

RESOLUCION (Expte. A 305/01 Tarjetas Pago Iberia/Bancos)

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

En Madrid, a 9 de enero del año 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 305/01 (2304/01 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular por parte de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Grupo Banco Popular y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para constituir una empresa en común cuya actividad consistirá en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y, especialmente, de determinadas tarjetas de pago.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 14 de junio de 2001 tuvo entrada en la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia un escrito del abogado D. Jaime Folguera Crespo, actuando en nombre y representación, que acredita mediante los correspondientes poderes notariales, de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Grupo Banco Popular y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en el que notifica a la Subdirección General de Concentraciones y Estudios un acuerdo entre las entidades citadas para constituir una empresa en común cuya actividad consistirá en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y, especialmente, de determinadas tarjetas de pago. El notificante califica

el acuerdo como un contrato de creación de una empresa en participación que constituye una concentración económica de notificación obligatoria con arreglo al Art. 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

- 2.- El 10 de julio de 2001 la Subdirección General de Concentraciones notifica a las partes una decisión del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, en su calidad de Director del Servicio de Defensa de la Competencia, en la que se dice que *“la operación notificada no responde a una operación de concentración entre empresas sujeta al control establecido en el Capítulo II “De las concentraciones económicas” del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sino que responde a un acuerdo o alianza entre empresas, toda vez que la nueva empresa desarrollará su actividad en el mismo mercado que las entidades financieras matrices. Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el Art. 15.bis.6 de la Ley 16/1989, resuelvo que la operación notificada sea tratada como un acuerdo de empresas con arreglo a lo previsto en el Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia y sujeto por tanto al procedimiento previsto en el Art. 38 de la misma no beneficiándose de la autorización tácita establecida en el Art. 15.bis.2 de la Ley de Defensa de la Competencia”*.
- 3.- El 13 de julio de 2001 la representación de las entidades citadas presenta un escrito dirigido a la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Servicio de Defensa de la Competencia) en el que solicita tener por formulada solicitud de autorización singular del acuerdo objeto de la notificación realizada el 14 de junio de 2001, que se tramitará por el procedimiento establecido en los Arts. 38 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio.

Las características básicas del acuerdo para el que se solicita autorización son las siguientes:

- 3.1. Las partes del acuerdo son cuatro: Iberia, cuya actividad principal es el transporte aéreo de personas y mercancías, y las entidades de crédito: BBVA, Grupo Banco Popular y Caja Madrid. En el expediente se aporta amplia información sobre las mismas (folios 4 a 6 y Anexos 1 a 4). “Grupo Banco Popular Español” engloba conjuntamente a siete sociedades anónimas distintas: Banco Popular Español, S.A., Banco de Andalucía, S.A., Banco de Castilla, S.A., Banco de Crédito Balear, S.A., Banco de Galicia, S.A., Banco de Vasconia, S.A. y bancopopular-E, S.A. (folio 1543 vuelto).

- 3.2. El acuerdo para el que se solicita autorización tiene su origen en un “Acuerdo de intenciones”, firmado por las partes el 9 de enero de 2001, en el que se fijan algunos de los puntos básicos del acuerdo posterior y se aprueba el “Plan de Negocio” que concreta y cuantifica los aspectos económicos de la actividad comercial de la sociedad a constituir. Ambos documentos se han incorporado como Anexos al “Acuerdo entre accionistas de la Sociedad”, de fecha 6 de abril de 2001, que es el que constituye objeto de la solicitud de autorización.
- 3.3. Dicho acuerdo define las líneas básicas de la estructura y funcionamiento de la sociedad a constituir, y es el que regula las relaciones entre las partes con prevalencia sobre los estatutos sociales (cláusula 5.2). Es, por tanto, un pacto parasocial no oponible a la sociedad (Art. 7 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas).
- 3.4. La sociedad se constituirá por tiempo indefinido, con un capital de 5.200.000 euros repartido entre Iberia, con un 40%, y los tres socios restantes con un 20% cada uno (cláusula 8.1).
- 3.5. Los accionistas se comprometen a mantener las participaciones inalteradas durante los tres primeros años (cláusula 8.3) estableciéndose un sistema de reajuste de participaciones de acuerdo con la facturación alcanzada por los socios, en relación con la prevista en el Plan de Negocio, manteniendo Iberia en todo caso el 40%; y admitiéndose también la posibilidad de que entre en la sociedad, como socio, una nueva entidad financiera, que habrá de adherirse al acuerdo de accionistas (cláusula 8.4). Incluso se contempla que en un futuro se ofrezca al público en general la posibilidad de participar en el capital social (cláusula 3.2).
- 3.6. Iberia tendrá seis consejeros, de los doce que componen el consejo de administración de la sociedad, y dos cada uno de los restantes socios. Para la aprobación de determinados asuntos se exige una mayoría cualificada de nueve o diez votos (cláusula 6.6 y 7.1) y, en la Junta, del 70 y 81% del Capital (cláusula 7). No obstante hacen notar los solicitantes que el Plan de Negocio -en el que se concretan las variables fundamentales del comportamiento comercial de la Sociedad- fue aprobado por todos los socios y su modificación requerirá también la unanimidad al formar parte integrante del acuerdo (cláusula 21); y que el nombramiento del equipo directivo inicial también exige la unanimidad, por lo que la sociedad a crear es de control conjunto.

3.7. El objeto de la sociedad *“será el desarrollo de medios de pago y otros servicios mediante la comercialización de una serie de productos específicos, entre otros los siguientes:*

- *Medios de pago específicos de líneas aéreas UATP (cuentas lodge y tarjetas walking).*
- *Tarjeta privada Iberia. Inicialmente se desarrollará para el puente aéreo, pero podrá hacerse extensiva a toda la red de Iberia.*
- *Tarjeta de crédito cobranded con las marcas más conocidas en tarjetas de crédito (Visa/Master card) y transporte aéreo.*

Las tarjetas se emitirán como producto de “tarjeta personal” o como producto “tarjeta business o corporate” y permitirán, en todo caso, la domiciliación externa.

Estos productos forman la base de partida de la sociedad, pudiéndose desarrollar en el futuro otros productos o servicios que suponen la oferta al cliente y el valor de la sociedad” (cláusula 3.1).

3.8. Para el mejor desarrollo de su objetivo social, la sociedad solicitará la concesión del estatus de establecimiento financiero de crédito.

3.9. Una vez constituida, la sociedad firmará un contrato con Iberia y otro con las entidades de crédito (cláusulas 13 y 14). Estos contratos son los que explican y hacen posible el funcionamiento negocial de la sociedad.

3.10. Iberia concederá a la sociedad una licencia de uso de su marca para que ésta aparezca en las tarjetas que la sociedad emitirá. Las compras generarán puntos para el comprador, puntos que serán canjeables por los bienes y servicios del Programa Iberia Plus.

Iberia concederá también a la sociedad una licencia para la emisión de la tarjeta UATP, que sólo Iberia puede emitir en su condición de miembro de esta organización, distribuyendo las tarjetas de la sociedad, especialmente las UATP y la tarjeta privada Iberia.

3.11. Las entidades financieras comercializarán las tarjetas que la sociedad emitirá, en concepto de agentes, cobrando de los

usuarios, en nombre de la sociedad, las cuotas, inicial y de renovación, que la sociedad fije. A estas cuotas se añade otra cuota en concepto de participación en el Programa Iberia Plus.

