

A LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

C/ Barquillo, núm. 5, 28004, Madrid

Don Fernando Herrero Sáez de Eguilaz, con DNI 5430009-P, actuando en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (ADICAE), Asociación de Consumidores y Usuarios sin ánimo de lucro de ámbito estatal o supra autonómico, legalmente constituida e inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores del Instituto Nacional de Consumo con el número 5, y miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España, con domicilio social en calle Gavín, 12, local, Zaragoza, con CIF nº G-50464932, y domicilio a efectos de notificaciones en Pº de la Esperanza, 9 Entreplanta A y B, 28.005 de Madrid, teléfono 914680632, según acredita mediante el correspondiente poder (**Documento número 0**), del que se aporta copia,

En la representación señalada, ante este Organismo Público
COMPARECE Y DICE:

Que, por medio del presente escrito y en virtud de la representación de intereses generales que le otorga el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, formula la siguiente **DENUNCIA ADMINISTRATIVA** frente a:

- 1.1. Confederación Española de Comercio (CEC), con domicilio en Calle de Castelló, 82, 28006 Madrid
- 1.2. Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), con domicilio en C/ Velázquez, 24 - 5º Dcha. 28001 Madrid
- 1.3. Confederación Española de Comercio de Pequeña y Mediana Empresa (CEHAT), que hoy integra a la Federación Española de Hoteles (FEH), con domicilio en C/ Orense 32 28020 Madrid
- 1.4. Federación Española de Hostelería y Restauración (FEHR), con domicilio en Camino de las huertas, nº 18 - 1ª planta 28223 - Pozuelo de Alarcón - MADRID
- 1.5. Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes (CAAVE), con domicilio en Pza. de Castilla, 3 - 9ºA. 28046 Madrid

- 1.6. Asociación Española de Venta a Distancia (AVAD), integrada en FECEMD, la Federación Española de la Economía Digital (antigua Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo), a su vez reconvertida en La Asociación Española de la Economía Digital (adigital), con domicilio esta última (por desconocerse el de AVAD) en C/ Zurbano, 34, 2º Izq. - 28010 Madrid y en C/ Muntaner, 92, Pral. 3ª - 08011 Barcelona
- 1.7. Sociedad Española de Medios de Pago, S.C. (en lo sucesivo "SERVIRED"), con domicilio en C/Gustavo Fernández Balbuena, 15, 28002 Madrid y CIF nº G-78495744
- 1.8. Sistema 4B, S. A. (en lo sucesivo "4B"), con domicilio en C/San Francisco Sancha, 12, 28034 Madrid y CIF nº A-28373868
- 1.9. Euro 6000, S.A. (en adelante "EURO 6000"), con domicilio en C/Alcalá 27, 28014 Madrid y CIF A-8285851

y ello sobre la base de los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Breve referencia al marco general de la materia abordada en esta denuncia.

Las operaciones de pago efectuadas mediante instrumentos diferentes del efectivo representan en todo el mundo una proporción cada vez mayor de los pagos nacionales y transfronterizos, tanto por su volumen (número de operaciones) como por su valor (cantidad de dinero que se transfiere), y está previsto que su uso aumente aún más.

Estos instrumentos, muchas veces fomentados por las propias entidades financieras y empresas del sector, avanzan a medida que todos los agentes que los aceptan ganan algo con el proceso.

Además, es preciso que estos nuevos medios de pago sean más eficaces y baratos, fáciles de usar, ampliamente aceptados, fiables, transparentes y disponibles para la mayoría de la población europea. Sin estas características, las perspectivas de desarrollo de un mercado único europeo -también en materia de medios de pago a través de la creación de una zona única de pagos en euros (SEPA)- pueden verse truncadas, además de generarse riesgos y perjuicios para los consumidores.

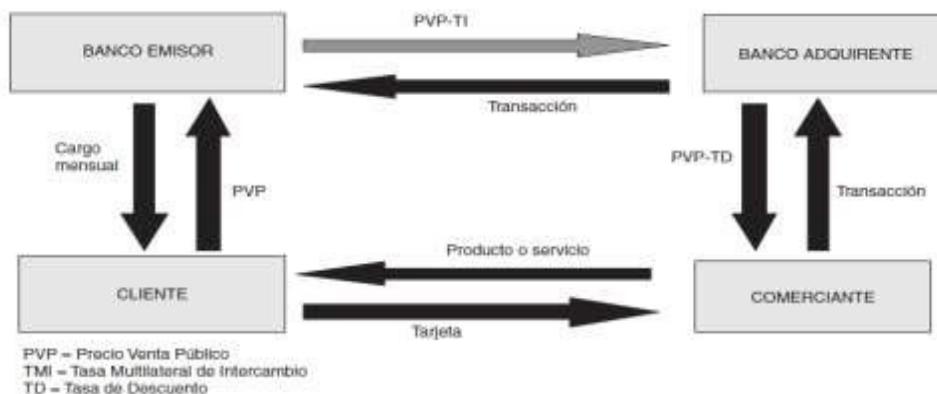
En el esquema general de funcionamiento de los sistemas de pago con tarjeta de crédito y débito, además de las redes (entidades procesadoras), que en España son Servired, 4B y Euro 6000, intervienen cuatro agentes (Véase el Gráfico 1 *ad infra*):

- 1.- El banco emisor de la tarjeta.
- 2.- El banco que ofrece al comercio el servicio del Terminal Punto de Venta (TPV).
- 3.- El propio comercio.
- 4.- El usuario o comprador.

