

Id. Cendoj: 28079130032009100355
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 21/10/2009
Nº de Recurso: 1401/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Tarjetas de crédito. Defensa de la competencia. Euro 6000 y Sistema 4B.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1401/2007 interpuesto por "EURO 6000, S.A." y "SISTEMA 4B, S.A.", representadas por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen, contra la sentencia dictada con fecha 28 de noviembre de 2006 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 25/2006, sobre la autorización singular de un acuerdo al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Euro 6000, S.A." y "Sistema 4B, S.A." interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 25/2006 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005, recaída en el expediente A308/01 (Euro 6000/4B), que acordó:

"Primero.- Conceder la autorización singular solicitada por Euro 6000, S.A. y Sistema 4B, S.A. al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para el acuerdo de 17 de mayo de 2001 que establece tasas de intercambio y condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las respectivas redes de cajeros automáticos.

La autorización se concede por un período de un año a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que, con carácter general, establece el

artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y, en particular, a la obligación de solicitar autorización al Servicio de Defensa de la Competencia para cualquier revisión al alza de las tasas de intercambio o de las comisiones que se pretenda realizar en aplicación del artículo 5 del propio acuerdo que se autoriza.

Segundo.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia del acuerdo que se autoriza y que se contiene en los folios 50, 51 y 52 del expediente del Servicio."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 28 de abril de 2006, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron que se dictase sentencia "por la que, estimando los razonamientos contenidos en el cuerpo de este escrito, estime este recurso y:

1. Declare nula de pleno derecho, anule o revoque y deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005 en el Expediente 308/2001 seguido ante ese Tribunal.

2. Declare que el acuerdo entre Sistema 4B y Euro 6000 objeto de la citada resolución no es contrario al artículo 1 LDC o que, en su caso, de serlo, puede beneficiarse de la concesión de la autorización prevista en el artículo 4 LDC por un periodo de cinco años.

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

4. Condene a la Administración demandada al pago de las costas".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 1 de septiembre de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que, con desestimación del recurso interpuesto, declare la conformidad a derecho del acto impugnado, con imposición de costas a la parte contraria".

Cuarto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Euro 6000, S.A. y Sistema 4B, S.A. contra el Acuerdo dictado el día 7 de noviembre de 2005 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a Derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas".

Quinto.- Con fecha 26 de abril de 2007 "Euro 6000, S.A." y "Sistema 4B, S.A." interpusieron ante esta Sala el presente recurso de casación número 1401/2007 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "al considerar erróneamente que el acuerdo de determinación de tasas de intercambio y comisiones máximas propuesto por Euro 6000 y Sistema 4B es restrictivo de la competencia".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infringir "el artículo 4 LDC y el artículo 11 del Real Decreto 378/2003 al limitar injustificadamente a un año la vigencia de la autorización singular concedida".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infringir "los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, al carecer absolutamente de motivación, suponiendo una grave arbitrariedad y causando una indudable indefensión".

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 19 de junio de 2009 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 28 de noviembre de 2006, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Euro 6000, S.A." y "Sistema 4B, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005 que autorizó temporalmente, en las condiciones antes transcritas, el acuerdo de aquellas dos entidades mediante el cual fijaban las tasas de intercambio y condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las respectivas redes de cajeros automáticos.

La autorización fue otorgada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y se concedió por un período de un año, que los recurrentes en la instancia y en casación pretendían, de modo subsidiario, ampliar a cinco si no tenían éxito en su pretensión principal, consistente en la declaración de que la conducta en sí misma no era colusoria.

Segundo.- La Sala de instancia consideró relevantes para la resolución del litigio los siguientes hechos:

"[...] El día 11 de octubre de 2001 se presenta la solicitud. En la página 3 y 4 del expediente aparecen los listados de las entidades financieras partícipes de uno y otro sistema en el caso de EURO 6000 la Confederación Española de Cajas de Ahorros y 35 Cajas de Ahorro cuya implantación abarca a la práctica totalidad del territorio del Estado. En el caso de SISTEMA 4B, forman parte 12 entidades bancarias (incluidas las de mayor volumen de negocio en el territorio del Estado) y se encuentran adheridas

otras 17 entidades.