- 3.12. La tarjeta bancaria que emita la sociedad se integrará en uno de los sistemas operativos (Visa o Master Card) existentes, de modo que los comercios en que se puede utilizar la tarjeta serán los adheridos al sistema elegido y la tasa de intercambio o porcentaje sobre el importe de la compra que reciba la sociedad será la correspondiente al sistema. La sociedad, como emisora de las tarjetas, será la que se relacione con el sistema, sin perjuicio de que transmita a las entidades financieras los cargos recibidos.
4. - Por Providencia de 2 de agosto de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente formalizándose, en la misma fecha, la nota extracto a efectos del trámite de información pública de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)(modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) y 5 del R.D. 157/1992, de 21 de febrero. Dicha nota extracto se publicó en el BOE número 19 del 17 de agosto de 2001.
- 5.- Con fecha 3 de agosto de 2001, en cumplimiento también de lo dispuesto en el art. 38.4 de la LDC y el art. 5 del R.D. 157/1992, se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.
- 6.- En escrito enviado con fecha 28 de agosto de 2001 por D. Jesús Martínez Millán como Presidente de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes, se solicita que ésta sea parte interesada en el expediente. Así mismo, en escrito enviado con fecha 29 de agosto de 2001 por D. Félix Arévalo como Director General de la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas, también se solicita que sea parte interesada. El Servicio, en sendos escritos enviados con fecha 30 de agosto de 2001 se les notifica que se accede a su personación como interesados en el expediente.
- 7.- El Servicio, en cumplimiento de los artículos 38.2 de la LDC y 6 del R.D. 157/1992, emitió informe, recibido en el Tribunal, junto con el expediente, el 14 de septiembre de 2001, en el que, tras una detallada y exhaustiva instrucción, en lo que respecta a su calificación final, se señalaba:

En conclusión, los aspectos anticompetitivos que es posible distinguir en la operación resultan suficientemente compensados o justificados, por lo que el Servicio entiende que el acuerdo es autorizable, con arreglo al Art. 5.1, tal como ha sido presentado, sin necesidad de imponer condiciones, y con la precisión, que se hace a la vista de la amplitud con que se define el objeto de la sociedad a constituir, de que se limita a la emisión de las tarjetas que han sido individualizadas. La duración de la autorización podría ser la habitual de cinco años.

- 8.- Por Providencia de 17 de septiembre de 2001 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del R.D. 157/1992, de 21 de febrero, admitió a trámite el expediente y designó Ponente al Vocal Sr. Franch Menéu.
- 9.- Con fecha de entrada en el Tribunal 27 de septiembre de 2001, los solicitantes formulan alegaciones señalando, resumidamente, lo siguiente:
 - 9.1 que entienden que no es correcta la afirmación que se contiene en el Informe Propuesta donde se dice (pág. 2) que sólo la entidad Banco Popular Español, S.A. (y no el Grupo Banco Popular) debería considerarse parte en el Acuerdo y en el correspondiente procedimiento de autorización. En este sentido señalan que la circunstancia del poder único es sencillamente que Banco Popular Español, S.A., en su condición de entidad que controla el conjunto de las demás sociedades integradas en el Grupo Banco Popular, representa en el presente procedimiento tanto a sí misma como a las demás entidades d su grupo, que son justamente las firmantes del Acuerdo, por lo que de autorizarse por el Tribunal el Acuerdo estarán autorizadas para su aplicación todas las sociedades, sin exclusión, integradas en dicho Grupo.
 - 9.2 que también consideran no enteramente correcto lo afirmado en varios apartados del Informe-Propuesta (vid. pp. 7,10,11,14) donde se dice que las tres entidades financieras parte del Acuerdo se habrían comprometido durante cinco años a no emitir tarjetas competidoras (o directamente competidoras) de las que emita la Sociedad. En este sentido, dicen que "*como se afirmaba claramente en la notificación (vid. pp.22 y 50) y en los sucesivos escritos interpuestos por las partes notificantes (vid. Escrito de 13 de julio de 2001, p. 12 y Escrito de 3 de agosto de 2001, p. 12), las tres entidades financieras, además de distribuir las tarjetas que emita la Sociedad, seguirán emitiendo y comercializando sus propias tarjetas de crédito y de débito ("co-branded" o no), que competirán directamente con las de la Sociedad. Las entidades*

financieras únicamente se comprometen, por un período limitado, a no emitir un tipo especial de tarjetas de pago, a saber, tarjetas de pago asociadas a otros programas de viajeros frecuentes, distintos del Programa Iberia Plus y pertenecientes a otras compañías aéreas distintas de Iberia."

- 9.3. Que el Informe-Propuesta (pp. 9, 10 y 13) afirma que una de las supuestas restricciones que contiene el Acuerdo es que se fija en el Plan de Negocios el número máximo de tarjetas que emitirá la Sociedad. Los notificantes señalan en este punto que:

"De nuevo debe matizarse esta afirmación. Por su propia naturaleza, el Plan de Negocio constituye una mera estimación previa del flujo de gastos e ingresos de la Sociedad, lo que en modo alguno significa que no puedan emitirse por la Sociedad más tarjetas de las inicialmente previstas en dicho Plan. Las previsiones sobre número de tarjetas constituyen simples objetivos empresariales utilizados a efectos de elaborar las proyecciones económico-financieras de la Sociedad y una referencia en cuanto a la estructura accionarial definitiva de la Sociedad para el caso de que no se alcancen estos objetivos por una o varias de las entidades de crédito firmantes del Acuerdo, en virtud de la Cláusula 8.4 del mismo.

La estimación previa del número de tarjetas que se emitirá por año contenida en el Plan de Negocios es, por tanto, susceptible de modificación en cualquier momento, en función de los desarrollos del mercado y del propio éxito de los medios de pago que emita la Sociedad. Las partes notificantes, por ello, no han incluido en el acuerdo -ni del mismo puede deducirse-, una restricción cuantitativa del número de tarjetas que serán emitidas por la Sociedad y comercializadas por las partes notificantes.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, tal y como se explicó ampliamente en el citado Escrito de 3 de agosto de 2001, las propias características de las tarjetas que emita la Sociedad (v.g. vinculación a la concesión de Puntos Iberia Plus, necesariamente limitados y que sólo presentan interés para un perfil muy determinado de consumidores) permiten suponer que el número total de tarjetas no será ilimitado".

El resto de interesados no formularon ningún tipo de alegaciones ni se opusieron a la autorización del acuerdo notificado.

- 10.- El día 4 de diciembre de 2001 tiene entrada en el Tribunal, remitido por el Servicio, el informe emitido por el Consejo de Consumidores y Usuarios en el que no presentan alegaciones.
- 11.- El Tribunal en sus sesiones plenarias del 27 de noviembre y de 4 de diciembre de 2001 deliberó y acordó definitivamente la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.
- 12.- Son interesados en este expediente:
- Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.
 - Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.
 - Grupo Banco Popular (Banco Popular Español, S.A., Banco de Andalucía, S.A., Banco de Castilla, S.A., Banco de Crédito Balear, S.A., Banco de Galicia, S.A., Banco de Vasconia, S.A. y bancopopular-E, S.A.)
 - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid
 - Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes.
 - Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Una vez que la Administración ya se pronunció por la Resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 2001 (que no fue recurrida ante este Tribunal) decidiendo que el acuerdo entre los solicitantes no constituye una concentración económica que pueda beneficiarse del régimen, sustantivo y procedimental, que la LDC dispone para las operaciones de aquella naturaleza, sino que es un acuerdo entre empresas hipotéticamente autorizable con arreglo al Art. 3, el análisis que ahora debemos hacer debe versar sobre si se cumplen los requisitos que el Art. 3.1 exige para que la autorización solicitada sea posteriormente concedida por el TDC.