A ellos se suma un quinto agente, el sistema de redes de pago, que gestiona el centro de autorizaciones de pago y los procesos de compensación y liquidación.

Otros sistemas, como el de American Express, menos extendidos y más caros para el comercio -aunque no afectados por las regulaciones española ni europea al no incluir tasas de intercambio- utilizan los bancos sólo como colaboradores o prescinden de ellos (caso de las tarjetas comerciales, que en España representan un tercio del mercado).

Gráfico 1. Esquema del funcionamiento de las transacciones



Fuente: Banco de España

Como se puede apreciar en el esquema precedente, en cada compra:

- El banco emisor de la tarjeta abona al banco del comerciante el precio del producto descontando la denominada “tasa de intercambio”.
- El banco del comerciante abona al propio comerciante el precio del producto descontando una comisión, la denominada “tasa de descuento”.

Estos dos conceptos (tasa de intercambio y tasa de descuento) constituyen, por tanto, dos costes cargados a cada operación. Mientras la tasa de intercambio es un coste “inter-entidades”, la tasa de descuento equivale a una comisión que el banco aplica al comerciante.

Al mismo tiempo, el banco emisor de la tarjeta aplica al usuario otras muchas comisiones (fundamentalmente comisiones de emisión, renovación y tenencia o mantenimiento en los 68,8 millones de tarjetas registradas en España), sobre las que antes había información mensual de los máximos, mínimos y promedios declarados por el banco emisor, hasta que en marzo de 2012 el Banco de España eliminó esas estadísticas tras las denuncias de ADICAE y otras organizaciones de consumidores sobre su fuerte incremento los últimos años.

Las denominadas “tasas de descuento” son, por tanto, comisiones que los bancos aplican a los comercios que aceptan pagos con tarjeta, con unos límites máximos fijados por el Banco de España.

La media de esta tasa de descuento alcanzaba, al terminar el 2010, apenas un 0,66% frente al 1,52% de finales del 2005, con una clara tendencia a la baja, animada tras el 0,74% de finales del 2010 por el incremento de los pagos de pequeño importe.

Las tasas de intercambio, por el contrario, se aplican entre bancos, y su importe o porcentaje varía levemente en función de la red gestora a la que esté asociada dicha tarjeta. Son tasas fijas (nominal o porcentual, según el tipo de tarjeta) e innegociables.

Es evidente que las tasas de intercambio influyen en las tasas de descuento, a modo de límite mínimo a partir del cual el banco proveedor del TPV puede tener pérdidas, salvo que la tarjeta usada sea de la misma entidad financiera o que el banco adquirente incremente las comisiones por colocación o mantenimiento de TPVs, como ha sucedido desde el 2005.

También el banco emisor de la tarjeta, en el supuesto de verse reducidas las tasas de intercambio, tiende a compensar esa reducción de ingresos incrementando las comisiones a los titulares de tarjetas y/o subiendo los tipos de interés.

Para que el sistema funcione, es necesario un acuerdo entre los bancos en cuanto al importe de las tasas de intercambio. Por este motivo se denomina tasa multilateral de intercambio. Unas elevadas tasas de intercambio, que condicionan a su vez unas elevadas tasas de descuento, pueden comportar una limitación a la extensión del uso de las tarjetas de crédito y débito, especialmente en compras u operaciones de pequeño importe, por ejemplo, inferiores a 6 euros,

menos rentables para el comerciante (al reducir sus márgenes de beneficio). Todo ello a pesar de las iniciativas puestas en marcha para aplicar menores importes mínimos en operaciones de pequeña cuantía.

La presente denuncia se formula en este contexto de productos y servicios de uso ordinario, generalizado y común, vinculados a un aspecto clave del consumo, la economía y el mercado como es la forma de pago.

SEGUNDO.- Objeto de la denuncia. Acuerdos contrarios a la competencia.

El objeto de este escrito es poner de manifiesto un incumplimiento flagrante, pernicioso para los consumidores, y mantenido en el tiempo desde 2005 hasta hoy, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como después se detallará, esta parte denuncia la existencia de acuerdos de concertación de precios contrarios a la competencia de los previstos en el artículo 1, apartado 1, de la citada norma, que prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (.....)”*

Acreditan la existencia de estos acuerdos señalados el documento accesible mediante enlace informático aportado en el pie de página¹ y que, en todo caso, se aporta como **Documento número 1**, y el documento adjuntado como **Documento número 2**.

El **Documento número 1**, denominado “Acuerdo Marco Regulador de la Fijación de las Tasas de Intercambio en Transacciones con Pago mediante Tarjetas de Crédito o Débito” fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2005 por Servired, Sociedad Española de Medios de Pago, S.C (en adelante “Servired”), Sistema 4B, S.A. (en adelante “4B”) y Euro 6000, S.A. (en adelante “Euro 6000”). Dicho acuerdo tenía por objeto (ver estipulación Primera del Acuerdo) establecer *“los criterios estructurales, las características cualitativas y los límites cuantitativos a que deberán sujetarse cada una de las entidades gestores de los sistemas para la determinación de las tasas de intercambio por transacciones en establecimientos comerciales con pago mediante tarjetas de crédito o débito que (...) se apliquen en la liquidación de dichas transacciones”*.

