunal escrito de AMERICAN EXPRESS en el que, en sustancia, se alegaba que dicha entidad

ya no forma parte del expediente y que el propio demandante había solicitado el archivo de la denuncia.

12. Con fecha 18 de octubre de 2001 se recibió en el Tribunal escrito de SISTEMA 4B en el que, en sustancia, se alegaba que 4B no ostenta posición de dominio y que dicha organización no participa en la negociación de las tasas de descuento con los clientes, que son negociadas directamente por las entidades adquirentes.
13. SISTEMA 4B rebate el argumento de que los riesgos de la operación son asumidos por el comerciante y pone de relieve que los riesgos asumidos por éste son los de no recepción o devolución de la mercancía por el cliente, que son riesgos específicos de las operaciones de venta a distancia.
14. Con fecha 22 de octubre se recibió escrito de la Asociación de Venta a Distancia (nueva denominación del denunciante, AEVD) en el que se insistía en la no participación de dicha entidad en el acuerdo de 12 de mayo de 1999, celebrado bajo los auspicios de la Secretaria de Estado de Comercio y Turismo (Sra. Pisonero) y en el carácter excesivamente elevado de las tasas de intercambio.
15. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 18 de septiembre de 2002.
16. Son interesados:
 - Asociación Española de Venta a Distancia (AEVD)
 - Visa España S.A.
 - Sistema 4B S.A.
 - American Express de España S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe pronunciarse sobre la actuación del Servicio consistente en acordar, con fecha 18 de julio de 2001, el archivo de la denuncia presentada por AEVD. La única sociedad constantemente citada en el expediente es VISA ESPAÑA S.A. AMERICAN EXPRESS aparece citada en la denuncia inicial ante el Servicio, pero no en el escrito de cumplimentación de información de 21 de octubre de 1998 (AH3), donde se cita a MASTERCARD. AMERICAN EXPRESS tampoco aparece citada expresamente en el escrito de recurso ante el Tribunal (en el que se cita a VISA y MASTERCARD), pero sí en el Acuerdo de Sobreseimiento, en el que se citan a las tres empresas objeto de la demanda inicial, VISA ESPAÑA S.A, SISTEMA 4B S.A. y

AMERICAN EXPRESS, pero no a MASTERCARD. Existe, por tanto, una confusión sobre las sociedades objeto de la denuncia que debe clarificarse; para ello, es necesario analizar la situación especial de AMERICAN EXPRESS. La afirmación que realiza esta empresa en el sentido de que la propia denunciante, mediante escrito de 19 de enero de 1999, solicitó el archivo de la denuncia, no se encuentra sustentada por la documentación del expediente en el que no aparece tal escrito.

No obstante, AMERICAN EXPRESS tiene razón cuando señala que no es objeto de la denuncia ya que debe entenderse que, mediante el escrito de subsanación mencionado en el AH 3, AEVD corrige su denuncia inicial en la que sí aparecía esta entidad. AMERICAN EXPRESS no vuelve a ser mencionada en el expediente, con la excepción del Acuerdo de 18 de julio de 2001, por el que el Servicio archiva el expediente y que, como se ha señalado en el AH 5, incurre en error al no tener en cuenta la corrección del denunciante.

Por todo ello, resulta correcto excluir a AMERICAN EXPRESS de las entidades objeto de la denuncia de AEVD.

2. El Servicio, en su escrito de 10 de septiembre de 2001, reseñado en el AH 8 de esta Resolución, alude a los motivos, el primero de naturaleza esencialmente formal (AH 8.1) y el segundo de fondo (AH 8.2) que han motivado la decisión de archivo. Debe, pues, evaluarse lo fundado de tales motivos.