El presente procedimiento tiene por objeto, en consecuencia, resolver sobre la solicitud de autorización singular, formulada por parte de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Grupo Banco Popular y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para constituir una empresa en común cuya actividad consistirá en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y, especialmente, de determinadas tarjetas de pago.

Para que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda otorgar una autorización singular, la misma ha de referirse a un acuerdo, decisión o práctica prohibidos por el artículo 1º de la LDC en los que, concurriendo los requisitos enumerados en el artículo 3º de la propia norma, los positivos efectos que de tal concurrencia se deriven deban prevalecer frente a las consecuencias contrarias a la libre competencia que justifican su general proscripción. En concreto, dicho artículo 3.1 señala literalmente que *"Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."*

Segundo. Antes de entrar en el fondo de la cuestión, que no es otra que la de valorar la pertinencia o no de autorizar el acuerdo notificado, se debe advertir que en la notificación del acuerdo como concentración (14 de junio de 2001) aparece como notificante el "Grupo Banco Popular" al que se considera como "parte" indicándose que integra a un conjunto de entidades de crédito encabezadas por el Banco Popular Español, S.A. y que en el acuerdo de accionistas para el que se pide la autorización, aparece también como parte el "Grupo Banco Popular" cuyo representante, que firma el acuerdo en nombre del "Grupo Banco Popular", actúa también en nombre y representación del Banco Popular Español, S.A., Banco de Andalucía, S.A., Banco de Castilla, S.A., Banco de Crédito Balear, S.A., Banco de Galicia, S.A., Banco de Vasconia, S.A. y bancopopular-E, S.A. El Acuerdo objeto del presente expediente de autorización fue concluido por todas y cada una de las entidades englobadas en el Grupo Banco Popular, ostentando el Banco Popular Español S.A. el control de las mismas en el sentido de las normas de defensa de la competencia ya que posee la mayoría o la totalidad de las acciones de las demás sociedades del Grupo.

Por lo tanto, la circunstancia de que el poder de actuación frente a la Administración haya sido otorgado sólo por Banco Popular Español, S.A. no afecta ni al hecho de que el Acuerdo objeto de este expediente fuera concluido también por todas y cada una de

las demás entidades del grupo ni al ámbito subjetivo de la declaración que se contiene en esta Resolución del Tribunal. Al aparecer, además, perfectamente individualizadas en el Acuerdo y en la notificación todas las sociedades integradas en el Grupo, lo resuelto ahora se entiende aplicable a todas y cada una de ellas.

Tercero. Tal y como se señala más ampliamente en los Antecedentes de Hecho, el acuerdo para el que se solicita autorización tiene su origen en un “Acuerdo de intenciones”, firmado por las partes el 9 de enero de 2001, en el que se fijan algunos de los puntos básicos del acuerdo posterior y se aprueba el “Plan de Negocio” que concreta y cuantifica los aspectos económicos de la actividad comercial de la sociedad a constituir. Dicho acuerdo define las líneas básicas de la estructura y funcionamiento de la sociedad a constituir y es el que regula las relaciones entre las partes con prevalencia sobre los estatutos sociales (cláusula 5.2). La nueva sociedad se constituirá por tiempo indefinido, con un capital de 5.200.000 euros repartido entre Iberia, con un 40%, y los tres socios restantes con un 20% cada uno (cláusula 8.1). Los accionistas se comprometen a mantener las participaciones inalteradas durante los tres primeros años (cláusula 8.3) estableciéndose un sistema de reajuste de participaciones de acuerdo con la facturación alcanzada por los socios, en relación con la prevista en el Plan de Negocio, manteniendo Iberia en todo caso el 40%; y admitiéndose también la posibilidad de que entre en la sociedad, como socio, una nueva entidad financiera, que habrá de adherirse al acuerdo de accionistas (cláusula 8.4). Incluso se contempla que en un futuro se ofrezca al público en general la posibilidad de participar en el capital social (cláusula 3.2). Para el mejor desarrollo de su objetivo social, la sociedad solicitará la concesión del estatus de establecimiento financiero de crédito. Una vez constituida, la sociedad firmará un contrato con Iberia y otro con las entidades de crédito (cláusulas 13 y 14). Estos contratos son los que explican y hacen posible el funcionamiento negocial de la sociedad.

Iberia concederá a la sociedad una licencia de uso de su marca para que ésta aparezca en las tarjetas que la sociedad emitirá. Las compras generarán puntos para el comprador, puntos que serán canjeables por los bienes y servicios del Programa Iberia Plus. Iberia concederá también a la sociedad una licencia para la emisión de la tarjeta UATP, que sólo Iberia puede emitir en su condición de miembro de esta organización, distribuyendo las tarjetas de la sociedad, especialmente las UATP y la tarjeta privada Iberia. Las entidades financieras comercializarán las

tarjetas que la sociedad emitirá, en concepto de agentes, cobrando de los usuarios, en nombre de la sociedad, las cuotas, inicial y de renovación, que la sociedad fije. A estas cuotas se añade otra cuota en concepto de participación en el Programa Iberia Plus.

La tarjeta bancaria que emita la sociedad se integrará en uno de los sistemas operativos (Visa o Master Card) existentes, de modo que los comercios en que se puede utilizar la tarjeta serán los adheridos al sistema elegido y la tasa de intercambio o porcentaje sobre el importe de la compra que reciba la sociedad será la correspondiente al sistema. La sociedad, como emisora de las tarjetas, será la que se relacione con el sistema, sin perjuicio de que transmita a las entidades financieras los cargos recibidos.

La sociedad a crear es de control conjunto y el objeto de la sociedad *“será el desarrollo de medios de pago y otros servicios mediante la comercialización de una serie de productos específicos, entre otros los siguientes:*

- *Medios de pago específicos de líneas aéreas UATP (cuentas lodge y tarjetas walking).*
- *Tarjeta privada Iberia. Inicialmente se desarrollará para el puente aéreo, pero podrá hacerse extensiva a toda la red de Iberia.*
- *Tarjeta de crédito cobranded con las marcas más conocidas en tarjetas de crédito (Visa/Master card) y transporte aéreo.*

Las tarjetas se emitirán tanto como producto de “tarjeta personal” o como producto “tarjeta business o corporate” y permitirán, en todo caso, la domiciliación externa.

Estos productos forman la base de partida de la sociedad, pudiéndose desarrollar en el futuro otros productos o servicios que suponen la oferta al cliente y el valor de la sociedad” (cláusula 3.1).

Las características de las tarjetas son las siguientes:

1. La tarjeta de marca compartida (Iberia y Visa o Master Card) es una tarjeta bancaria de uso universal, utilizable en todos los establecimientos comerciales adheridos al sistema (Visa o Master Card), que no exige la domiciliación de la cuenta corriente, en la que se cargará diferidamente el pago, ni en la

entidad emisora ni en la comercializadora de la tarjeta; y es de valor añadido, que consiste en la obtención de puntos (uno por cada 2.500 pesetas de gasto) canjeables por los bienes y servicios del programa Iberia Plus (fundamentalmente billetes de avión).