El **Documento número 2** constituye una concreción y extensión del acuerdo marco anteriormente señalado, mediante nuevo acuerdo firmado por las entidades representativas de empresas del comercio también denunciadas –ANGED, CAAVE, CEC, AVAD, CEHAT y FEHR– suscrito en la sede del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ese mismo 2 de diciembre de 2005 y, como reza el texto del acuerdo,

1 <http://www.confecom.cat/nova/wp-content/uploads/2008/04/acuerdo-tarjetas-con-cuadro.pdf>

“bajo los auspicios de las Autoridades del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio” .

Mediante este segundo acuerdo, las partes representativas del comercio citadas se dan por satisfechas en sus reclamaciones de reducción de tasas de intercambio y se comprometen a desistir de la denuncia en su momento presentada ante el entonces Servicio de Defensa de la Competencia, que había abierto el expediente número 2457/02, y que fue objeto, por tanto, de terminación convencional.

TERCERO.- Los acuerdos de 2005.

Los acuerdos de 2005 derivan de un conflicto surgido en 2003, tras una denuncia contra los tres sistemas de pago, interpuesta ante el Servicio de Defensa de la Competencia por la Confederación Española de Comercio (CEC), la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), la Federación Española de Hoteles (FEH), la Federación Española de Hostelería y Restauración (FEHR) y la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes (CAAVE), que alegaban un abuso en el establecimiento de comisiones.

Tras diversas denuncias ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (que analizó tanto las tasas de intercambio intersistemas como las intrasistemas), y a instancias de la Secretaría de Estado de Comercio, esas principales asociaciones de comerciantes llegaron al acuerdo el 2 de diciembre el 2005 con los tres sistemas de pago (Servired, Sistema 4B y Euro 6000) en presencia del Ministro de

Industria, Turismo y Comercio. Se buscaba acabar con la conflictividad entre entidades y comerciantes, y rebajar sustancialmente las tasas máximas de descuento, para lo cual se establecía un período de 5 años de progresiva reducción de las tasas de intercambio, destacando los siguientes aspectos:

1.- Se encontraba sometido a autorización del Servicio de Defensa de la Competencia, cuyo expediente finalizó el 16 de noviembre de 2006 (documento que adjuntamos como **Documento número 3**). En teoría, la seguridad jurídica del acuerdo permitiría al sector financiero acometer las inversiones tecnológicas necesarias para la expansión del sistema de pagos con tarjetas en su convergencia con otros países comunitarios y a una mejora de la eficiencia del mismo. Pero la realidad se ha mostrado totalmente contraria al “noble espíritu” que inspiró el mismo, con grave perjuicio de los consumidores.

2.- Suponía una bajada sustancial de las tasas máximas vigentes hasta el 2005. De esta forma las tasas de intercambio máximas, que en 2005 se situaron en el 2,25 %, pasarían a un 1,4% en 2006, tal y como refleja el cuadro que adjuntamos a continuación. Este descenso debía suponer una reducción en las tasas pagadas por el comerciante a las entidades bancarias –tasas de descuento– y que finalmente se tradujese en una mejora del servicio y de los precios al consumidor.

Acuerdo sobre reducción de tasas de intercambio

(2 de Diciembre de 2005)

Tramos	2006		2007		2008		2009 -2010	
	Crédito (Porcentaje)	Débito (€)	Crédito (Porcentaje)	Débito (€)	Crédito (Porcentaje)	Débito (€)	Crédito (Porcentaje)	Débito (€)
0 - 100 mill.	1,40	0,53	1,30	0,47	1,10	0,40	0,79	0,35
100 - 500 mill.	1,05	0,36	0,84	0,29	0,63	0,25	0,53	0,21
> 500 mill.....	0,66	0,27	0,66	0,25	0,54	0,21	0,45	0,18

Fuente: Acuerdo sobre reducción de tasas multilaterales de intercambio de 02-12-2005.

3.- El acuerdo también pretendía mejorar la eficiencia del servicio, beneficiar al pequeño comercio -especialmente por ser el que soporta mayores tasas-, mejorar la innovación, auditar los costes para calcular tasas en los años 2009-2010, crear un foro de seguimiento, y dotar un fondo promocional de tres millones de euros durante el periodo 2006-2008 para acciones de difusión e impulso del uso de tarjetas.

CUARTO.- Efectos de los acuerdos.

Mediante los precitados acuerdos **se llevó a cabo una progresiva y concertada reducción de las denominadas “tasas de intercambio”** que, aplicadas en el ámbito del procesamiento de pagos mediante tarjetas de crédito y débito, y junto con las llamadas “tasas de descuento” (que el banco del comercio aplica al mismo por la prestación del servicio de aceptación de pagos con tarjeta) y las comisiones que las entidades financieras aplican a los usuarios finales

y consumidores por la tenencia y uso de estos instrumentos de pago, conforman los distintos costes asociados al procesamiento de operaciones a través de estas herramientas.

Además, la reducción de las tasas de intercambio **propiciaba, a su vez, la reducción de las tasas de descuento** (los costes cargados al comercio por parte del sector financiero emisor de tarjetas). Eso explica la conformidad y connivencia de los firmantes por parte del comercio con el acuerdo marco alcanzado por los sistemas de pago (Servired, 4B y Euro 6000). **Sin embargo, ninguna previsión se tuvo en cuenta respecto a los previsibles efectos sobre el tercer elemento de costes (los cargados a consumidores)**, a pesar de que era más que previsible que la reducción de dos de los tres elementos del coste total de la operativa daría lugar a un efecto de compensación a través de un gravamen impuesto a la parte no contemplada en los acuerdos.

