

RESOLUCIÓN

(EXP. V TC 2457/03 DEL EXTINTO SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 17 de diciembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen ha dictado la siguiente Resolución sobre la ejecución del Acuerdo de Terminación Convencional recaído en el expediente EXP. 2457/03 del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (ahora Dirección de Investigación).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de abril de 2005, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) incoó expediente sancionador por acuerdo de fijación de las tasas de intercambio intersistema contra los sistemas de medios de pago SERVIRED, SC (SERVIRED); SISTEMA 4B, S.A. (4B) y EURO 6000, previa denuncia por parte de las asociaciones de comerciantes y empresas turísticas (ANGED, CAAVE, CEC, FEH y FEHR).
2. Con fecha 5 de diciembre de 2005, los representantes de ANGED, CAAVE, CEC, AVAD, CEHAT (como sucesora universal de FEH), FEHR, SERVIRED, 4B y EURO 6000, al que posteriormente se adhirieron VISA EUROPE LIMITED y VISA EUROPE SERVICES INC., presentaron ante el SDC escrito solicitando la terminación convencional (artículo 36. bis de la Ley 17/1989). En su escrito ponían de manifiesto que los tres sistemas de medios de pago habían suscrito un “Acuerdo Marco regulador de la Fijación de las Tasas de Intercambio en transacciones con pago mediante tarjeta de crédito o débito” (en adelante, el “Acuerdo Marco”) que implicaba, desde su entrada en vigor, el cese en la aplicación de los sistemas de fijación de tasas de intercambio tanto intra-sistema como inter-sistema vigentes hasta ese momento, estableciendo, según los firmantes, un nuevo sistema caracterizado por los principios que se definían en el mismo.

3. El 15 de noviembre de 2006, VISA Europe Limited y VISA Europe Services Inc., desistieron en su condición de interesados en el procedimiento.
4. Con fecha 16 de noviembre de 2006, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, junto con los Sistemas de Medios de Pago SERVIRED, SISTEMA 4B Y EURO 6000 (en adelante, los Sistemas de Medios de Pago) y las asociaciones representativas del comercio ANGED, CAAVE, CEC, AVAD, CEHAT y FEHR (en adelante, comerciantes), suscribieron un Acuerdo de Terminación Convencional (ATC). Dicho Acuerdo conllevaba la asunción de una serie de compromisos que a continuación se transcriben:

“1.- Todas las partes interesadas en el presente expediente aceptan el contenido del Acuerdo Marco, que figura como Anexo I al presente Acuerdo de Terminación Convencional, mediante el que se establece un compromiso por parte de SERVIRED, 4B y EURO 6000 de ajustar su sistema de fijación de Tasas máximas de Intercambio tanto intrasistema como intersistema, a lo acordado en el mismo y caracterizado por los principios de objetividad basada en costes; transparencia; y diferenciación entre operaciones con tarjeta de crédito y con tarjeta de débito; con un compromiso expreso de reducción efectiva de los niveles de TI, de aplicación inmediata y progresiva.

2.- Todas las partes intervinientes convienen en que el contenido de dicho Acuerdo Marco es expresión adecuada del consenso entre los sectores comercial y financiero sobre la materia del Acuerdo y constituye la base eficaz de supresión de conflictos no deseados, mediante la terminación de las impugnaciones jurisdiccionales actualmente en curso, como se pone de manifiesto en el documento que figura como Anexo II.

- Servired S.C.; Sistema 4b, S.A.; y Euro 6000, S.A. se comprometen a, una vez aprobada la terminación convencional del expediente 2457/02 por el Servicio de Defensa de la Competencia, desistir definitivamente de la aplicación de sus actuales sistemas de fijación de tasas de intercambio y de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra las Resoluciones y Auto del Tribunal de Defensa de la Competencia a que se hace referencia en el dispositivo Segundo, que penden ante la Sala de dicho orden de la Audiencia Nacional. Así mismo, las entidades procesadoras realizarán sus mejores esfuerzos para que también procedan al desistimiento el resto de las entidades que han interpuesto recursos contencioso-administrativo contra dichas resoluciones.

- Las entidades representativas del sector del Comercio, partes en el presente expediente, declaran que el presente Acuerdo hace innecesario el ejercicio de eventuales acciones de resarcimiento en relación con las tasas de intercambio, y consideran satisfechos todos los intereses implicados, y, en consecuencia, renuncian al ejercicio de cualesquiera acciones, de resarcimiento u otras, para las que, en relación con la aplicación hasta el día de hoy de los sistemas de fijación de una u otra clase de tasas de intercambio, pudieran estar legitimadas.