2. La tarjeta UATP es una tarjeta comercial, no bancaria ni de uso universal, que se utiliza únicamente para pagar billetes de avión; es emitida por algunas compañías aéreas y el pago, que se carga en la cuenta del cliente - normalmente empresas – en el momento convenido, se gestiona por un sistema multilateral específico para ellas (sistema UATP). El valor añadido de estas tarjetas consiste en que ofrecen información sobre las características del billete adquirido y de los vuelos efectivamente realizados con él. Sólo Iberia, como miembro UATP, puede emitirlas: la Sociedad lo hace por licencia de Iberia.
3. La tarjeta privada Iberia es una tarjeta comercial (no bancaria) que sólo puede utilizarse para la compra de billetes de Iberia del puente aéreo Madrid-Barcelona (con posible extensión futura a otros trayectos) cuyo pago se carga diferidamente en la cuenta del cliente y cuyo valor añadido consiste en la obtención de puntos Iberia Plus, la obtención del billete en máquinas expendedoras automáticas y el acceso a una cola específica de entrada en el avión.

Cuarto. El acuerdo entre Iberia y las entidades financieras citadas se enmarca en el ámbito de los productos y servicios a los clientes que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (siempre en continuo avance innovador) están posibilitando en todos los sectores económicos y de la actividad humana. Esas novedosas tecnologías han irrumpido como un nuevo factor productivo que se suma a los factores tradicionales (Tierra, Trabajo y Capital), diferenciándose de éstos por su carácter intangible y modificando la importancia relativa de las tradicionales fuentes de riqueza de la economía. Inmersos ya en la era electrónica y de la técnica digital, continuamente se crean e innovan productos, formas y estructuras de interdependencia humana que ayudan a sincronizar las distintas acciones de los hombres en orden a conseguir sus preferencias libremente elegidas en un entorno cada vez más abierto y competitivo. Surgen nuevas oportunidades para los distintos operadores creándose nuevos mercados e instrumentos comerciales y financieros que reducen costes y mejoran el servicio a los clientes actuales y potenciales. La aplicación de las nuevas

tecnologías de la información en la industria de los servicios financieros y comerciales se enmarca también en este proceso de reducción de costes y mejora del servicio al cliente facilitando su actividad libremente elegida.

En este sentido, el Servicio, en su informe, ha señalado, respecto al mercado general de las tarjetas de pago, que *"es un mercado desarrollado en cuanto al número de tarjetas de pago emitidas, fundamentalmente tarjetas bancarias: España era el segundo Estado de la Unión Europea en el año 2000, con 61.4 millones de tarjetas, de las que 48 millones son bancarias, según los solicitantes. Aunque los usuarios españoles infrautilizan las posibilidades de las tarjetas, haciendo uso de ellas básicamente para la extracción de dinero de los cajeros automáticos: sólo pagan con tarjeta el 10% de las adquisiciones en comercios, frente al 28% en Estados Unidos y el 25% en Gran Bretaña. De aquí que el crecimiento del mercado, que se calcula en un 20% anual, se está produciendo más por la mayor utilización de las tarjetas que por el aumento de su número, utilización que pretenden estimular las tarjetas de valor añadido que van sustituyendo a las tarjetas ordinarias. Los operadores se esfuerzan en desarrollar nuevos valores o servicios, que alcanzan cada vez una mayor diversidad y que se suelen clasificar en las tres categorías siguientes. Ventajas de carácter financiero y crediticio, que extienden y diversifican el crédito al consumo y el aplazamiento de los pagos, con procesamiento de los datos de la utilización de la tarjeta, e incluso, con el funcionamiento de la tarjeta como "tarjeta monedero". Ventajas consistentes en regalos o servicios gratuitos, como seguros de asistencia, accidentes y vida. En este grupo se incluyen las tarjetas de marca compartida, en las que la utilización de la tarjeta proporciona puntos canjeables por bienes o servicios, o de descuentos en su adquisición, de un tercero cuya marca aparece en la tarjeta junto con la de la entidad emisora. Y ventajas consistentes en garantizar la seguridad e intimidad de las transacciones efectuadas, fundamentalmente en relación con los pagos hechos a través de Internet o de la telefonía móvil, a veces mediante la sustitución de la banda magnética de la tarjeta por un microchip, el cual permite reunir varias aplicaciones en el mismo medio de pago. Es de advertir que las categorías indicadas tienen un simple alcance descriptivo, no siendo suficientes para definir otros tantos mercados distintos.*

La gran diversidad de servicios de valor añadido dan lugar a una pluralidad de ofertas que, junto a las nuevas posibilidades de utilización de las tarjetas mediante el teléfono móvil, hacen del

mercado en cuestión un mercado estructural y funcionalmente muy competitivo, con numerosos operadores (más de 200 entidades financieras y multitud de establecimientos no financieros) y pluralidad de ofertas. Es de añadir que la competencia se centra más en los servicios añadidos que en el precio que debe pagar el usuario por la obtención y renovación de la tarjeta, precio bajo que no cubre ni siquiera los gastos de gestión.

Por último, es un mercado sin barreras de entrada, ni administrativas ni tecnológicas, que une a la intensa competencia hoy existente una importante competencia potencial."

Quinto. El mercado de los medios de pago electrónicos ha sido estudiado, entre otros informes y Resoluciones del Tribunal, en el Informe del expediente C59/00 Movilpago, que lo define como el que comprende aquellos sistemas que permiten el procesamiento de órdenes de pago a través de sistemas electrónicos. Comprende fundamentalmente las tarjetas de pago, tarjetas de plástico que incorporan una banda magnética o un microchip que permite al titular realizar diversas operaciones con objeto de llevar a cabo un pago.

Atendiendo al momento en que el pago se carga en la cuenta del titular, las tarjetas son de débito – el cargo se realiza simultáneamente a la utilización de la tarjeta - o de crédito – el cargo se realiza en un momento posterior. Atendiendo a sus posibilidades de utilización se distinguen las tarjetas universales y las limitadas. Las primeras, que son las emitidas por los bancos, utilizan los servicios de una de las grandes organizaciones o sistemas a que se encuentran adheridos la generalidad de los establecimientos comerciales, pudiendo utilizarse en todos ellos. Las segundas son tarjetas emitidas por un establecimiento, o por una entidad que agrupa a un número reducido de establecimientos, utilizables únicamente para los pagos en ellos. Atendiendo, por último, a las ventajas que el uso de las tarjetas proporciona al usuario, existen las tarjetas simples, que permiten todo lo más aplazar el cargo en la cuenta, y las de valor añadido, por las que el usuario obtiene, además, otro tipo de prestaciones que satisfará, bien la entidad emisora de la tarjeta, o bien un tercero que aparece en la tarjeta (tarjetas de marca compartida).

Las tarjetas de valor añadido constituyen un mercado posiblemente diferenciable del de las tarjetas ordinarias o simples porque cumplen sus mismas funciones – pueden ser tarjetas de crédito y, al tiempo, de carácter universal – a las que añaden una

utilidad nueva. El usuario de la tarjeta preferirá la que le reporta mayores ventajas, a no ser que éstas resulten compensadas por el mayor coste de su adquisición o mantenimiento; lo que no suele ocurrir ya que este coste es relativamente bajo – no llega a cubrir el coste de funcionamiento del sistema, coste que soporta, en definitiva, el descuento que se cobra al comerciante - de modo que el aumento de las cuotas no suele ser disuasorio, encontrándose con una demanda inelástica. Es decir, la relación de competencia, desde el punto de vista de la demanda, se establece, más que entre todas las tarjetas (simples y de valor añadido) sólo entre las de valor añadido, que son las realmente sustituibles entre sí. De aquí el que hayan experimentado un rápido incremento, tendiendo a sustituir a las tradicionales tarjetas simples.