La importancia de los acuerdos radicaba en que se estimaba que reducirían las tasas de intercambio en unos 4.000 millones de euros hasta el 2011. Cifras que se ven reforzadas si se tiene en cuenta que los ingresos por servicios de los medios de pago representaban entre el 35% y el 45% del total de las comisiones de las entidades bancarias. Las comisiones de la operativa de comercios a finales de 2003 representaban casi el 45% de todos los ingresos del negocio de tarjetas en una entidad financiera promedio, mientras que a finales de 2006 se estimaba que rondarían el 36%.

QUINTO.- El Observatorio de Pagos con Tarjeta Electrónica.

Al entender que los acuerdos podrían ser calificados como colusorios y podrían vulnerar, por tanto, lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley de Defensa de la Competencia), el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo impulsó la creación de un “Observatorio de Pagos con Tarjeta Electrónica” con objeto de realizar un seguimiento de la evolución de su aplicación. En este Observatorio se previó la participación de los consumidores a través de sus legítimas organizaciones. El Ministerio destacó que la reducción de tasas perseguida se traduciría en una mejora del servicio y de los precios finales al consumidor, y con ello se entendió cumplida la exigencia del artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, que examinaremos más adelante.

No obstante, la realidad ha puesto de manifiesto que este Observatorio no supuso ninguna garantía efectiva de cumplimiento de lo requerido en el artículo 1.3 en lo relativo a la participación equitativa de los consumidores en las ventajas de los acuerdos.

SEXTO.- La normativa relativa a conductas colusorias. Fijación de precios.

En el ámbito del Derecho nacional, la regulación de las conductas

colusorias la encontramos, fundamentalmente, en los artículos 1, 4, 5 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario Europeo, pueden traerse a colación los artículos 101 a 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea² (en adelante, TFUE), en relación

² Artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 TCE)

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

con el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre, de aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE) (en adelante, Rgto. CE 1/2003).

En la normativa comunitaria y española se parte de una premisa esencial: las restricciones a la competencia suponen una reducción del bienestar de los consumidores. Se presume, con base en la experiencia, que las restricciones más graves reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, al no producirse los bienes y servicios que demandan los clientes.

Se entiende por acuerdos colusorios los pactos -escritos o verbales- en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia. A estos efectos, habrá colusión siempre que exista un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, tanto si se trata de acuerdos de tipo horizontal como si se trata de acuerdos de tipo vertical (Alonso Soto R. en *“La defensa de la libre competencia”* Curso de Derecho Mercantil, Volumen Primero, Civitas, 2006).

Cuando la Comisión Europea, los Tribunales de la Unión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia se refieren a prácticas colusorias no sólo están aludiendo a los contratos en sentido técnico del término, sino a cualquier acuerdo de voluntades, aunque de él no se deriven obligaciones jurídicamente vinculantes,

como puede ser el caso por ejemplo de los llamados “*gentlemen’s agreements*”.

Tanto los Tribunales comunitarios como las autoridades nacionales de defensa de la competencia han interpretado el término “acuerdos” sobre la base de criterios eminentemente pragmáticos y sin pretensiones conceptualistas de ningún tipo, expresándose en sentido amplio y flexible, y desbordando la concepción estrictamente contractualista, de manera que no se delimitan por su forma, ni por su estructura externa, ni por la naturaleza o finalidad de los mismos.

Los acuerdos pueden ser o no jurídicamente obligatorios, bilaterales o multilaterales, escritos o verbales... Así, son factores que carecen de relevancia a la hora de constatar la existencia de un acuerdo los siguientes: la forma contractual, el hecho de que se haga o no una descripción detallada de la conducta, la observación o no de sus disposiciones, su terminación formal, o las razones de las partes para alcanzar dichos acuerdos. Lo relevante para determinar la existencia de un “acuerdo” es el abandono del comportamiento autónomo y la existencia de un objetivo común entre, al menos, dos empresas independientes, esto es, con capacidad real de determinar libremente su comportamiento en el mercado antes de suscribir el acuerdo.

La prohibición contenida en la letra a) del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia hace referencia a la que es, sin duda, la más grave de las infracciones anticompetitivas en el ámbito de las

conductas colusorias: la fijación de precios, sea de forma directa o indirecta, o de otras condiciones comerciales o de servicios.

La Disposición Adicional Cuarta.2 de la Ley de Defensa de la Competencia contiene una definición cerrada del concepto de cártel, que no es idéntica al tenor de la letra a) del artículo 1.1. Así, según la mencionada Disposición Adicional será cártel:

“todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 14 de octubre de 1997, Asunto “Perfumería”, se refiere a los acuerdos de fijación de precios en los siguientes términos:

“la doctrina tradicional considera que la fijación de precios constituye la modalidad más grave infracción del Art.1 LDC, al constituir el precio el elemento más visible en que se manifiesta la competencia e impedir que los consumidores se pueden beneficiar de precios menores”.

A estos efectos, la forma en la que se desarrolla esta fijación de precios entre competidores es indiferente.

SÉPTIMO.- Excepciones a la prohibición de pactos colusorios.