Se establece un sistema de comisión con un límite máximo de 0,50 euros, lo que a juicio de los solicitantes de la autorización supone una reducción de las comisiones que se venían aplicando. Al tiempo se fija una tasa interbancaria fija de 0,45 euros a abonar por el emisor al adquirente en operaciones de extracción de efectivo realizadas entre entidades financieras pertenecientes a las distintas redes.

El acuerdo se firmó el día 17 de mayo de 2001, y en las cláusulas 1 y 2 se comprometen a hacerlo efectivo antes del 1 de julio de 2001".

Tercero.- Los razonamientos del tribunal de instancia que determinaron la desestimación del recurso se plasmaron en el fundamento jurídico tercero de la sentencia. De ellos transcribimos los correspondientes a las tres cuestiones debatidas:

A) En cuanto a la motivación del acto impugnado, la Sala dijo lo siguiente:

"La actora formula una impugnación del acto administrativo centrada en la falta de motivación del mismo que a su juicio supone una grave arbitrariedad y causa indefensión con vulneración de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución.

Las exigencias y supuestos de motivación del acto administrativo están regulados en los arts. 54, 89 pfos. 3 y 5 y 138 pfos. 1 de la Ley 30/92

La exigencia formal de motivación del acto administrativo que recogen los preceptos citados, viene impuesta por el ordenamiento jurídico a fin de permitir al destinatario del mismo el conocimiento de las razones en las que la Administración sustenta su decisión. En el supuesto enjuiciado, la motivación es bastante como para realizar el control jurisdiccional del acto administrativo, que es como se ha indicado la función esencial que cumple (con independencia de otras que la doctrina ha calificado como de orden interno y de aseguramiento de rigor en la formación de la voluntad de la Administración) esta exigencia legal de motivación de los actos administrativos. De hecho, la parte recurrente realiza un análisis de por qué tal justificación no se ajusta a la realidad en los restantes motivos de recurso."

B) En cuanto al carácter anticompetitivo del acuerdo sujeto a autorización, la desestimación del recurso se fundó en las siguientes afirmaciones:

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

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

crédito establezca idénticas condiciones comerciales (tasa de intercambio y comisiones) elimina la competencia en este concreto sector de actividad.

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

C) En cuanto al tiempo de duración de la autorización, el tribunal de instancia expuso lo siguiente:

"[...] El acuerdo según resulta de las actuaciones, lleva actuando desde el 1 de julio de 2001, es decir, más de los cinco años que se solicitan. La justificación que da la Administración para limitar el plazo a un año es la siguiente: que puedan aportar un estudio de costes basado en una muestra significativa e identificable de las entidades financieras de ambos sistemas de forma que tales estudios puedan ser objeto de auditoria independiente por empresas encargadas por el TDC de la misma. Igualmente se señala la necesidad de disponer de información completa sobre los costes imputables.

La parte actora no contradice dicho razonamiento porque a su juicio lo que el TDC plantea es 'el carácter no fehaciente de la información proporcionada por los solicitantes en relación con dichos costes' (fundamento V.2 de la demanda). No comparte la Sala tal apreciación: es más, de la propia fundamentación esgrimida por los hoy actores en su solicitud resulta plenamente coherente que se exija una información sobre costes significativa e identificable".

Cuarto.- Invirtiendo el orden en que han sido formulados, abordaremos en primer lugar el examen del tercero de los motivos de casación. Sostienen en él las entidades recurrentes, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que se ha cometido la infracción de los "artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, al carecer absolutamente de motivación, suponiendo una grave arbitrariedad y causando una indudable indefensión".

La censura se dirige tanto contra el acto impugnado como contra la sentencia de instancia y, ya lo adelantamos, es infundada y gratuita. En lo que se refiere a la sentencia, además, el reproche de falta de motivación debió utilizar el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, lo que no ha hecho. En todo caso, basta la lectura de la transcripción de las consideraciones que en el apartado anterior hemos reproducido para concluir que el tribunal de instancia da cumplida respuesta a las alegaciones de las demandantes sobre cada una de las cuestiones objeto del debate procesal.

