



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 6 de julio de 2017¹

Asunto C-304/16

American Express Co.
contra
The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury,
con intervención de:
Diners Club International Ltd,
MasterCard Europe SA

[Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, División de la Reina — Tribunal de lo contencioso administrativo, Reino Unido)]

«Reglamento (UE) 2015/751 — Operaciones de pago con tarjeta — Tasas de intercambio en las operaciones de pago con tarjeta — Régimen de tarjetas de pago cuatripartito — Régimen de tarjetas de pago tripartito — Concepto de emisor de tarjeta — Tarjeta de pago tripartita con marca combinada — Tarjeta de pago tripartita con agente»

1. Detrás de una operación tan usual y, en apariencia, tan simple como el pago mediante tarjeta de los bienes y servicios adquiridos, se esconde un complejo entramado de relaciones jurídicas que los consumidores difícilmente llegan a intuir. Como mínimo, en cada transacción con tarjeta de pago intervienen, además del consumidor y el comerciante, el banco o los bancos de uno y otro, así como la entidad gestora de la tarjeta.

2. Entre los elementos más relevantes de esa trama se hallan las comisiones² que las entidades financieras cobran, a cambio de los servicios que ofrecen a los consumidores y a los comerciantes, para facilitar el uso de las tarjetas de pago. Después de que la Comisión Europea haya aplicado las normas sobre protección de la libre competencia a las «tasas multilaterales de intercambio»³ del sistema de pago MasterCard, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas.⁴

3. Al Tribunal de Justicia se le plantea ahora otro problema, a saber, la diferenciación entre los dos grandes modelos de regímenes⁵ de tarjetas de pago: el cuatripartito (el más extendido, que encarnan MasterCard y Visa) y el tripartito (representado, entre otros, por American Express y Diners Club).

¹ Lengua original: español.

² El término «comisión» se emplea aquí en sentido amplio, sin perjuicio de analizar ulteriormente sus rasgos y sus subcategorías. En particular, la expresión habitual para designar una de estas últimas (la que es relevante para el litigio) es la denominada «tasa de intercambio».

³ En lo sucesivo, «TMI».

⁴ Sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:2201).

⁵ Como sinónimos de «regímenes de tarjetas de pago» se usan las locuciones «redes de tarjetas de pago», «esquemas de tarjetas de pago» o «sistemas de tarjetas de pago».

4. El Reglamento (UE) 2015/751⁶ limita las tasas de intercambio en los sistemas cuatripartitos y deja libertad para la fijación de las comisiones en los tripartitos. Como las disparidades entre los dos sistemas no resultan evidentes a la luz de ese Reglamento, el Tribunal de Justicia está llamado a clarificarlas, si la cuestión prejudicial que suscita el tribunal de reenvío fuera admisible.

I. Marco jurídico: derecho de la Unión

5. Las tasas de intercambio constituyen uno de los costes más importantes en las operaciones de pago con tarjeta. Ante las diversidades existentes entre los Estados miembros, que afectaban negativamente a la integración del mercado europeo de pagos al por menor (distintos del efectivo), la Unión ha optado por armonizarlas, con objeto de reducir su cuantía y mejorar su control.

6. Con este fin se ha aprobado el Reglamento. Dado que es una disposición de aplicación directa, no requiere, en principio, la elaboración de normas nacionales de desarrollo (a excepción de las sanciones, cuya determinación e imposición se ha confiado a los Estados miembros, a tenor de la remisión expresa del artículo 14, apartado 1, del Reglamento).

7. El Reglamento ha tenido presentes los dos modelos de regímenes de pagos con tarjeta: los cuatripartitos y los tripartitos. En relación con ellos, los considerandos que a continuación se transcriben establecen lo siguiente:

«(28) Las operaciones de pago con tarjeta se realizan en general sobre la base de dos modelos empresariales principales, denominados “regímenes de tarjetas de pago tripartitos” (titular de la tarjeta — régimen adquirente y emisor — comerciante) y “regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos” (titular de la tarjeta — banco emisor — banco adquirente — comerciante). Muchos regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos utilizan una tasa de intercambio explícita que es multilateral en la mayoría de los casos. Para reconocer la existencia de tasas de intercambio implícitas y contribuir a la creación de unas condiciones de competencia equitativas, los regímenes de tarjetas de pago tripartitos que utilizan proveedores de servicios de pago como emisores o adquirentes deben ser considerados regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos y seguir las mismas normas, mientras que las medidas de transparencia y otras medidas relacionadas con las normas empresariales deben aplicarse a todos los proveedores. Sin embargo, teniendo también en cuenta las particularidades de estos regímenes tripartitos, conviene permitir que durante un período transitorio los Estados miembros puedan decidir no aplicar las normas sobre el límite a la tasa de intercambio, si tales regímenes tienen una cuota de mercado muy limitada en el Estado miembro en cuestión.

(29) El servicio emisor se basa en una relación contractual entre el emisor del instrumento de pago y el ordenante, con independencia de que el emisor tenga o no en su poder los fondos por cuenta del ordenante. El emisor facilita tarjetas de pago al ordenante, autoriza operaciones en los terminales de pago o en sus puntos equivalentes y puede garantizar el pago al adquirente de las operaciones que sean conformes con las normas del régimen correspondiente. No constituye por tanto emisión la mera distribución de tarjetas o servicios técnicos de pago como el simple tratamiento y conservación de datos.