De acuerdo con las previsiones de los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, 101.3 del TFUE y 2 del Rgto. CE 1/2003, bajo determinadas condiciones, algunos pactos restrictivos de la competencia pueden considerarse ajustados a Derecho.

En efecto, la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 101 del TFUE (y artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia) se supedita a cuatro condiciones acumulativas:

1.- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico;

2.- debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

3.- las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos; y

4.- el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones, se parte de la base de que el acuerdo realmente favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de la restricciones de la competencia.

En primer lugar, para que la exceptuación tenga lugar, han de interpretarse los requisitos en el sentido de que las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables, deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo³.

En este sentido, la segunda de las condiciones antes enunciada contiene una escala móvil: cuanto mayor sea la restricción de la competencia observada en relación con el apartado 3 del artículo 81 (hoy artículo 101.3 TFUE y Art. 1.3 LDC) mayores deberán ser las eficiencias y la participación de los consumidores en las mismas.

Las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 81.3 del TCE (hoy artículo 101.3 del TFUE) recogen orientaciones para saber en qué circunstancias es más fácil que exista un beneficio para el consumidor (así, por ejemplo, se considera que los

³ *Vid. STJCE Consten y Grundig, asuntos acumulados 56/64 y 58/66 , en la que el Tribunal de Justicia consideró que las mejoras deben demostrar ventajas objetivas apreciables de carácter tal que compensen las desventajas que puedan ocasionar en el ámbito de la competencia.*

ahorros de costos variables pueden trasladarse más fácilmente un precio más bajo).

La inaplicación o exceptuación de la prohibición de las prácticas colusorias requiere que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

Tales eficiencias han de ser objetivas, según recoge el apartado 49 de las Directrices de la Comisión, relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE, ya que no se tendrán en cuenta *“los ahorros en costes obtenidos a través del mero ejercicio del poder del mercado”* (Apartado 49) y el beneficio producido por el acuerdo tiene que ser trasladado en el mercado, no sólo las partes.

En este sentido, las ventajas tienen que superar las posibles restricciones competitivas, y debe existir un nexo directo entre el acuerdo que pretende beneficiarse de la exención y las mejoras que la justifican.

En el apartado 50 de las precitadas Directrices se detalla la lógica del artículo 101.3 del TFUE:

“el propósito del análisis es determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias. Dado que, para que el Apartado Tercero del Artículo 81 sea aplicable, los efectos procompetitivos derivados del acuerdo debe

superar a los anticompetitivos, debe verificarse cuál es el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias alegadas y cuál es el valor de las mismas”.

Es decir, a modo de *check list*, las Directrices señalan una relación de elementos a considerar para justificar las mejores de eficiencias alegadas:

- 1.- naturaleza de las eficiencias,
- 2.- vínculo entre ellas y el acuerdo restrictivo,
- 3.-probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada, y
- 4.-cómo y cuándo se obtendrá cada una.

Las eficiencias pueden ser fundamentalmente de dos tipos: de costes y de productos o servicios nuevos, denominadas eficiencias de carácter cualitativo.

Por su parte, el apartado 60 de las Directrices reconoce que:

“las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia”.

Beneficio equitativo para los consumidores.

El artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que, para beneficiarse de la exención legal, los acuerdos *“permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa en sus ventajas”*.

En este precepto se introduce, por tanto, la figura del usuario como beneficiario también del acuerdo, que incluye, según las Directrices comunitarias *“a todos los usuarios directos e indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como input, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir, las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera su actividad comercial profesional (apartado 84).*

Asimismo, el concepto *“participación equitativa”* se define en el sentido de que *“la participación en los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia”* (apartado 85).

Es decir, debe hacerse un balance entre efectos negativos y positivos derivados del acuerdo. De esta forma, cuanto menores sean los efectos restrictivos de la competencia también menores habrán de ser los beneficios a obtener por los consumidores finales para que el acuerdo pueda acogerse la exención. El efecto neto del acuerdo debe ser, al menos, neutro.

El carácter indispensable de las restricciones exige, para la aplicación de la exención, que las ventajas económicas *“no impongan a las empresas interesadas restricciones que no son indispensables para la consecución de los objetivos”*. Las Directrices comunitarias establecen, por tanto, las pautas para el análisis: *“en primer lugar, el acuerdo restrictivo en sí debe ser razonablemente necesario para obtener las eficiencias. En segundo lugar, cada restricción de la competencia derivado del acuerdo debe a la vez ser razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias”* (apartado 73).

Este marco general se desarrolla con los siguientes elementos:

- 1.- las eficiencias han de ser específicas del acuerdo;
- 2.- no debe existir otra manera de alcanzar dichas eficiencias que sea económicamente viable y, al mismo tiempo, menos restrictiva la competencia;
- 3.- en todo caso, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser indispensable; indispensabilidad que ha de ser entendida de una forma laxa en el sentido de que basta con demostrar que la ausencia de la restricción eliminaría o reduciría sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo o haría mucho más improbable su obtención (apartado 78)

Además, en relación con la excepción consagrada por el artículo 1.3.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, hay que destacar que:

- En la misma línea de lo establecido por el artículo 2 del Rgto. CE 1/2003, la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos exigidos para que opere la excepción recaerá sobre las empresas o asociaciones de empresas que la invoquen.

- Al tratarse de una excepción a la regla general de prohibición de acuerdos colusorios, su interpretación ha de ser eminentemente restrictiva.