El reproche al tribunal de instancia se centra, por lo demás, no tanto en la falta de expresión del razonamiento de la Sala sino en supuestos errores de fondo de éste. Sostienen las recurrentes que el criterio del tribunal "carece de razonabilidad, tanto en lo que se refiere a la justificación como base argumentativa, como en lo que se refiere a la justificación en cuanto aceptable, y es que el asunto no sólo se ventila lacónica y expeditivamente en el campo de la lógica formal, sino en el de la lógica de lo razonable". Y añaden que la Sala de la Audiencia Nacional incurre en el error de considerar que las partes del acuerdo (Euro 6000 y Sistema 4B), agrupan a la práctica

totalidad del sector bancario y de cajas de ahorro, lo que no a su juicio es inexacto.

Ni uno ni otro reproche pueden servir de base a la afirmación de que la sentencia no resulta motivada. Lo está sin duda, por más que las recurrentes discrepen de su contenido. Buena prueba de ello es que en la exposición de los motivos casacionales realmente sustantivos (el primero y el segundo) aquéllas pueden oponer sin dificultad sus propios argumentos contra los expresados en la resolución judicial. Si éstos últimos contienen una mayor o menor "razonabilidad" es algo que resolveremos al analizar dichos motivos.

En cuanto a la motivación del acto administrativo, las críticas son igualmente inconsistentes. Las partes que recurren podrán estar en desacuerdo con él, pero es claro que en los "fundamentos de derecho" de la resolución impugnada se contiene el razonamiento del órgano administrativo sobre la naturaleza del acuerdo entre las entidades y sobre la pertinencia de la autorización restringida temporalmente. Razonamiento expreso que, como bien afirma la Sala de la Audiencia Nacional, permitió a aquellas entidades oponerse a él en la demanda exponiendo las razones por las que, a su juicio, debía anularse la resolución autorizatoria o, cuando menos, prorrogar su eficacia temporal.

Quinto.- La primera de las cuestiones que centró y centra el debate procesal es la relativa a la naturaleza del acuerdo objeto de autorización. Las partes recurrentes imputan a la Sala de instancia en su primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, haber vulnerado el artículo 1 de la Ley 16/1989 "al considerar erróneamente que el acuerdo de determinación de tasas de intercambio y comisiones máximas propuesto por Euro 6000 y Sistema 4B es restrictivo de la competencia".

La conducta enjuiciada, si bien consiste en un acuerdo entre las dos sociedades de sistemas de medios de pago, en realidad supone la concertación de las entidades financieras que participan en aquellos sistemas, esto es, de un significativo número de cajas de ahorro ("Euro 6000, S.A.") y bancos españoles ("Sistema 4B, S.A."). Unas y otros son o bien socios y accionistas o bien entidades financieras adheridas a los respectivos sistemas.

La Sala de instancia no hace sino computar, como ya lo hiciera el Tribunal de Defensa de la Competencia, el número de cajas de ahorro que los propios notificantes reconocen formaban parte de "Euro 6000, S.A." (treinta y cinco cajas de ahorro con implantación en la "práctica totalidad del territorio del Estado") y el número de entidades bancarias acogidas al "Sistema 4B, S.A." (doce bancos accionistas y otros diecisiete adheridos). Se trata, pues, de un acuerdo concertado por gran parte de las entidades que integran el sistema crediticio español.

La concertación o acuerdo de las entidades financieras, suscrita el 17 de mayo de 2001 y notificada el 11 de octubre siguiente al Servicio de Defensa de la Competencia, se extiende a dos relevantes magnitudes:

A) De un lado, aquellas entidades se ponen de acuerdo en fijar una única tasa interbancaria (0,45 euros) aplicable a las operaciones de retirada de efectivo realizadas en los cajeros pertenecientes a ambas redes. Todos los bancos y cajas de ahorros pertenecientes a los dos sistemas convienen, pues, que se cobrarán entre sí aquella tasa interbancaria cuando se trate de extracciones de metálico correspondientes a tarjetas de débito cuyas entidades emisoras (un banco, por ejemplo) no pertenezcan a

la misma red que la entidad financiera "adquirente", esto es, la entidad que anticipa el pago al titular de la tarjeta (una caja de ahorros, por ejemplo).