El mercado geográfico coincide, cuanto menos, con el territorio del Estado, por el que están diseminadas las oficinas comerciales de las entidades crediticias que entregan las tarjetas y los establecimientos comerciales con los que los titulares de aquellas realizarán la gran mayoría de las operaciones a que las tarjetas les habilitan. El mercado relevante de producto está constituido por el mercado de los medios de pago electrónicos, existiendo dos mercados relacionados, que son el del transporte aéreo y el de la banca minorista.

En el mercado del transporte aéreo compiten Iberia y otra serie de compañías aéreas y no intervienen las tres entidades financieras. Puede verse afectado por la obligación que asumen las entidades de crédito de no emitir otras tarjetas de pago que las de Iberia, impidiéndose a las demás compañías aéreas la cooperación con estas entidades para la comercialización de sus tarjetas en competencia con las de Iberia.

Por otra parte, en el mercado de la banca minorista, siguen compitiendo las entidades de crédito que firman el acuerdo. Puede verse afectado por la obligación que asume Iberia de no licenciar su marca ni vender puntos Iberia Plus a otras entidades financieras distintas de las participantes en el acuerdo, las cuales verán así que se las priva de una oportunidad de negocio (distribución de las tarjetas de Iberia).

Sexto. Tal y como ha sido analizado detalladamente por el Servicio, el acuerdo para el que se pide la autorización podría afectar, en teoría, a la competencia en tanto en cuanto contiene, en primer lugar, un pacto de limitación de la producción y de la distribución (Art. 1.b. de la LDC) al fijarse, en el Plan de Negocios, el número

total de tarjetas que la sociedad emitirá en cada uno de los cinco primeros años, cifra que se reparte entre las empresas distribuidoras. Contiene también un acuerdo de fijación de precios (Art. 1.a. de la LDC) al encomendarse a la sociedad la determinación del precio máximo de los dos pagos que debe hacer el usuario de la tarjeta, el inicial (aunque se prevé un régimen especial para el primer año: cláusula 13.1.f.) y la cuota anual de mantenimiento.

Sin embargo, se debe tener en cuenta a este respecto lo que también señalan los solicitantes, esto es, que la tramitación del número de tarjetas a emitir viene exigida por la propia naturaleza de la tarjeta comercializada. El valor añadido que la tarjeta Visa Iberia proporciona por su utilización consiste en la obtención de puntos canjeables por los productos incluidos en el programa Iberia Plus, especialmente billetes de vuelo de Iberia. La compañía aérea tiene que mantener una proporción adecuada entre viajeros de pago y viajeros de puntos y, en consecuencia, tiene que limitar el número total de puntos que pueden obtenerse por la utilización de las tarjetas, utilización que no puede limitar si no es fijando el número total de tarjetas a emitir. Son tarjetas de uso universal, que sirven para pagar la adquisición de toda clase de bienes y servicios de los comerciantes adheridos al sistema que se elija (Visa o Master Card). El gasto total por tarjeta (o puntos de los que responder) puede calcularse con criterios estadísticos (gasto medio por tarjeta) pero no condicionarse por la entidad emisora. Es con arreglo a este cálculo como el Plan de Negocios establece el número total de tarjetas que, al ser limitado, necesariamente habrá de repartirse entre los distribuidores.

Respecto de la fijación del precio de las tarjetas se debe considerar también que es un precio máximo (cláusula 13.1.f.) que facilita la comercialización al evitar que los distribuidores lo eleven excesivamente, al tiempo que sirve de referencia para fijar el precio que cobrará la sociedad en todo caso (50% del precio fijado). Pagando la participación de la sociedad, los distribuidores quedan en libertad para decidir las cuotas que exigirán de los clientes (cláusula 13.1.i.). No se impide por tanto la competencia entre los distribuidores, que tienen un amplio margen (50%) para reducir las cuotas. Incluso, desde el punto de vista del acuerdo, nada impediría que practiquen un descuento mayor ya que la sociedad no podría alegar violación del acuerdo. Las posibles objeciones provendrían de otras normas (competencia desleal). Por último, las cuotas oficiales que la sociedad debe hacer públicas sirven de término de comparación con otras tarjetas. El

señalamiento del precio por la sociedad favorece la competencia tanto intramarca como intermarcas.

El Servicio también señala acertadamente que aunque el acuerdo no contiene una cláusula explícita de atribución en exclusiva a los socios de la distribución de las tarjetas que la sociedad emite, así acaba resultando implícitamente del mismo acuerdo y del Plan de Negocios. Ello queda justificado, en primer lugar, por lo limitado del negocio. El número total de puntos que pueden atribuirse por las compras en los comercios adheridos al sistema (Visa o Master Card) sería el correspondiente a los bienes integrantes del Programa Iberia Plus (fundamentalmente billetes de avión) que Iberia pueda conceder. Para ello, y en aras de la viabilidad de la operación se limita el número de tarjetas a emitir con arreglo al gasto medio que se estima que realizará cada tarjeta. Por otra parte, el sistema de bienes que se ofrecen no resulta atractivo por igual para todos los grupos de posibles destinatarios, siendo interesante sólo para viajeros frecuentes.

Las tarjetas Visa-Iberia ocupan un nicho en el mercado de las tarjetas de pago y los socios de la sociedad tienen sobrada capacidad para la comercialización de las tarjetas que a cada uno corresponda del total emitido, y de forma que el coste por tarjeta que supone la comercialización sea asumible. La atribución de un número mínimo de tarjetas a distribuir les incentivará para asumir este coste. Además, tal y como indican los solicitantes, la exclusiva a favor de los socios - y la obligación de abstenerse de emitir tarjetas competidoras – estaría justificada con arreglo al nuevo reglamento comunitario de restricciones verticales (Reglamento 2790/1999 de la Comisión) porque ni la sociedad ni las tres entidades financieras ostentan cuotas de mercado superiores al 30% del mercado relevante, que es el de los medios electrónicos de pago. El Servicio señala a este respecto que con arreglo a la interpretación que ha prevalecido del Art. 1 del RD 157/92, de 21 de febrero (Resolución de 23 de mayo de 1996, Exp. A177/96), no cabe estimar que el Reglamento comunitario nuevo de restricciones verticales esté en vigor en el derecho español; pero que sí cabe utilizarlo para fundamentar la concesión de autorizaciones singulares.

Séptimo. Otro problema con posible afectación para la competencia, también estudiado a fondo por el Servicio, pudiera provenir de que el acuerdo para el que se pide autorización incorpora dos cláusulas explícitas de exclusiva que suponen una restricción de la competencia. Según la primera, Iberia se compromete a no alcanzar acuerdos, durante cinco años, con otras entidades

financieras para la emisión de una tarjeta de marca compartida o para la venta de puntos Iberia Plus relacionados con medios de pago. De acuerdo con la segunda, las entidades financieras se comprometen a no alcanzar acuerdos, durante cinco años, para emitir tarjetas de marca compartida o similares, así como se obligan a no asignar puntos de otros programas de fidelización de líneas aéreas (cláusula 18.1 y 2).