El Servicio suspendió la tramitación del expediente ante la petición de la propia AEVD, solicitud que se hizo *en aras a intentar una solución transaccionada del asunto objeto de la denuncia*.(pg. 245 del Expte. del Servicio). El Servicio afirma haber paralizado las actuaciones aunque no consta en el expediente documento formal en que se adoptara tal decisión. Posteriormente, tuvieron lugar contactos verbales con el denunciante (hoy recurrente) en el que, según el Servicio, este denunciante afirmó haber obtenido un resultado satisfactorio en sus negociaciones; extremos éstos sobre los que no existe ninguna constancia escrita en el expediente. Transcurridos dos años y medio desde la solicitud de paralización, sin que se hubiera producido petición formal de reanudación por parte de dicho denunciante, el Servicio ordenó el archivo de las actuaciones.

Debe hacerse notar que la *transacción* a la que hace referencia la AEVD en su escrito de 20 de enero de 1999 no puede hacer referencia a la *terminación convencional* del art. 36 bis LDC, ya que dicho artículo fue introducido, como novedad en el derecho español, en la reforma de diciembre de 1999. Existe también una diferencia conceptual, ya que el lacónico escrito de AEVD

parece referirse a una negociación privada entre AEVD y los denunciados (aspecto que aparece, después, más claro en la pág. 2 del escrito de denuncia ante el Tribunal), y no a la negociación entre el Servicio y los supuestos infractores a la que hace referencia el art. 36 bis c).

Posteriormente, en su recurso ante el Tribunal, de 8 de agosto de 2001, AEVD alude a un acuerdo que fue suscrito en junio de 1999 entre la Administración Pública y los emisores de tarjetas de crédito VISA y MASTER CARD, en el que niega haber sido parte, lo que constituye una de las bases del primer argumento justificativo del recurso consistente en que AEVD no ha alcanzado pacto alguno con las entidades denunciadas (AH 6.1).

El Tribunal no puede por menos que constatar importantes anomalías en la tramitación de este expediente. En primer lugar, es cierto, como señala el Servicio, que AEVD solicitó formalmente la suspensión de la tramitación, sin que conste que en ningún momento posterior solicitará su reanudación por los cauces formales adecuados. No tiene, por tanto, razón al denunciar la inactividad del Servicio en un procedimiento que permaneció largo tiempo paralizado a instancias suyas. Por otro lado, la negociación a la que hace alusión AEVD en sus escritos, y de la que esperaba obtener una *solución transaccionada*, aparece como una negociación privada, distinta del acuerdo concluido, después, por la Administración Pública y varios emisores; por ello, el argumento de que AEVD no formó parte de esa última transacción es irrelevante, máxime cuando en ningún momento alude a ella el Servicio para justificar el archivo del expediente.

También parecen irregulares la suspensión *sine die* acordada por el Servicio y los métodos informales de contacto con el denunciante. La suspensión acordada de forma tácita (ya que no se plasma en ningún acto formal) contradice el art. 42 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que obliga a resolver, y la causa de esa suspensión no se encontraba, en aquél momento, entre las previstas por la Ley. Es en el momento en que se solicitó la suspensión, no dos años y medio después, cuando el Servicio hubiera debido determinar si había afectación de orden público y, en caso de que no lo hubiese, declarar concluso el procedimiento, tras consultar al denunciante por los métodos formales adecuados si solicitaba la terminación del procedimiento de acuerdo con alguna de las causas establecidas en el art. 87 de la LRJAP y PAC. Finalmente, el Servicio obró precipitadamente al archivar el expediente sin saber exactamente quiénes son los denunciados.

En todo caso, está claro que el recurrente paralizó el expediente por voluntad propia y durante dos años y medio no tomó iniciativa alguna tendente a su reanudación, por lo que es correcta la actuación del Servicio cuando constató

que no existía ni interés privado, ni público, en su continuación.