- Para que pueda entenderse que los consumidores y usuarios tiene una participación equitativa en el beneficio resultante, es preciso que las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia sean suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia.

- Como ha señalado reiterada jurisprudencia comunitaria, deben examinarse los beneficios objetivos y no los beneficios subjetivos.

A la vista de lo anteriormente expuesto, en el caso que nos ocupa, Por ello, **las claves para constatar si efectivamente nos encontramos ante un supuesto de excepción autorizado radicarán en si ellos acuerdos han traído mejoras o ventajas para los consumidores:** (i) en materia de costes de todo tipo por tenencia y uso de tarjetas, (ii) en relación con la calidad de los serviciosde producto (¿ha elevado la calidad o servicios vinculados a tarjetas?), (iii) en cuanto de precios finales de venta al público (¿ha reducido los precios de los productos y servicios finales?), (iv) en relación con la eficiencia del sistema (¿ha optimizado el número y/o

volumen de operaciones con tarjeta? ¿ha favorecido la aceptación de la tarjeta como medio de pago por los comerciantes?). o, por lo menos, (v) en cuanto a al menos los hábitos y percepciones de los consumidores.

Las respuestas a las preguntas formuladas que siguen son negativas en todos los casos y, por tanto, queda demostrado que se han incumplido los requisitos para aplicar la excepción recogida en el artículo 1.3.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que los acuerdos devendrían nulos de pleno derecho.

OCTAVO.- Por ser contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo impulsó la creación de un *“Observatorio de Pagos con Tarjeta Electrónica”* con objeto de realizar un seguimiento de evolución de la aplicación, en el que se previó la participación de los consumidores, a través de sus legítimas organizaciones.

El Ministerio destacó que la reducción de tasas perseguida se traduciría en una mejora del servicio y de los precios finales al consumidor, y con ello se entendió cumplida la exigencia del artículo 1.3. de la Ley. La importancia del acuerdo radica en que se estimaba que reduciría las tasas de intercambio en unos 4.000 millones de euros hasta el 2011.

Unas cifras que se ven reforzadas si cuenta que los ingresos por servicios de los medios de pago representaban entre el 35% y el 45%

del total de las comisiones de las entidades bancarias. Las comisiones de la operativa de comercios a finales de 2003 representaban casi el 45% de todos los ingresos del negocio de tarjetas en una entidad financiera promedio, mientras que a finales de 2006 se estimaba que rondarían el 36%.

Como venimos argumentando y señalábamos anteriormente, y venimos a remarcar de nuevo, las claves para constatar si efectivamente nos encontrábamos ante un supuesto de excepción autorizado por la normativa vigente referida radicarían exclusivamente en si el acuerdo ha traído mejoras para los consumidores en materia de costes de todo tipo por tenencia y uso de tarjetas; de producto; de precios finales de venta al público; de la eficiencia del sistema; o, al menos, de los hábitos y percepciones de los consumidores.

Las respuestas negativas en todos los casos no dejan lugar a dudas: se han incumplido todos los objetivos utilizados como coartada para sortear la Ley de Defensa de la Competencia, además de que hemos visto cómo se encarece el acceso al crédito.

NOVENO.- Acreditación de las consecuencias de los acuerdos contrarias a la competencia y a la Ley General de Defensa de la Competencia

Los resultados de los acuerdos denunciados han sido: (i) la reducción de las tasas de intercambio (y, con ellas, las de descuento), y (ii) la creación de un “Observatorio” como foro poco o nada operativo

de seguimiento y difusión de los medios de pago electrónicos. **Sin embargo, no existe constancia alguna, ni en las estadísticas oficiales ni en la opinión de los consumidores, de los beneficios o ventajas para los mismos que se hayan derivado de los acuerdos colusorios.**

No han bajado los precios al consumo, ni el sector ha ganado eficiencia económica, pues al bajar sus tasas los bancos vieron incrementada la parte que corresponden a sus costes respecto a los ingresos y, por eso, aplicaron a sus clientes (los consumidores y usuarios) comisiones y subidas de intereses compensatorias, lo que ha actuado como freno del proceso de sustitución del efectivo por medios de pago electrónicos, otro perjuicio adicional a los consumidores como contribuyentes por esa vía, y, por tanto, ha supuesto un freno a las convergencias respecto a otros países europeos tanto en medios de pago como económicas.

Los datos estadísticos accesibles de diversas fuentes oficiales se encuentran recogidos en el estudio desarrollado por ADICAE que se adjunta como **Documento número 4** y que se encuentra accesible desde en el enlace reseñado a pie de página⁴.

Como se demuestra en este estudio, ni los bancos al reducir sus ingresos por tasas de intercambio en 3.230 millones de euros; ni el comercio minorista al ahorrarse el 85% de ese impacto de los acuerdos, han sido al final afectados en sus cuentas de resultados por

4 <http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/InformeTarjetas2013.pdf>

los acuerdos que firmaron sus representantes. **Quienes han tenido que pagar en primera instancia esa voluminosa transferencia de recursos entre sectores han sido los consumidores, aunque no suscribieron los acuerdos citados.**

A continuación, se ofrecen datos relevantes y significativos sobre los efectos de los acuerdos suscritos en 2005 y mantenidos a día de hoy, los cuales, detallados en el estudio adjunto como Documento número 4, acreditan la ausencia de participación alguna de los consumidores en los beneficios derivados de los mismos:

1. Los datos sobre los efectos de los acuerdos en las tasas de intercambio y de descuento

En 2005 se produjo la primera reducción de las tasas medias de descuento afrontadas por el comercio (entre 2002 y 2004 invariables en el 1,59%), situándose en el 1,52%. Desde ese nivel medio bajaron al terminar el 2010 hasta el 0,74%, en paralelo con las tasas interbancarias. El alivio para el comercio ha sido relativamente menor (51,3%) que la reducción aplicada por la banca (58,7% como vimos).