El acuerdo no se refiere a las tasas de intercambio intrasistema que cada red fija por sí misma para sus propios integrantes (y que en el caso de "Euro 6000, S.A." fue objeto de otro expediente de autorización singular) .

B) De otro lado, conciertan que cobrarán una comisión máxima de 0,50 euros por cada retirada de efectivo que los titulares de las tarjetas de débito lleven a cabo en cualquiera de los cajeros de ambas redes.

El objetivo confesado del acuerdo es "incentivar el uso integrado de ambas redes".

Sexto.- Desde cualquier ángulo que se analice, el acuerdo era en sí mismo restrictivo de la competencia. Podía, ello no obstante, estar justificado y tener validez en cuanto se tratara de una conducta sujeta pero exenta (empleando a estos efectos una terminología más propia del derecho tributario) o autorizable, por atenerse a los objetivos y finalidades que la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , contemplaba, pero repetimos que en su propio contenido el acuerdo caía bajo la órbita del artículo 1 de esta última Ley .

Precisamente el sistema de autorización previa que regulaban los artículos 3 y 4 de la Ley 16/1989 , ya derogada, permitía al Tribunal de Defensa de la Competencia dispensar del "régimen común" de prohibición a determinados acuerdos restrictivos de la competencia que, sin ella, serían perseguibles como conductas colusorias. Autorización o dispensa que se podía reconocer si aquellos acuerdos contribuían a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico siempre que, a la vez, permitieran a los consumidores o usuarios participar adecuadamente de sus ventajas, no impusieran restricciones no indispensables para la consecución de los objetivos propuestos y no eliminasen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En la nueva Ley 15/2007 , por el contrario, se suprime el régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos para convertirlo en un sistema de exención legal en línea con el nuevo modelo comunitario, de modo que la Comisión Nacional de Competencia no otorga ya autorizaciones singulares y son las propias empresas quienes han de autoevaluar la conformidad a derecho de sus acuerdos o conductas.

Situados en la perspectiva de la Ley 16/1989 , es difícilmente rebatible que el acuerdo objeto de debate tuviera en principio carácter anticompetitivo aunque, precisamente a partir de esta premisa, pudiera ser objeto de una autorización singular, sujeta a determinadas condiciones y límites. En la dialéctica entre las conductas prohibidas de modo absoluto y las conductas prohibidas en principio pero autorizables (ex lege , tras la Ley 15/2007) los argumentos aducidos por las entidades recurrentes ponen el acento en las ventajas que justifican la autorización, pero no llegan a desvirtuar en absoluto que el acuerdo, por su propia naturaleza, careciera de efectos restrictivos de la competencia.

Y es que, en efecto, por mucho que el acuerdo pudiera favorecer la interoperatividad entre los sistemas y promover las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las dos redes de cajeros automáticos, en sí

mismo suponía una concertación de las entidades crediticias llamadas a competir, que fijan de consuno determinadas condiciones comerciales para sus servicios. Podrá discutirse si las tasas de intercambio en él fijadas eran más o menos adecuadas pero no cabe duda de que la mera fijación conjunta de aquéllas, aun cuando se hiciera para evitar una multitud de acuerdos bilaterales entre entidades emisoras y adquirentes, resultaba por sí misma susceptible de restringir la competencia. No otra cosa puede afirmarse de unos acuerdos entre una parte significativa de las entidades financieras españolas que convienen en unificar parte de las condiciones comerciales bajo las que operan.

De hecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia no dejó de subrayar cómo las autoridades de competencia en otros países europeos (se refirió en concreto a las del Reino Unido en su decisión Link 2001 y de Italia en su decisión Bancomat 2002) habían llegado a análogas conclusiones. Esto es, habían partido del inicial carácter anticompetitivo del acuerdo para, acto seguido, autorizarlo tan sólo cuando se garantizase la "participación adecuada" de los usuarios en las ventajas de él derivadas, efecto que pudiera alcanzar si los precios de transacción acordados se aproximan suficientemente a los costes reales del sistema.