3.- Los SMP y las entidades representativas del comercio, partes en el presente expediente, se comprometen a colaborar con el Observatorio de Medios de Pago

Electrónicos, creado mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006. Dicho Observatorio se ha constituido como órgano consultivo, asesor, de coordinación y colaboración entre la Administración General del Estado, las organizaciones representativas del comercio, las entidades financieras emisoras de tarjetas y los consumidores y usuarios, con el objeto de estudiar y analizar los procesos y la evolución de los procesos de pago electrónicos.

4.- Las entidades procesadoras se comprometen a dotar un fondo, por importe total de tres millones de euros, de aportación progresiva y proporcional a lo largo de los años 2006, 2007 y 2008, que se destinará a realizar acciones dirigidas a impulsar la utilización de las tarjetas como medio de pago, especialmente su difusión entre el pequeño comercio y cuya supervisión correrá a cargo del “Observatorio”.

5. El Acuerdo Marco preveía la presentación por parte de los SMP de unos estudios de costes que sirvieran de base para el cálculo de las tasas de intercambio. De acuerdo con ello, la estipulación sexta del ATC se indica que cada sistema de medios de pago encomendará a una empresa auditora la realización de un estudio de costes que calcule un valor máximo de las tasas de intercambio intra-sistema para cada una de las tarjetas, estudio que debía estar finalizado a 31/7/2008 y comenzaría a aplicarse el 1/1/2009.

El Acuerdo Marco preveía la aplicación de unos límites máximos para las tasas de intercambio con carácter transitorio. En la estipulación séptima del ATC se dice textualmente:

“7. Período transitorio y compromiso de reducción progresiva de las TI intra-sistema:

- *Con carácter transitorio hasta 31/12/2008, en que está previsto la aplicación del límite máximo derivado del estudio de costes, se establecen unos límites para cada uno de los tres años de vigencia.*
- *Se prolongará, si es necesario hasta el 2010, mientras no se produzca la efectiva aplicación del límite máximo derivado del estudio de costes.*
- *El límite transitorio se aplica en función de tres tramos que se establecen según volumen de facturación con tarjetas; para cada comercio (incluidas redes de distribución unitarias), en el año anterior, según el siguiente cuadro (...).”*

| TRAMOS | 2006 | | 2007 | | 2008 | | 2009-2010 | |
|------------------|-------------|------------|-------------|------------|-------------|------------|-------------|------------|
| Euros (€) | Crédito (%) | Débito (€) | Crédito (%) | Débito (€) | Crédito (%) | Débito (€) | Crédito (%) | Débito (€) |
| 0 a 100 mill. | 1,40 | 0,53 | 1,30 | 0,47 | 1,10 | 0,40 | 0,79 | 0,35 |
| 100 a 500 mill. | 1,05 | 0,36 | 0,84 | 0,29 | 0,63 | 0,25 | 0,53 | 0,21 |
| Más de 500 mill. | 0,66 | 0,27 | 0,66 | 0,25 | 0,54 | 0,21 | 0,45 | 0,18 |

Fuente: Tabla recogida en la estipulación séptima del ATC 2457/03

6. El Acuerdo Marco en el que se basa el ATC entró en vigor el 1 de enero de 2006 y estaba previsto que tuviera una duración de 5 años y que posteriormente se renovase por períodos sucesivos de 2 años.

En el ATC (página 26. apartado VIII: Acuerdo) se acordó: *“los compromisos del ATC estarán en vigor desde la firma del mismo y se mantendrán mientras no se produjeran cambios relevantes que pudieran afectarles, correspondiendo a las Autoridades de Competencia en exclusiva la valoración de dichos cambios”*.