Si aplicamos esta última reducción al volumen de tracciones, el coste inicial en menores ingresos para la banca ha sido en esos cinco años de 3.230 millones de euros, mientras que el ahorro resultante para el comercio ha sido de 2.749 millones de euros. En ninguno de los dos casos se alcanzaron los 4.000 millones de euros (una media de 800 millones anuales), lo cual revela que el negocio total previsto para

el sistema ha sido bastante menor del previsto por los firmantes de los acuerdos.

Ese problema de eficiencia, el ver menos incrementado el volumen de transacciones, ha supuesto -lógicamente- menores economías de escala y ha sido íntegramente repercutido por bancos y comerciantes a los consumidores:

(i) los bancos elevando todo tipo de comisiones a los usuarios por sus servicios, además de los tipos de interés de los saldos vivos de las tarjetas de crédito;

(ii) el gran comercio, sobre todo el de mayor volumen de ventas, que es el que menores tasas de descuento soporta, obteniendo así mayores márgenes por no trasladar sus ahorros en tasas de descuento a los precios al consumo.

El ahorro del comercio minorista desde el 2005 ha sido considerablemente mayor en las tasas máximas que en las mínimas. La tasa máxima de descuento ha pasado del 2,91% en 2005 a menos del 1,10% en el 2012, mientras que la mínima se ha reducido desde el 0,67% al 0,39%. Por tanto, se ha producido una disminución no sólo del nivel de las tasas de descuento, sino también de su variabilidad, lo que implica una reducción de su rango: si en 2004 la diferencia entre los mínimos y los máximos era de 2,3 puntos, en 2012 el rango se ha reducido hasta 0,71 puntos.

2. Efectos sobre los precios de los servicios financieros y las comisiones aplicadas por la tenencia y uso de tarjetas de crédito y débito

Por una parte, los precios de los servicios financieros subieron en España en el período inicial de los acuerdos (2005-2010) un 27%, casi cinco veces más que en toda la Eurozona (5,8%). De todos los países del euro, sólo Eslovenia y Eslovaquia han tenido mayores subidas que España.

Por otro lado, en las diversas comisiones de emisión y renovación de todas las tarjetas (71,5 millones al terminar el 2010, de ellas casi 42,9 de crédito y 28,6 de débito), la subida ha acumulado más de 2.300 millones de euros entre el 2006 y el 2010, cerca del 80% de los más de 2.700 millones de euros pagados de menos por los comerciantes a los bancos a raíz de que las tasas de descuento bajaran del 1,52% al 0,74% en promedio.

Y en los tipos de interés de las mayoritarias tarjetas de crédito, que al terminar 2010 alcanzaban un promedio del 19,32% en España, frente al 16,59% en toda la Eurozona (incluida la propia España, que representa casi un 13% de ella). Ese sobre coste de 273 puntos básicos afrontado por los consumidores españoles supuso 1.911 millones de euros sólo en el año 2010.

3. Efectos sobre los precios finales de productos y servicios ofertados por el comercio

El comercio (en especial el gran comercio) elevó en esos cinco años los ingresos mucho más que sus gastos financieros. Asimismo, la evolución de sus precios no deja evidencia de bajada alguna por la reducción de las tasas de intercambio y/o descuento. Al contrario, las subidas de precios aplicadas en los principales sectores beneficiados por el ahorro de tasas de descuento les ha permitido defenderse ante la recesión, porque siguieron siendo mayores que en otros países europeos.

Lo mismo ocurre en el caso del comercio minorista, el más beneficiado por la reducción de las tasas de descuento. Además, algunos de los otros sectores económicos que más bajaron las tasas de descuento fueron los que más han subido los precios desde el 2005.

El propio sector comercial minorista español, tras lograr bajar sus tasas del 2,1% al 0,8% de media, se ahorró en tasas el 1,22% de su facturación y luego contribuyó a elevar el IPC en ese periodo el 15%, nada menos que 3,7 puntos por encima de la media de la Eurozona, donde no hubo reducciones de tasas impuestas por el Gobierno como en España. Incluso mantuvo esa tónica cuando llegó la crisis el año 2008 con una fuerte desaceleración de la demanda y luego acusada recesión.

Entre los demás sectores de los que ADICAE ha podido obtener datos, porque las rúbricas de las estadísticas de tasas de descuento

coinciden algo con las de la clasificación de actividades económicas (falta de armonización de las primeras con la que el Banco de España contribuye a la ausencia de transparencia al respecto), todos los demás subieron también los precios acusadamente, en cuantías que oscilan entre un 13,3% y un 85,9% durante los cinco años analizados.

Al igual que el comercio minorista, todos esos cinco sectores (ver cuadro 17 del estudio aportado como Documento número 4) elevaron los precios más que la media de la Eurozona, en cuantías que oscilan entre el 1,1% y el 29% adicional a la Eurozona. De ellos, el menos alcista fue el de las grandes superficies de alimentación, que se ahorró el 0,23% de su facturación en tasas de intercambio, y el más alcista el de las joyerías, que tras ahorrarse el 1,3% en tasas de descuento luego elevó sus precios al consumo un 86%.