Prueba adicional del carácter anticompetitivo de este género de acuerdos es que, cuando las entidades recurrentes solicitaron la autorización singular, afirmaron que el efecto restrictivo quedaría excluido si la tasa de intercambio se situaba al mero nivel de costes. Esta era precisamente una de las cuestiones que habían de ser verificadas para decidir sobre su autorización singular. La autorización es posible tan sólo sobre la base de las ventajas que el acuerdo mismo proporcionase al sistema financiero en su conjunto (incluidos los consumidores) y desde la premisa de que se trata de un acuerdo incluido en el ámbito del artículo 1 de la ley 16/1989. Se ponía de relieve, pues, cómo un acuerdo de estas características sólo bajo determinadas condiciones es susceptible de autorización, lo que exige partir de la base de su naturaleza concertada y anticompetitiva de principio.

Aun cuando no se trata exactamente de las mismas tasas de intercambio, también la Comisión Europea consideró que la fijación concertada por una serie de entidades financieras -bajo la cobertura de una entidad como la de autos- de otras tasas multilaterales de intercambio (en aquel caso se trataba de las tasas intrarregionales correspondientes al uso de la tarjeta Visa para las transacciones en las que una tarjeta emitida por un Estado miembro se utilizaba en un establecimiento comercial de otro Estado) eran en principio restrictivas de la competencia, aunque podían ser autorizables al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento número 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

Las consideraciones de la Comisión Europea este respecto, plasmadas en los apartados 64 y siguientes de la Decisión de 24 de julio de 2002 (y reproducidas ulteriormente en otras decisiones análogas), son aplicables mutatis mutandis al caso de autos. En ellas se viene a afirmar que la fijación conjunta de este género de tasas de intercambio, acordada de manera conjunta por bancos competidores, constituye una restricción de la competencia aunque puede ser autorizada en la medida en que contribuya a hacer más eficiente el sistema de pagos con tarjeta, siempre que la fijación de aquellas tasas se haga con criterios razonables, al nivel del coste de los servicios proporcionados.

La intervención de las autoridades de competencia en este ámbito pone de manifiesto,

pues, la convicción de que el acuerdo por el que se fija una misma tasa de intercambio (en este supuesto intersistema, pero igualmente en las tasas intrasistema) y a través del cual las entidades emisoras de tarjetas de un sistema se obligan a pagarla a las respectivas entidades adquirentes por cada extracción de efectivo realizada con tarjetas de débito que sus clientes realicen en los cajeros automáticos del otro sistema, dicho acuerdo, decimos, constituye una conducta restrictiva de la competencia. Convicción que esta Sala, al igual que la de instancia, considera correcta por cuanto ha sido expuesto.

El mismo efecto restrictivo de la competencia lo presenta, a fortiori, la fijación conjunta de unos precios (aunque sean máximos) pactados bajo la modalidad de comisiones que han de cobrar cada una de las entidades financieras por las operaciones consistentes en la retirada de efectivo que los titulares de las tarjetas de débito lleven a cabo en cualquiera de los cajeros de ambas redes. La naturaleza anticompetitiva de este segundo acuerdo es, si cabe, aún más clara por mucho que con él se modificaran a la baja las comisiones preexistentes. El concierto de las entidades financieras en la fijación máxima del precio (comisión) que sus clientes han de pagar por determinados servicios es una conducta típica de las encuadradas en el artículo primero de la Ley 16/1989.

El primer motivo de casación debe, en suma, ser rechazado.

Séptimo.- En el segundo motivo de casación las entidades recurrentes imputan a la Sala de instancia la vulneración del artículo 4 de la Ley 26/1989 y del artículo 11 del Real Decreto 378/2003, por "limitar injustificadamente a un año la vigencia de la autorización singular concedida".