3. En cuanto al problema de fondo que plantean las tasas de intercambio y las tasas de descuento aplicadas en el seno de un sistema de pagos por tarjeta existe ya una clara doctrina del Tribunal. En primer lugar, tanto AEVD como el Servicio hacen referencia, correctamente, al informe del Tribunal de 1-6-99 que concluye de la siguiente forma,

CONCLUSIONES

Este Tribunal considera que los sistemas de tarjetas de crédito que operan en España requieren ciertas modificaciones para que quede garantizada la libre competencia. En este sentido, el Tribunal considera necesario:

PRIMERO.- Que para cada marca de tarjetas de crédito bancarias, las sociedades de medios de pago sometan a autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia el respectivo sistema de acuerdos para establecer las tasas de intercambio y sus sucesivas modificaciones. De acuerdo con este criterio, el Tribunal se ha dirigido al Servicio de Defensa de la Competencia, interesando del mismo que inste a las sociedades de medios de pago a que se sometan al régimen de autorización singular los acuerdos para establecer y variar las tasas de intercambio.

SEGUNDO.- Que el sistema de clasificación para establecer los niveles de tasa de intercambio se acomode a criterios más objetivos de coste y riesgo, para lo cual es necesario tener en cuenta los diferentes tipos de transacciones que se realicen con tarjetas de crédito y no sólo el sector al que pertenecen los establecimientos comerciales con los que se realiza la operación.

En cumplimiento de estas conclusiones los sistemas VISA, 4-B y sistema 6000/CECA iniciaron los correspondientes expedientes de autorización singular. El acuerdo solicitado por el sistema 6000/CECA (Expte. A 287/00) fue autorizado mediante Resolución de 9 de julio de 2001. La solicitud de autorización por parte del sistema 4-B tuvo entrada en este Tribunal el 27 de febrero de 2002 y se tramita como Expte. A 314/02. El expediente de autorización solicitado por el sistema VISA fue declarado concluso como consecuencia del desistimiento del solicitante. En su Resolución de 11 de abril de 2002 el Tribunal resolvía:

1. *Aceptar el desistimiento de VISA ESPAÑA S. A. en el expediente de autorización singular del procedimiento por el que se establecen las tasas intercambio que deben aplicar las entidades de crédito que forman parte de VISA ESPAÑA en las operaciones de pago mediante tarjeta.*

2. *Interesar al Servicio de Defensa de la Competencia la instrucción de un expediente con el fin de determinar si el sistema de fijación de las denominadas tasas de intercambio, que rige en el seno del sistema VISA, constituye una práctica contraria al art. 1 LDC.*

De todo ello resulta que el Tribunal ha establecido una doctrina en materia de tasas multilaterales de intercambio y que, tras la presentación al Parlamento del mencionado informe de 1-junio de 1999, la sociedad 4-B se encuentra en situación jurídica regular, en cuanto que se encuentra en trámite el oportuno expediente de autorización. La sociedad AMERICAN EXPRESS no aparece mencionada en el informe del Tribunal por ser su sistema operativo diferente. En cuanto a la sociedad VISA, el Tribunal ya ha instado al Servicio para que actúe en los términos anteriormente mencionados. Por tanto, de la existencia de tasas multilaterales de intercambio no procede actuación adicional alguna a las que ya se están llevando a cabo por el Tribunal y el Servicio.

4. En cuanto a las tasas de descuento, la situación es también clara ya que esas tasas se fijan libremente por los bancos participantes en el sistema, no por el propio sistema, como pretende AEVD. En palabras del apartado 3.f. del informe del Tribunal: *se negocian entre la entidad adquirente y el establecimiento adherido y se acuerdan, conforme a criterios comerciales, en un marco de libre competencia entre las entidades de crédito.*

La alegación de AEVD de que los mencionados sistemas de pago fijan unas tasas de descuento abusivas al sector de ventas a distancia resulta, pues, infundada ya que no son estos sistemas quienes las fijan, sino las entidades bancarias, directamente.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Española de Venta a Distancia (AEVD). contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de 18 de julio de 2001.

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.