Los solicitantes alegan que, ante la falta de regulación específica en el derecho español y de precedentes significativos por parte del TDC, debe acudir al derecho y a la práctica comunitarios, en especial a la Comunicación de la Comisión de 16 de febrero de 1993 sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo, que distingue según que las restricciones se impongan a la empresa en participación o a sus fundadores, como ocurre en el acuerdo, en el que la prohibición de competencia se impone a Iberia, en un caso, y a las entidades financieras, en el otro. Dispone la comunicación (nº: 75) que las cláusulas de prohibición de competencia, si se imponen a favor de la empresa en participación durante su período de despegue, pueden considerarse accesorias. Por ello, no han de valorarse por separado del acuerdo, sino que seguirán la calificación que se otorgue a éste. Pero incluso, prosiguen los solicitantes, si se hiciera una valoración separada del acuerdo, resultan proporcionadas y necesarias para la plena consecución del objeto del acuerdo, que es el funcionamiento de la sociedad en las mejores condiciones. Las prohibiciones de competencia se imponen a los fundadores para proteger a la sociedad durante su fase de afianzamiento en el mercado, prohibiéndoles que participen en proyectos competidores con el negocio de la sociedad, que es la emisión de tarjetas con la marca de Iberia. No es, por lo tanto, una prohibición absoluta, ya que Iberia podrá pactar la emisión de puntos Iberia Plus con otras entidades si en los primeros 18 ó 30 meses la sociedad no alcanza el 50% de la facturación prevista susceptible de generar puntos Iberia Plus (cláusula 8.7) y las entidades crediticias podrán emitir (la prohibición se refiere a la emisión, no a la simple comercialización) otras tarjetas que no sean directamente competidoras con las de la sociedad.

Por otra parte, la prohibición de que entren otras empresas en la distribución de las tarjetas es una consecuencia de la limitación del número de tarjetas a emitir, exigida por su naturaleza, que hace económicamente innecesaria la entrada de nuevos distribuidores y, además, desde el punto de vista de la demanda, también es limitado el número de personas que tienen interés en

ellas, circunscribiéndose a las personas que viajan frecuentemente. Se debe añadir así mismo que con las prohibiciones de competencia se protege la información sensible transmitida a los fundadores y se evita el conflicto de intereses que se produciría si la misma entidad distribuyera también productos de otras compañías aéreas competidoras de Iberia.

Cabe añadir, por último, que las restricciones consideradas no eliminan sustancialmente la competencia ni el mercado principal ni en los mercados relacionados: en el del transporte aéreo prácticamente todas las compañías (nacionales y extranjeras) cuentan ya con programas de fidelización similares a Iberia Plus; y en el mercado de la banca minorista existen otras entidades con similar presencia territorial y capacidad que emiten o distribuyen en exclusiva tarjetas competidoras, citándose por los solicitantes al BSCH, que comercializa exclusivamente la tarjeta de Spanair, y a la Caixa, que hace lo propio con la de Air Europa.

Octavo. También conviene estudiar detenidamente, como así mismo ha hecho el Servicio, que la creación de la empresa común puede afectar también a la competencia porque aunque no tenga por objeto o efecto fundamental la coordinación del comportamiento competitivo de las partes, sí puede comportar un riesgo de coordinación entre las entidades financieras en el mercado relevante en el que éstas siguen operando.

Para evaluar este riesgo, los interesados examinan los criterios que pueden deducirse de las últimas decisiones de la Comisión en el tratamiento de las empresas en participación de naturaleza cooperativa, que vienen referidos a la estructura del mercado, como son los que se indican a continuación.

En primer lugar, la cuota de mercado de las entidades cuyas actividades se solapan. Son, según los interesados, del 13,9% (BBVA), 4,9% (Banca Popular) y 5,7% (Caja Madrid). En total un 24,5% (folio 22) que al exceder del 15% que la Comisión considera como límite para descartar, sin más, el riesgo de colusión, hace necesario proseguir el examen.

En segundo lugar, el número de competidores actuales y potenciales. A este respecto se debe señalar que la presencia de un elevado número de competidores (actuales y potenciales) y la inexistencia de barreras de entrada significativas constituyen, según la Comisión, garantías suficientes para disuadir a las empresas de coordinar su comportamiento competitivo. Como el número de tarjetas en manos de los usuarios, en el año 2000, era

de más de 61,4 millones, emitidas por los más de 200 bancos y cajas y por un número no determinado de otras entidades no financieras, la competencia potencial en este mercado no encuentra límites ya que no existen barreras administrativas ni tecnológicas para emitir tarjetas de pago.

En tercer lugar, la competencia en el mercado. No existe riesgo de coordinación, según la Comisión, cuando existe un elevado grado de competencia en el mercado. En el español la competitividad es grande en cuanto que es un mercado dinámico y en expansión en el que continuamente aparecen nuevas modalidades de tarjetas, especialmente de valor añadido.

En cuarto lugar, el peso relativo de las actividades de la empresa en participación respecto de la actividad de las empresas matrices. La Comisión considera que cuando la actividad de la empresa creada es marginal respecto de la actividad de las matrices, éstas carecen de incentivos para coordinar sus comportamientos. El porcentaje de las tarjetas, que según el Plan de Negocios emitirá la sociedad en el primer año representa, según los interesados, el 1,1% del total de las tarjetas emitidas por el BBVA, el 4,7% de las emitidas por Caja Madrid y el 5,4% de las del Banco Popular. En total, significa el 0,2% de todas las tarjetas existentes.

El Servicio, acertadamente, concluye que *"como consecuencia de la aplicación de los anteriores criterios resulta que no hay un riesgo de coordinación de la actividad de las entidades financieras que impida autorizar el contrato de accionistas."*

Noveno. Por otra parte, tal y como también argumenta el Servicio, para valorar la contribución del acuerdo al progreso económico y, en particular, a la producción y comercialización de las tarjetas de pago, que es el género al que pertenecen las tarjetas que por medio de las empresas matrices pondrá en el mercado la sociedad a constituir, hay que partir de que, según los interesados, las tarjetas UATP y la tarjeta privada de Iberia son nuevas en el mercado, mientras que la tarjeta Visa-Iberia, que constituye la base de la actividad de la sociedad, ya existe, aunque la comercializan únicamente el Banco Popular y BBVA (éste último en su modalidad de tarjeta para empresas). Ambas entidades son los únicos licenciatarios de la marca Iberia para su aplicación a las tarjetas. Con el acuerdo, la licencia se concede a la sociedad, que será la emisora, y la comercializarán los socios, en todas sus modalidades. Ese mayor número de distribuidores y de tarjetas ofertadas al mercado supone una evidente mejora de

la situación existente. Los usuarios, por su parte, resultarán directamente beneficiados al poder disponer de nuevas y más tarjetas y de una mayor facilidad para adquirirlas (la red de oficinas de las matrices se extiende por todo el territorio del Estado) sin necesidad de tener que abrir una nueva cuanta corriente ni en la sucursal que facilita la tarjeta ni en la entidad a la que ésta pertenece ni en la sociedad emisora.

Además, tal y como también señalan los solicitantes, el aumento del número de tarjetas supone también un ahorro de costes ya que los sistemas de gestión de pagos (Visa o Master Card) cobran una tarifa o comisión unitaria por tarjeta, cuya cuantía se calcula en función del volumen global de tarjetas emitidas y de las transacciones realizadas con ellas. El incremento de ambos parámetros que seguirá a la ejecución del acuerdo producirá una rebaja de la tarifa a satisfacer al sistema de gestión (Visa o Master Card) que podrá trasladarse al usuario.