El Tribunal de Defensa de la Competencia, al autorizar el acuerdo concertado, tuvo en cuenta los efectos beneficiosos que de él derivaban: consideró, acertadamente, que "el acceso con una tarjeta de débito a todos los cajeros de un sistema distinto al que pertenece el emisor de la tarjeta aumenta la clientela potencial de los cajeros sin necesidad de incurrir en el coste que podría suponer un elevado número de acuerdos bilaterales, por lo que puede admitirse que el Acuerdo mejora la producción y comercialización de servicios y, además, al proporcionar al usuario comodidad y ahorro de tiempo de búsqueda, se le hace partícipe de parte de las ventajas del Acuerdo". La Sala de instancia, en similares términos, corroboró este criterio.

Sin embargo, el propio Tribunal estimó, en la misma línea de las otras autoridades de competencia ya reseñadas y de la Comisión Europea, que aquellos beneficios potenciales para el consumidor sólo se lograrían "cuando los precios acordados se aproximen suficientemente a los costes reales del sistema, de forma que la tasa de intercambio no exceda del coste medio ponderado de las transacciones realizadas por las entidades participantes". Y, sobre esta base, tras analizar los estudios de costes aportados por cada uno de los solicitantes, concluyó que los documentos aportados (algunos de ellos confidenciales, de modo que no eran accesibles ni siquiera para la otra entidad firmante del acuerdo) no acreditaban la certeza de los costes declarados, conclusión a la que llegó tras sostener que "el carácter restrictivo de la competencia de la fijación de estos precios obliga a una justificación rigurosa del nivel de los mismos".

Afirmó a estos efectos el Tribunal de Defensa de la Competencia lo siguiente:

"[...] Para justificar el nivel de la tasa de intercambio adoptada, 4B se limita a aportar (folios 36-38 expediente TDC) el coste total de la Red de cajeros y el número total de

transacciones, obteniendo, así, por división de ambas magnitudes el coste medio por transacción, añadiendo a ello un desglose de los conceptos que determinarían tal coste. Por su parte, Euro 6000 aporta datos de un estudio de una empresa consultora, que muestran una gran dispersión de los costes por transacción según las características de los cajeros y complementa tal información con datos cuyo origen no especifica de forma que, en conjunto, suman una cantidad parecida a la tasa de intercambio fijada en el Acuerdo. El Tribunal no considera fehacientes los escasos datos aportados y no puede contrastarlos ni verificar la realidad de los mismos."

Algo análogo expresó respecto de las comisiones por el uso de tarjetas de débito en cajeros ajenos, sobre la cual añadió que "no puede ser justificada en términos de coste y que, por ello, no debería ser superior al nivel de la tasa de intercambio".

El acuerdo entre las entidades solicitantes se había beneficiado de la autorización provisional prevista por el artículo 4.4 de la Ley 16/1989 y esta circunstancia, en unión a la falta de adecuada justificación de los costes, determinó que el Tribunal concediera la autorización solicitada sólo por un periodo adicional de un año, que reputó "suficiente para que, tanto 4B como Euro 6000, puedan aportar un estudio de costes basado en una muestra significativa e identificable de las entidades financieras de ambos sistemas, de forma que tales estudios puedan ser objeto de auditoría independiente por las empresas que el Tribunal determine."

La Sala de instancia, por su parte, ratificó esta parte del acto impugnado en los términos que han quedado transcritos.

Octavo.- Los argumentos que en el segundo motivo casacional se aducen contra la restricción temporal y en defensa de que la autorización se amplíe a cinco años no tienen debidamente en cuenta el hecho, destacado por la Sala de instancia, de que, merced a la autorización provisional en su día otorgada, de hecho la eficacia temporal del acuerdo inicial, luego autorizado, se había mantenido incluso más allá de los cinco años desde su entrada en vigor.

Al margen de esta circunstancia, lo cierto es que, como reconocen los propios recurrentes, a ellos les correspondía la carga de probar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 3 de la Ley 16/1989 para que un acuerdo de este género fuera autorizable. Su discrepancia con la resolución y la sentencia lo es -entre otras razones- porque, a su juicio, se les requiere "que la prueba de los costes deba ser fehaciente".