7. Este ATC dio lugar a la apertura del correspondiente expediente de vigilancia por parte del extinto Servicio de Defensa de Competencia.
8. El 29 de julio, 31 de julio y 4 de agosto de 2008, respectivamente, EURO 6000, SERVIRED y SISTEMA 4B comunicaron a la ya creada Dirección de Investigación que tenían a su disposición los estudios de costes exigidos por la estipulación sexta del ATC. Tales estudios tuvieron entrada en la Dirección de Investigación el 19 de septiembre de 2008.
9. El 19 de diciembre de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito de los SMP comunicando que, en caso de que las tasas resultantes de la aplicación de los costes de los estudios aportados en septiembre fueran superiores a los tramos establecidos en el ATC para 2008, a partir del 1 de enero de 2009 *“dichos valores límite por tramos seguirían siendo de aplicación como límites máximos concurrentes para los niveles de facturación establecidos”*.
10. En enero de 2009 la Dirección de Investigación manifestó a los SMP que, en virtud de lo dispuesto en la estipulación séptima del ATC, durante 2009 y a la espera de que la Comisión Europea se pronunciara sobre los expedientes que está tramitando en relación con tasas de intercambio, no se aplicaría el límite máximo derivado de los estudios de costes sino las tasas establecidas por defecto en la tabla de tasas por tramos del ATC.
11. El 19 de julio de 2009 la Dirección de Investigación elevó al Consejo informe propuesta de vigilancia del expediente de referencia en vista del cual, con fecha 29 de

julio de 2009, el Consejo de la CNC resolvió que no procedía aplicar a las tasas de intercambio intrasistema los límites máximos derivados de los estudios de costes que cada sistema de medios de pago presentó a la Dirección de Investigación en el marco del expediente de vigilancia. Además, el Consejo instó a que se aplicasen las tasas de intercambio previstas en la cuarta columna hasta el 31 de diciembre de 2010, final del periodo de vigencia del ATC.

12. Con fecha 16 de junio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de SISTEMA 4B comunicando que, a la vista de la resolución del Consejo de 29 de julio de 2009, entendía que no era necesario elaborar nuevos estudios de costes para dar cumplimiento al ATC. Sin embargo, con objeto de obtener la máxima seguridad jurídica, solicitaba a la Dirección de Investigación que confirmase que no era necesario poner a disposición de la CNC nuevos estudios de costes.
13. Asimismo, con fecha 1 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de SERVIRED comunicando que, a la vista de la Resolución de la CNC de 29 de julio de 2009, entendía que ese Consejo había excluido el criterio de costes medios de los emisores para la fijación de los valores máximos de las tasas de intercambio intra-sistema y, en consecuencia, no consideraba necesario presentar a la CNC nuevos estudios de costes antes del 31 de julio de 2010. Sin embargo, con objeto de obtener la máxima seguridad jurídica solicitaba a la Dirección de Investigación que, en caso de no estar de acuerdo, se lo comunicase.
14. Con fecha 14 de julio de 2010, la Dirección de Investigación notificó a todos los interesados en el expediente que *“teniendo en cuenta que el Consejo de la CNC, en su resolución de 29 de julio de 2009, señaló que el 31 de diciembre de 2010 es el final del periodo de vigencia del ATC (FD5º) e instó a los medios de pago a aplicar hasta esa fecha como máximo las tasas de intercambio intrasistema previstas en la cuarta columna de la tabla incluida en la estipulación séptima del ATC, esta Dirección considera que no procede la presentación a la CNC de estudios de costes en el marco de la vigilancia del expediente de referencia”*.
15. Con fecha 21 de julio de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación copia de los escritos que ANGED, AVAD y CEC remitieron el 20 de julio a los SMP solicitándoles información sobre los valores máximos de las tasas de intercambio intrasistema que aplicarían a partir del 1 de enero de 2011.
16. Con fecha 28 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia de la respuesta de EURO 6000 a esa carta, manifestando que su intención era continuar sometiendo las tasas a una evaluación continua teniendo en cuenta las circunstancias del mercado, la legalidad vigente y las directrices de las autoridades competentes.
17. Asimismo, el 30 de julio de 2010, EURO 6000 manifestó a la Dirección de Investigación sus reservas respecto de la interpretación que realizó en su notificación de 14 de julio del ATC y en particular de su vigencia. EURO 6000 manifestó que realiza rutinariamente el análisis de los costes de sus actividades y, entre ellos, de los relacionados con las tasas de intercambio y que consideraba oportuno poner a disposición de la Dirección de Investigación su estudio más reciente.