Las dos primeras condiciones del Art. 3.1 resultan, por ltanto, cumplidas con creces.

Décimo. En cuanto a los otros dos requisitos que debe satisfacer el acuerdo (que las restricciones a la competencia que el acuerdo comporta sean las indispensables para la consecución de los resultados anteriores y que el acuerdo no permite a las partes eliminar la competencia entre ellas respecto de una parte sustancial de los productos contemplados) se debe considerar, tal y como también es analizado por el Servicio, que la restricción que supone la limitación en el número de tarjetas a emitir y su correlativo reparto entre los distribuidores está suficientemente justificada por la naturaleza de las tarjetas, siendo de aceptar las alegaciones de los interesados en este punto. Como son así mismo suficientes las razones que justifican el establecimiento por la sociedad del precio máximo a satisfacer por el usuario para tener la posesión y uso de las tarjetas y las que se refieren a la exclusividad de la distribución a favor de las entidades firmantes del pacto.

Las cláusulas específicas de exclusiva que el acuerdo incorpora tienen también repercusión en los mercados relacionados. En el del transporte aéreo afecta a las compañías competidoras de Iberia que no podrán utilizar los servicios de distribución de las entidades financieras firmantes del acuerdo. Y en el mercado de la banca minorista afecta al resto de entidades financieras que no podrán participar en el negocio de la distribución de las indicadas tarjetas de Iberia. La finalidad a que ambas cláusulas responden

es la protección, en su primera época (5 años), del negocio de la sociedad que se crea frente a sus socios, que renuncian, las entidades financieras, a emitir (lo que no incluye la simple comercialización) tarjetas competidoras con las que emitirá la sociedad, e Iberia a conceder otras licencias para su creación por terceros; salvo que la facturación de la sociedad no alcance al 50% de la prevista en el Plan de Negocios, en cuyo caso Iberia podrá contratar con terceros (cláusula 18.1 y 2). Los interesados concluyen con lógica empresarial que estas restricciones accesorias tienen carácter necesario para la sociedad. El Servicio entiende que, si no como restricciones absolutamente necesarias para el funcionamiento de la sociedad, tienen suficiente justificación, si además se considera el escaso peso que en el mercado relevante tendrán las tarjetas de Iberia, como para que sean mantenidas en la autorización del acuerdo.

Por último, el análisis del mercado relevante y de la actividad que en él desarrollan las partes, realizado con los criterios que utiliza la Comisión lleva a la conclusión de que el acuerdo no aumenta el riesgo de que las partes eliminen la competencia o coordinen su actividad competitiva en relación con el resto de tarjetas que emiten o comercializan en la actualidad.

Undécimo. En conclusión, teniendo en cuenta que en el Informe Propuesta se afirma por último que *“los aspectos anticompetitivos que es posible distinguir en la operación resultan suficientemente compensados o justificados, por lo que el Servicio entiende que el acuerdo es autorizable, con arreglo al Art. 5.1, tal como ha sido presentado, sin necesidad de imponer condiciones, y con la precisión, que se hace a la vista de la amplitud con que se define el objeto de la sociedad a constituir, de que se limita a la emisión de las tarjetas que han sido individualizadas”*, el Tribunal considera que, en este caso, concurren los requisitos enumerados en el artículo 3 de la LDC derivándose efectos positivos para la competencia y los consumidores y usuarios que deben prevalecer sobre algunas consecuencias contrarias al artículo 1 de la citada Ley.

Al objeto de garantizar la seguridad jurídica y el equilibrio contractual, la autorización se entiende concedida en los términos que ha sido propuesta y, por lo tanto, se deben respetar estrictamente todos y cada uno de los plazos establecidos en sus distintas cláusulas contractuales.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mayoría

HA RESUELTO

- Primero** Conceder una autorización singular a Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Grupo Banco Popular (Banco Popular Español, S.A., Banco de Andalucía, S.A., Banco de Castilla, S.A., Banco de Crédito Balear, S.A., Banco de Galicia, S.A., Banco de Vasconia, S.A. y bancopopular-E, S.A.) y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para constituir una empresa en común cuya actividad consistirá en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y, especialmente, de determinadas tarjetas de pago.
- Segundo** La autorización, que se limita a la emisión de las tarjetas que han sido individualizadas, se concede en los términos que ha sido propuesta y, por lo tanto, se deben respetar estrictamente todos y cada uno de los plazos establecidos en sus distintas cláusulas contractuales a contar desde la fecha de esta Resolución quedando sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Tercero** Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que vigile el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución y que proceda a inscribir en el Registro de Defensa de la Competencia el acuerdo que se autoriza (fol. 1699 a 1744 del Servicio en versión no confidencial y fol. 1542 a 1660 en su versión completa).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar de su notificación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS SRES. CASTAÑEDA, COMENGE Y MARTÍNEZ ARÉVALO A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. A 305/01

1.- Respecto de la naturaleza de la operación

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que el acuerdo que se somete a autorización, al tener por objeto la creación de una empresa conjunta que desempeñará con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, es un acuerdo de concentración económica cuya aprobación debería haberse sometido al procedimiento que establece la LDC en su Capítulo II.

Al haberse elegido, en nuestra opinión, sin fundamento válido, el procedimiento que establecen los artículos 3 y 38 LDC para la autorización singular de acuerdos no concentrativos, de carácter temporal y renovables periódicamente mediante nueva autorización administrativa, la Resolución no puede resolver y creemos que, de hecho, no resuelve la inconsistencia de tratar de autorizar temporalmente algo que se crea con carácter permanente.

En efecto, las propias partes notificaron el acuerdo como operación de concentración y sólo ante la recalificación efectuada por el Servicio, con fecha 20 de julio de 2001, optaron por solicitar su autorización en virtud del art. 3 LDC, sin cambiar en absoluto el texto del acuerdo. Por ello, el acuerdo presenta la estructura, e incluso la terminología, propia de una operación de concentración que hacen que su análisis como acuerdo autorizable en virtud del art. 3 resulte extraño. A título de ejemplo anecdótico pueden citarse los derechos de adquisición preferente de acciones que se prevén en los puntos 9.3 a 9.5 del acuerdo entre los accionistas y la clara independencia de la sociedad que se estipula a efectos contables (punto 10 del acuerdo), a efectos de distribución de dividendos y en lo relativo a las relaciones entre la sociedad y los socios (punto 13 para los socios que son entidades financieras y punto 14 para la sociedad IBERIA), todas ellas de escaso sentido en el seno de una autorización.

Con carácter más grave, el acuerdo contiene dos tipos de cláusulas de difícil encaje en una autorización singular como la que se solicita:

a) cláusulas de confidencialidad.

Las partes se comprometen a mantener una fuerte confidencialidad en relación con ciertos aspectos del acuerdo (punto 22). El párrafo 22.1 señala que: *las PARTES convienen en atribuir el carácter de confidencial a la información relativa a la existencia o al contenido del*

presente Acuerdo, deben en consecuencia mantenerla reservada. Sin embargo, la solicitud de que ciertos aspectos de lo acordado entre las partes se mantenga confidencial, cuyo tratamiento se encuentra perfectamente tipificado en el seno de los informes de concentración que se solicitan del Tribunal, no pueden admitirse en los procedimientos de autorización singular, que concluyen con la declaración por parte del Tribunal de que la totalidad del acuerdo sea inscrito en el Registro de Defensa de la Competencia; registro que, de acuerdo con el art. 20 del Real Decreto 157/1992, debe ser público.