En realidad no se trata tanto de fehaciencia como de suficiencia de la prueba. No es que se negara que los documentos aportados fueran fidedignos ("fehacientes") sino que el Tribunal los consideraba insuficientes para acreditar de modo riguroso los costes a los que debían referenciarse las tasas de intercambio. Y en la parte final de la resolución se venía a disponer que los ulteriores estudios de costes fueran sometidos a un consultor o auditor externo que los evaluase, designado por el propio órgano administrativo.

Esta última exigencia era sin duda pertinente para garantizar la objetividad y fiabilidad de los datos y, por lo demás, resulta ser común en acuerdos análogos al ahora examinado. Por citar tan sólo, una vez más, la Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002, en ella se exigía al titular del sistema que encargara la realización del estudio de costes (a partir de una muestra representativa de los bancos miembros de

la entidad, que incluya más del 50% del volumen total de transacciones intrarregionales) y que aquél fuera "objeto de una auditoría realizada por una empresa independiente de auditores aprobada por la Comisión".

Llevar parte de razón los recurrentes al subrayar que las alternativas de que disponía el Tribunal ante la insuficiente información que se le ofrecía podían haberle llevado o bien a multarles (por falta de suministro, deliberado o negligente, de datos o información, o de suministro incompleto o inexacto) o bien a acordar, para mejor proveer, la práctica de una auditoría independiente que evaluase, entre otros factores, los datos proporcionados por las solicitantes; o bien, finalmente, a denegar la autorización solicitada. En este último caso ellos mismos sostienen que el rechazo sería admisible "por aplicación análoga del artículo 4.3 de la LDC y del artículo 14 del Real Decreto 378/2003 (artículo 17 del derogado Real Decreto 157/1992)", que prevén la revocación de una autorización singular en los casos en que se hayan aportado datos incompletos o inexactos".

Si en sentido estricto ello pudiera ser así, la última de las soluciones (y la primera) hubiera sido más perjudicial para los recurrentes que la autorización temporalmente limitada. Ante el hecho de que los datos sobre los costes, necesarios para apreciar el ajuste de las tasas de intercambio, eran insuficientes y de que los solicitantes no habían cumplido con su deber de aportarlos en debida forma (sin que el incumplimiento de su carga procesal tuviera que ser suplido por pruebas de oficio), bien hubiera podido sin más el Tribunal no conceder la autorización.

Que, por las razones singulares que han quedado expuestas, lo haya hecho en el modo finalmente acordado podría ser criticable por terceros pero no por quienes se han visto, en realidad, beneficiados de esta decisión que les ha permitido ampliar por un año más el ya extenso período en que el acuerdo ha estado vigente -es cierto que de modo provisional, aunque efectivo- pese a la falta de la debida acreditación de los costes determinantes de las tasas de intercambio.

En todo caso, situados como estamos en el ámbito de un recurso de casación, los extremos relativos a cuestiones de hecho y de apreciación de la prueba deben quedar fuera de él. Tanto el órgano administrativo como el tribunal de instancia han considerado que no había suficientes elementos de prueba aportados por quienes tenían la carga de facilitarlos y esta apreciación difícilmente podría ser suplida en casación con la solas menciones normativas que contiene el motivo segundo.

No hay, pues, razones válidas (no lo son el hecho de que otras autorizaciones singulares en casos diferentes se hayan extendido a cinco años) para sostener que se vulneraron en este caso el artículo 4 de la Ley 16/1989 y el artículo 11 del Real Decreto 378/2003, por el que se desarrolla la anterior en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. Ni el precepto legal ni el reglamentario imponen un período de tiempo preciso, limitándose a disponer el segundo de ellos que la resolución autorizatoria ha de incluir en su parte dispositiva el supuesto o supuestos de autorización aplicables, las modificaciones, condiciones, obligaciones o cargas que se establezcan y las consecuencias de su incumplimiento "así como el período de tiempo por el que se otorga y la fecha de su efectividad que no podrá ser anterior a la fecha de presentación de la solicitud".

Noveno.- Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 1401/2007, interpuesto por "Euro 6000, S.A." y "Sistema 4B, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2006 , recaída en el recurso número 25 de 2006. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Ramon Trillo Torres.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.