18. El 30 de julio de 2010, SISTEMA 4B remitió a la Dirección de Investigación copia de la respuesta a la carta de la CEC, indicando que el ATC estaba plenamente vigente hasta el 31 de diciembre de 2010 (salvo prórroga) y que no podían anticiparles ninguna posición de futuro.
19. Con fecha 2 de agosto de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia de la carta que ANGED, AVAD y CEC remitieron el 31 de julio a los SMP, manifestando su punto de vista sobre la vigencia del ATC e instándoles a facilitarles la información solicitada el 20 de julio sobre las tasas aplicables en 2011.
20. Con fecha 5 de agosto de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia la respuesta de EURO 6000 a la carta de ANGED, AVAD y CEC, manifestando que aún no existía doctrina contrastada sobre tasas de intercambio y que estaba en su ánimo someterse a la legalidad y mantener soluciones equilibradas.
21. Con fecha 10 de octubre de 2010, ANGED, AVAD y CEC remitieron a la Dirección de Investigación copia de su respuesta a SISTEMA 4B, aceptando su disposición a negociar las tasas de intercambio.
22. Con fecha 28 de octubre de 2010, ANGED, AVAD y CEC remitieron a la Dirección de Investigación copia de las cartas enviadas a cada uno de los SMP proponiéndoles fechas para negociar las tasas aplicables a partir del 1 de enero de 2011.
23. Con fecha 3 de noviembre de 2010 la Dirección de Investigación dio traslado a las partes interesadas en el expediente de referencia de la siguiente propuesta de informe de vigilancia.

“Algo más de un año después de la decisión del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2009, persisten las dudas sobre la validez de la metodología de fijación de las tasas de intercambio en base a costes y continúa la revisión del enfoque de los casos relativos a sistemas de medios de pago en el ámbito de la aplicación del derecho comunitario, razones por las cuales esta Dirección de Investigación comunicó en julio de 2010 a los SMP y a los comerciantes que no procedía la presentación a la CNC de estudios de costes en el marco de la vigilancia del expediente de referencia.

A la vista de todo lo anterior, esta Dirección de Investigación ha elaborado este informe de vigilancia que, tras el análisis, de las alegaciones que, en su caso, formulen las partes, trasladará al Consejo de la CNC con las siguientes propuestas:

- 1. Los SMP deberían aplicar las tasas previstas en la cuarta columna de la estipulación séptima del ATC para 2009-2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, final del periodo de vigencia del ATC.*
- 2. Esta Dirección de Investigación entiende necesario adelantar la propuesta de finalización de vigilancia del ATC y, en consecuencia, la resolución del Consejo que ponga fin a la vigilancia del expediente de referencia, por razones de eficiencia administrativa, para otorgar a las partes plazo suficiente para determinar las tasas de intercambio que se aplicarán desde el 1 de enero de 2011.*

En caso de detectar indicios de prácticas restrictivas de la competencia, en virtud de los artículos 49 de la LDC y 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación podrá, a iniciativa propia, por denuncia o a instancias del Consejo de la CNC, iniciar el correspondiente expediente sancionador.”

24. Con fecha 23 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación alegaciones de SERVIRED a la propuesta de informe de vigilancia. En ellas afirma que está cumpliendo con la Resolución del Consejo de 29 de julio de 2009; que la revisión del enfoque de análisis de los casos de medios de pago sigue abierta en Europa, lo que genera incertidumbre jurídica y dificulta la decisión de ulteriores decisiones; y que, aunque no se opone, no estima necesario anticipar la resolución de fin de vigilancia del expediente. Por último, solicita que la decisión que en su día adopte el Consejo de la CNC constatare de forma expresa el cumplimiento íntegro por SERVIRED de los términos de los compromisos asumidos en virtud del ATC y la posterior resolución del Consejo de 29 de julio de 2010.
25. Con fecha 23 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación alegaciones a la propuesta de informe de vigilancia de SISTEMA 4B. Considera SISTEMA 4B que los constantes cambios de criterio de las autoridades comunitarias en el asunto Visa II, Mastercard y Visa III han ocasionado inseguridad jurídica en cuanto a las tasas de intercambio que se deben aplicar. Estos cambios de criterio se aplican también a las autoridades españolas de defensa de la competencia, siendo la última manifestación de ello la Resolución de julio de 2009. SISTEMA 4B califica la finalización del ATC como un nuevo “bandazo regulatorio”, que agravaría la seguridad jurídica y solicita que se prorrogue el ATC por períodos sucesivos de dos años, al menos hasta que se pronuncie el Tribunal General sobre el asunto Mastercard, se revise el método propuesto por Visa para débito y se regule el crédito. De no prorrogarse el ATC, 4B intentará ajustarse a la normativa de competencia, a pesar de lo difícil que resulta realizar una autoevaluación con garantías. SISTEMA 4B afirma que ha cumplido los términos del ATC.
26. Con fecha 23 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación alegaciones a la propuesta de informe de vigilancia de ANGED, CEC y AVAD. Las tres asociaciones están de acuerdo con que la vigencia del ATC termina el 31 de diciembre de 2010 puesto que opinan que, tal y como preveía el ATC, la CNC ha apreciado la existencia de cambios relevantes que afectan a los compromisos y porque, habiendo sido excluido el criterio de costes medios de emisión, el propio ATC prevé que sus efectos se extiendan únicamente hasta el 31 de diciembre de 2010. Entienden, además, que existen suficientes criterios para que cada uno de los SMP puedan hacer la autoevaluación necesaria para adoptar acuerdos que no contravengan el derecho de la competencia, como la Decisión de la Comisión Europea en el asunto Visa 2002, las resoluciones del TDC de 11 de abril de 2005 y los compromisos asumidos recientemente por Visa y Mastercard en los procedimientos comunitarios, a lo que se añade el método del “tourist test”, que de acuerdo con la Comisión Europea ofrece un marco de referencia razonable para evaluar un nivel de tasas de intercambio adecuado. Por último, proponen que el Consejo resuelva que el nivel de tasas de intercambio que se aplique a partir del 1 de enero de 2011 tenga como orientación los niveles máximos