En la presente Resolución el Tribunal resuelve:

*“**Tercero:** Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que vigile el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución y que proceda a inscribir en el Registro de Defensa de la Competencia el acuerdo que se autoriza (fol. 1699 a 1744 del Servicio en versión no confidencial y fol. 1542 a 1660 en su versión completa)”.*

Esta Resolución nos parece criticable en cuanto que produce una auténtica contradicción en los términos, al inscribir unos acuerdos que obligan a los firmantes a mantener un sigilo sobre ciertas cláusulas que por el mero hecho del registro están violando.

- b) cláusulas de apertura de la sociedad a nuevos socios.

La autorización singular es, por imperativo legal (art. 4.2 LDC), limitada en el tiempo y parecería lógico que el Tribunal hubiera impuesto un plazo de 5 años, máximo que el Tribunal concede para autorizaciones singulares, en lugar del confuso sistema de plazos parciales establecido en el punto 2 del HA RESUELTO. Resulta, además, que la sociedad creada por los firmantes tiene una clara pretensión de permanencia en el tiempo: se prevé que en el futuro desarrolle nuevas actividades (párrafo final del artículo 3.1 del acuerdo) e, incluso, que sus acciones sean abiertas al público general y admitidas a cotización en bolsa.

Los Vocales que suscriben este voto consideran que esas previsiones son incompatibles con el régimen de autorización singular. La autorización singular se concede habitualmente a acuerdos concretos que, siendo contrarios al art. 1 LDC, reúnen los requisitos previstos en el art. 3 LDC; el Tribunal exige que esos acuerdos estén claramente especificados y, tanto el Servicio en su Informe de seguimiento, como, después, el Tribunal, en el caso de que se solicite la renovación de la autorización, evalúan cuidadosamente si los acuerdos han sido cumplidos en sus justos términos. Así las cosas, ¿cómo debe entenderse la cláusula 3.1 del acuerdo que se somete a autorización?,

¿debe entenderse como una manifestación de las partes en el sentido de que tienen previsto exceder los límites de la autorización concedida por el Tribunal?, ¿debe entenderse que el Tribunal concede una autorización de contenido no especificado?

La misma perplejidad plantea la previsión de un futuro lanzamiento a bolsa de la sociedad constituida. ¿Son conscientes las partes de que la autorización tiene una vigencia limitada, difícilmente compatible con los requisitos de introducción de acciones en los mercados organizados (que, entre otras cosas, requieren un historial relativamente largo de generación de beneficios)?

Las incongruencias señaladas en los párrafos anteriores ponen claramente de manifiesto que la operación tiene difícil encaje en los procedimientos de autorización singular previstos en la Ley; enfrentado el Tribunal con esa operación atípica, los abajo firmantes consideran que debería haber sido devuelta al Servicio para su consideración como operación de concentración.

2.- Respecto al mercado relevante, la posición de dominio de IBERIA y los descuentos de fidelidad.

Para los notificantes el acuerdo afecta esencialmente al mercado de los medios de pago electrónicos, aunque existen dos mercados de producto relacionados, que son los del transporte aéreo y la banca minorista. El informe del Servicio, primero, y la Resolución mayoritaria, después, tratan extensamente el mercado de medios de pago pero apenas otorgan importancia a los efectos de la operación sobre el mercado del transporte aéreo. No obstante, los medios de pago que se desarrollan se encuentran ligados a mecanismos de fidelización que, normalmente, se consideran anticompetitivos cuando son realizados por empresas que ostentan posición de dominio; estos mecanismos resultarían, pues, cuestionables en aquellos itinerarios en los que Iberia ostentase dicha posición.

En concreto:

- a) según el punto 4.3 del Informe del Servicio (pág 1920 del expediente del Servicio) *“La tarjeta privada Iberia es una tarjeta comercial (no bancaria) que sólo puede utilizarse para la compra de billetes de Iberia del puente aéreo Madrid-Barcelona (con posible extensión futura a otros trayectos) cuyo pago se carga diferidamente en la cuenta del cliente y cuyo valor añadido consiste en la obtención de puntos Iberia Plus, la obtención del billete en máquinas expendedoras automáticas y el acceso a una cola específica de entrada en el avión”.*
- b) según el punto 4.1 del Informe del Servicio. *“La tarjeta de marca compartida (Iberia y Visa o Master Card) es una tarjeta bancaria de uso*

universal, utilizable en todos los establecimientos comerciales adheridos al sistema (Visa o Master Card), que no exige la domiciliación de la cuenta corriente, en la que se cargará diferidamente el pago, ni en la entidad emisora ni en la comercialización de la tarjeta; y es de valor añadido, que consiste en la obtención de puntos (uno por cada 2.500 pesetas de gasto) canjeables por los bienes y servicios del programa Iberia Plus (fundamentalmente billetes de avión)”.

Resulta, por tanto, que la tarjeta privada contiene claramente un mecanismo de fidelización aplicable a un trayecto, Madrid-Barcelona, donde podría presumirse que Iberia ostenta una posición de dominio y que la tarjeta de marca compartida podría contener mecanismos de fidelización para otros trayectos. Es más, como señala el punto 3.5 del Informe del Servicio, la tarjeta privada Iberia *podrá hacerse extensiva a toda la red de Iberia* y la sociedad que se crea prevé desarrollar instrumentos similares en el futuro.

En opinión de los Vocales que suscriben, los aspectos relativos al funcionamiento de estas tarjetas deberían haber sido objeto de una investigación más detallada antes de conceder la presente autorización. En concreto, deberían haberse investigado los siguientes aspectos:

- a) qué elementos fidelizadores contiene la tarjeta de marca compartida y a qué otros mercados se pretende extender la tarjeta privada.
- b) si Iberia ostenta posición de dominio en el trayecto Madrid-Barcelona, en los trayectos a los que se pretende extender la tarjeta privada y en aquellos otros en los que se aplican tarjetas con elementos fidelizadores. Debe tenerse en cuenta que la investigación cuidadosa de esa posible posición de dominio resulta posible mediante la utilización de los datos sobre transporte de pasajeros en los distintos itinerarios por parte de las distintas líneas que dispone el llamado Plan de Facturación y liquidación (Billing Settlement Plan), de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA). Las posibles barreras de entrada a la competencia en los distintos itinerarios, podían haberse investigado utilizando los datos sobre derechos de aterrizaje atribuidos a Iberia y disponibles para otras compañías que tiene AENA.
- c) admitiendo que la doctrina comunitaria, aun siendo en principio contraria a la utilización de mecanismo de fidelización por parte de empresas que ostentan posición de dominio, no los condena de forma tajante y unívoca, debería haberse analizado el funcionamiento de esos mecanismos y sus efectos sobre el mercado.

Por faltar esos tres aspectos fundamentales, los Vocales consideran que se ha omitido el análisis de aspectos cruciales de la operación, por lo que ésta

no puede aprobarse con la información, hoy por hoy, disponible en el Tribunal.

En definitiva, por los motivos expresados en los puntos 1 y 2, los Vocales que suscriben consideran que la operación notificada tiene difícil encaje en el seno de un procedimiento de autorización singular y hubiera sido mucho más lógico considerarla, como inicialmente hicieron las empresas notificantes, como una operación de concentración mediante la creación de una sociedad conjunta. Tratada como autorización singular, la operación presenta claras anomalías y el Tribunal no dispone de información sobre todos los extremos necesarios para pronunciarse.

Madrid, 11 de enero de 2002