El estudio de ADICAE, acreditada oficialmente en las instituciones europeas como la organización más importante y representativa del sector y una de las diez mayores de toda Europa (ver “Mapping of Non-Profit Entities in the EU”⁵), pues cuenta con cerca de 190.000 miembros, es complementado y contrastado con los resultados de encuesta realizada a 3.561 personas con cuestionarios cumplimentados como válidos (encuesta accesible en el estudio aportado como Documento número 4).

5 http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/mapping_nonprofit_entities_en.pdf

DÉCIMO.- La vigencia de los acuerdos en el momento actual.

Si bien la duración inicial del Acuerdo Marco aportado como Documento número 1 y, por tanto, de los acuerdos paralelos suscritos con las entidades representativas del comercio, fue fijada en cinco años desde la fecha de su entrada en vigor, lo cierto es que la estipulación Novena del citado Acuerdo Marco (ver página 10 del mismo, último párrafo) establece que *“Su vigencia se prorrogará tácitamente, por periodos sucesivos de dos años cada uno de ellos, a contar desde el término del periodo de duración inicial o de cualquiera de sus prórrogas (...)”*.

En cualquiera de los casos, y aun en el supuesto de que el acuerdo hubiera sido denunciado por alguno de los firmantes - circunstancia que no nos consta - , lo cierto es que un simple cotejo con los datos actuales que el Banco de España publica respecto a las tasas de intercambio y de descuento acredita el mantenimiento, al menos *“de facto”*, de la vigencia de los acuerdos aquí denunciados.

UNDÉCIMO.- Competencia sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En base al artículo 24 de la Ley General de Defensa de la Competencia, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a dicha Comisión tramitar la

presente denuncia e instruir el correspondiente procedimiento, toda vez que entre sus funciones está la de:

“Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente”.

DUODÉCIMO.- Régimen sancionador previsto en la Ley de Defensa de la Competencia.

De acuerdo con los antecedentes y consideraciones jurídicas antes expuestas, los acuerdos colusorios antes referidos, y las subsiguientes actuaciones realizadas al amparo de ellos, pueden considerarse constitutivas de las infracciones tipificadas en el artículo 63 apartados 3.a) y 63.4.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone:

“3. Son infracciones graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales...

4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales...”.

En la medida que los acuerdos colusorios suscritos en 2005 se encuentran hoy en día vigentes, tal y como se justifica en el apartado DÉCIMO del presente escrito, nos encontramos en presencia de infracciones continuadas, lo que deberá tenerse en cuenta para graduar la correspondiente sanción (artículo 64.1.d de la Ley de Defensa de la Competencia).

DÉCIMOTERCERO.- Solicitud de adopción de medidas cautelares.

Con el fin de asegurar el cese inmediato de las conductas colusorias y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Defensa de la Competencia, se solicita la adopción de la medida cautelar consistente en el requerimiento a las denunciadas para que cesen de forma inmediata en las prácticas anticompetitivas colusorias expuestas en el presente escrito.

Por todo ello, se dan las condiciones exigibles para el examen e intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ante una práctica anticompetitiva, prohibida por la normativa y no sólo no incardinada dentro de las excepciones previstas

en la misma, sino generadora de efectos negativos para los consumidores en beneficio del resto de operadores.

Por todo lo expuesto,

SOLICITO A LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

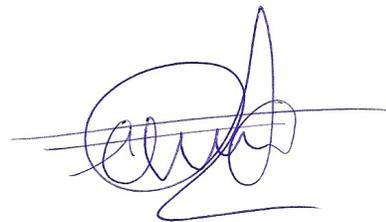
Que teniendo por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan, admita a trámite la presente denuncia y, sobre la base de los hechos y fundamentos expuestos en la misma, incoe expediente sancionador a las partes denunciadas al inicio de este texto, imponiendo la correspondiente sanción en su grado máximo atendiendo al número de usuarios afectados por esta práctica y adoptando las medidas necesarias para ordenar y garantizar el cese en la misma y de los perjuicios que se derivan para los consumidores.

Asimismo mismo solicito que la Comisión adopte la medida cautelar consistente en el requerimiento a los denunciados para que cesen de forma inmediata en sus prácticas colusorias.

Por último, en el expediente sancionador que en su caso se incoe solicito la práctica de las siguientes pruebas:

- Certificación expedida por AEB (Asociación Española de Banca) y CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorros) comprensiva de los ingresos por comisiones vinculados a tarjetas de crédito y débito emitidas por las entidades asociadas a dichas organizaciones desglosando los correspondientes a cada ejercicio desde 2005 hasta 2013, ambos incluidos.
- Certificación expedida por AEB (Asociación Española de Banca) y CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorros) comprensiva del interés medio aplicado por las entidades asociadas a dichas organizaciones al crédito dispuesto mediante tarjetas de crédito, desglosando los correspondientes a cada ejercicio desde 2005 hasta 2013, ambos incluidos.

Lo que firmo en Madrid, a 17 de junio de 2014

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Fernando Herrero Saez de Eguilaz', written in a cursive style.

Fdo. Fernando Herrero Saez de Eguilaz
DNI 5430009-P