de 0,30% para operaciones de crédito y 0,20% para operaciones de débito, aceptados por la Comisión Europea para tasas de intercambio transfronterizas.

27. Con fecha 3 de diciembre de 2010 la Dirección de Investigación ha elevado al Consejo informe de vigilancia al Consejo en el que propone al Consejo:

“1. Que se dé por concluida la vigilancia del ATC de 16 de noviembre de 2006, relativo a las tasas de intercambio intrasistema e intersistema, el 31 de diciembre de 2010 por haber terminado el periodo de vigencia del mismo con la misma fecha.

2. Que se comuniquen a las partes firmantes del citado ATC que partir del 1 de enero de 2011, deberán determinar libremente las tasas de intercambio que aplicarán, respetando, en todo caso, las disposiciones de la LDC”.

28. Con posterioridad a ello se han recibido en la CNC las alegaciones de EURO 6000 a la propuesta de la Dirección de Investigación notificada el 3 de noviembre de 2010. Considera esa parte que el acuerdo de terminación convencional es un acto administrativo cuya vigencia no se encuentra sometida a término. No obstante, reconoce que el ATC contiene la previsión de que su vigencia decaerá ante la aparición de cambios relevantes que pudieran afectar a los compromisos. Esto no es más que un supuesto de autorregulación de la revocación de un acto administrativo. En su opinión, no se ha acreditado de manera suficiente la existencia de cambios relevantes que pudieran justificar la revocación del ATC. No ha habido un cambio objetivo en los presupuestos de hecho esenciales que determinaron en su momento la adopción del acto administrativo. Por ello, solicita al Consejo que se desestime cualquier solicitud destinada a obtener la revocación del ATC o, subsidiariamente, en el caso de que durante la tramitación del presente expediente se produjera un pronunciamiento comunitario oficial y explícito sobre la aplicación de una metodología de cálculo de las tasas de intercambio para débito directo distinta a la ligada a los costes del emisor, se acuerde la revocación parcial o revisión del ATC con la concesión del plazo de un año para la elaboración de estudios sobre el cambio de metodología y determinación de nuevos niveles de tasas de intercambio para este tipo de transacciones.

29. El Consejo de la CNC ha deliberado y fallado la presente Resolución en su reunión del día 15 de diciembre de 2010.

30. Son interesados en este expediente de vigilancia las siguientes entidades:

- SERVIRED SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDIOS DE PAGO, S.A.
- SISTEMA 4B
- EURO 6000
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN (ANGED)
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COMERCIO (CEC)
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT)
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOSTELERÍA (FEHR)

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE VENTA A DISTANCIA (AVAD)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la CNC y cuya disposición Adicional Sexta declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, subrogándose la CNC en los derechos y obligaciones de los que estos órganos sean titulares.

El artículo 41 establece que:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

(...)

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración.”

A este respecto, el artículo 35 de la Ley 15/2007 reconoce entre las funciones de la Dirección de Investigación *“c) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”*

En cuanto al Consejo, el artículo 34 de la Ley 15/2007 establece que es el órgano competente para, a propuesta de la Dirección de Investigación, *“e) Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”*.

SEGUNDO. La presente Resolución trae causa en la vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) que en noviembre de 2006 suscribieron el entonces Servicio de Defensa de la Competencia, las asociaciones de comerciantes y los medios de pago en relación a las tasas máximas de intercambio, tanto intra-sistema como inter-sistema, a aplicar por los Sistemas de Medios de Pago. Dicho Acuerdo se basaba en el cumplimiento de siguientes principios concurrentes: objetividad basada en costes; transparencia y diferenciación entre operaciones con tarjeta de crédito y con tarjeta de débito y compromiso expreso de reducción efectiva de los niveles de tasas de intercambio, de aplicación inmediata y progresiva.

Para su instrumentación, el acuerdo preveía la presentación de unos estudios de costes que sirvieran de base para el cálculo de las tasas de intercambio a aplicar a partir de 1 de enero de 2009. No obstante, de acuerdo con el principio de reducción efectiva e inmediata de los

niveles de tasas de intercambio, el Acuerdo preveía la aplicación de unos límites máximos para las tasas de intercambio con carácter transitorio hasta 31 de diciembre de 2008. Tales límites diferenciaban entre volumen de la transacción y entre operaciones de crédito y débito y eran decrecientes a lo largo de 2006, 2007 y 2008. Además, el propio Acuerdo prevé en su estipulación Séptima que los límites transitorios *se prolongarán, si es necesario hasta el 2010, mientras no se produzca la efectiva aplicación del límite máximo derivado del estudio de costes*. De hecho, en el Acuerdo se fijan tales límites máximos para el periodo 2009/2010 (la denominada “cuarta columna” de la tabla).

Tal y como se analizó en la Resolución de este Consejo de 29 de julio de 2009, en el marco de la vigilancia del presente expediente las partes presentaron los estudios de costes anunciados. La Dirección de Investigación analizó los estudios de costes presentados y las implicaciones que para la fijación de las tasas de intercambio intra-sistema máximas los mismos pueden tener a la vista del contexto jurídico económico. En vista de este análisis, diversos motivos llevaron al Consejo a concluir que no procedía aplicar a las tasas de intercambio intra-sistema los límites máximos derivados de los estudios de costes (FD Sexto de la Resolución citada). Primero, las dudas sobre la metodología de los estudios de costes presentados a la Dirección de Investigación por los SMP. Segundo, los límites máximos que resultarían de la aplicación de los estudios de costes serían más elevados que los límites máximos previstos transitoriamente en el ATC, contraviniendo el compromiso expreso de reducción efectiva de los niveles de tasas de intercambio, base de dicho ATC. Tercero, la profunda revisión del enfoque de los casos relativos a sistemas de medios de pago que se estaba produciendo en el ámbito de la aplicación del derecho comunitario, que ponía en duda la metodología de fijación de las tasas de intercambio en base a costes. Este motivo no ha hecho sino verse corroborado desde entonces, puesto que los pronunciamientos de la Comisión Europea han ido en la línea de alejarse de la metodología de cálculo de las tasas de intercambio basadas en costes y evolucionar hacia otras metodologías (la última de ellas recaída en la Decisión en el asunto 39.398 VISA MIF, 8 de diciembre de 2010).

En vista de ello, en su Resolución de 29 de julio de 2009 el Consejo de la CNC acordó que no procedía aplicar a las tasas de intercambio intra-sistema los límites máximos derivados de los estudios de costes que cada sistema de medios de pago presentó a la Dirección de Investigación en el marco del expediente de vigilancia. Además, el Consejo, en su calidad de órgano resolutorio en materia de vigilancia bajo la LDC, instó a que se aplicasen las tasas de intercambio previstas en la cuarta columna hasta el 31 de diciembre de 2010, final del periodo de vigencia del ATC.

TERCERO. Puesto que no procede aplicar a las tasas de intercambio intra-sistema los límites máximos derivados de los estudios de costes, el ATC suscrito el 16 de noviembre de 2006 pierde su objeto una vez finalizada la aplicación de los límites máximos para las tasas de intercambio que se previeron con carácter transitorio. La consecuencia lógica de ello es la finalización de la vigencia de la terminación convencional coincidiendo con el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que expiran los límites transitorios acordados para las tasas de intercambio.

EURO 6000 parte de un claro error de concepto cuando pretende identificar la finalización de una vigilancia con una revocación encubierta de un acto administrativo. Como es bien

sabido, a diferencia de lo que ocurre con las normas, los actos administrativos, como es el ATC, no tienen vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico sino que se caracterizan por tener una duración determinada, más o menos extensa, que dependerá de la cuestión o problema que a través de ellos se pretenda resolver. En el presente caso, la Resolución de Vigilancia de 2009, dictada dentro de las competencias del Consejo de la CNC para interpretar todas las cuestiones que se puedan suscitar durante el procedimiento de vigilancia de cumplimiento de sus actos, ya ponía de manifiesto cuando debía entenderse que se agotaba la vigencia del ATC. Ello en absoluto contradice al ATC sino que se limita, de acuerdo con su contenido, a concretar el momento en el que su vigencia debe entenderse concluida.

Expirada la vigencia del ATC y en vista de que la Dirección de Investigación no traslada en su propuesta motivo alguno para considerar incumplido dicho Acuerdo en alguno de sus términos, procede por este Consejo declarar el cierre de la vigilancia del mismo.

CUARTO. Las partes son libres para determinar las tasas de intercambio que se aplicarán a partir del 1 de enero de 2011, siempre y cuando lo hagan con pleno respeto a las disposiciones de la Ley 15/2007 y, en particular, del artículo 1.

En este sentido, este Consejo considera que no procede atender a la petición de prórroga de los límites transitorios a las tasas de intercambio establecidos en el ATC. En primer lugar, porque no resultaría justificado prorrogar un periodo transitorio previsto en el marco de dicho ATC que perseguía un sistema al que ya no se tiende. En segundo lugar por innecesario, puesto que las partes son libres de acordar dicha prórroga sin decisión administrativa al respecto, siempre que dicho acuerdo cumpla las condiciones previstas en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007.

Por similares razones, tampoco procede atender a la petición de las asociaciones de comerciantes de que el Consejo fije unos límites máximos a las tasas de intercambio de 0,30% para operaciones de crédito y 0,20% para operaciones de débito. Ciertamente la erradicación de determinadas conductas prohibidas puede llevar en ciertos casos a la aceptación de compromisos o a la imposición de condiciones (art. 53.2.b) para resolver los problemas de competencia. Pero la CNC no puede ni debe excederse en el recurso a este tipo de mecanismos para adoptar unilateralmente el papel de regulador de precios. Menos aún en el marco de un expediente de vigilancia, donde lo que corresponde es verificar la correcta ejecución de una Resolución -en este caso Acuerdo- previamente adoptado.

En respuesta a determinadas alegaciones manifestadas por los sistemas de medios de pago, el Consejo no considera que la presente Resolución sea causante de inseguridad jurídica para las partes. En el marco de la presente vigilancia y, en particular, desde la Resolución de 29 de julio de 2009 e incluso previamente con la Propuesta de la Dirección de Investigación de la que se dio traslado a los interesados, la CNC anticipó, primero, la improcedencia de aplicar a las tasas de intercambio intra-sistema los límites máximos derivados de los estudios de costes presentados por los SMP. Después, de manera consecuente con lo anterior, su intención de dar por concluida la vigencia del ATC. Las partes han podido alegar en todo momento al respecto y sus alegaciones han sido atendidas, aunque no necesariamente compartidas, por este Consejo.

La libertad para negociar un elemento de la política comercial, en este caso las tasas de intercambio, no puede interpretarse como causa generadora de inseguridad jurídica. Menos aun cuando han existido en cada momento resoluciones que orientan sobre los criterios de las autoridades de competencia a la hora de interpretar los acuerdos en materia de tasas de intercambio. El hecho de que a lo largo del tiempo se hubieran podido producir modificaciones en los criterios adoptados por las autoridades de competencia no deja de resultar lógico en unos mercados que se encontraban en desarrollo y en la medida en que tales modificaciones encuentran justificación.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Consejo

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que la vigencia del Acuerdo de Terminación Convencional de 16 de noviembre de 2006 finaliza el 31 de diciembre de 2010 y, con ello, dar por concluida la vigilancia del cumplimiento de la mencionada Resolución.

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