[...]

(32) Los consumidores suelen desconocer las tasas abonadas por los comerciantes por el instrumento de pago que utilizan. Al mismo tiempo, los emisores aplican una serie de prácticas incentivadoras (como bonos de viaje, primas, descuentos, retrocesiones de gastos, seguros gratuitos, etc.) que

⁶ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta (DO 2015, L 123, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento»).

pueden conducir a los consumidores a utilizar instrumentos de pago, generando así unas tasas elevadas a los emisores. Para contrarrestar este fenómeno, las medidas que impongan restricciones en relación con las tasas de intercambio solo deben aplicarse a las tarjetas de pago que se han convertido en productos masivos, que los comerciantes difícilmente pueden rechazar debido a su emisión y utilización generalizadas (es decir, las tarjetas de débito y de crédito de particulares). Para mejorar la eficacia del funcionamiento del mercado en los segmentos no regulados del sector y limitar la transferencia de actividades del segmento regulado a los segmentos no regulados, es necesario adoptar una serie de medidas, incluida la separación del régimen y la infraestructura, la regulación de la orientación del ordenante por el beneficiario y la aceptación selectiva de instrumentos de pago por el beneficiario.

- (33) Separar el régimen de la infraestructura debe permitir a todas las entidades procesadoras competir por los clientes de los regímenes. Como el coste del procesamiento es una parte sustancial del coste total de la aceptación de una tarjeta, es importante que esta parte de la cadena de valor esté abierta a la competencia efectiva. A efectos de la separación del régimen y la infraestructura, los regímenes de tarjetas y las entidades procesadoras deben ser independientes en lo que se refiere a la contabilidad, la organización y el proceso de toma de decisiones.

[...]»

8. El artículo 1, encuadrado en el capítulo I («Disposiciones generales»), afirma:

«1. El presente Reglamento establece requisitos técnicos y comerciales uniformes para las operaciones de pago con tarjeta que se realicen dentro de la Unión, cuando tanto el proveedor de servicios de pago del ordenante como el proveedor de servicios de pago del beneficiario estén situados en la Unión.

[...]

3. El capítulo II no es aplicable a:

- a) las operaciones con tarjetas de empresa;
- b) las retiradas de efectivo en cajeros automáticos o en la ventanilla de un proveedor de servicios de pago, y
- c) las operaciones con tarjetas de pago emitidas por regímenes de tarjetas de pago tripartitos.

4. El artículo 7 no es aplicable a los regímenes de tarjetas de pago tripartitos.

5. Se considerarán regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos los regímenes de tarjetas de pago tripartitos que concedan licencia a otros proveedores de servicios de pago para emitir instrumentos de pago basados en una tarjeta y/o adquirir operaciones de pago con tarjeta, o que emitan instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente. No obstante, en las operaciones de pago nacionales tales regímenes de tarjetas de pago tripartitos podrán quedar exentos, de manera individualizada, del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el capítulo II hasta el 9 de diciembre de 2018, a condición de que las operaciones de pago con tarjeta realizadas en un Estado miembro en el marco del régimen de tarjetas de pago tripartito correspondiente no excedan anualmente del 3 % del valor del conjunto de las operaciones de pago con tarjeta realizadas en dicho Estado miembro.»

9. El artículo 2 contiene una amplia lista de definiciones de los términos utilizados. Para este asunto son de especial interés las de los puntos 2, 10 a 12, 15 a 18 y 32, cuyo tenor literal es como sigue:

«A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

[...]

2) “emisor”: un proveedor de servicios de pago que ha suscrito un contrato con el fin de proporcionar a un ordenante un instrumento de pago para el inicio y el procesamiento de operaciones de pago con tarjeta del ordenante;

[...]

10) “tasa de intercambio”: una comisión pagada directa o indirectamente (es decir, a través de un tercero) por cada operación efectuada entre el emisor y el adquirente que intervienen en una operación de pago con tarjeta. La compensación neta u otra remuneración acordada forman parte de la tasa de intercambio;

11) “compensación neta”: el importe neto total de los pagos, descuentos o incentivos abonados a un emisor por el régimen de tarjetas de pago, el adquirente o cualquier otro intermediario en relación con operaciones de pago con tarjeta o actividades conexas;

12) “tasa de descuento”: una comisión pagada por el beneficiario al adquirente en relación con operaciones de pago con tarjeta;

[...]

15) “tarjeta de pago”: categoría de instrumentos de pago que permiten al ordenante iniciar una operación con tarjeta de débito o de crédito;

16) “régimen de tarjetas de pago”: conjunto único de disposiciones, prácticas, normas y/o directrices de aplicación para la ejecución de operaciones de pago con tarjeta, que es independiente de cualquier infraestructura o sistema de pago en que se sustente su funcionamiento y en el que se incluyen cualesquiera órganos, organizaciones o entidades decisorios específicos que sean responsables de su funcionamiento;

17) “régimen de tarjetas de pago cuatripartito”: un régimen de tarjetas de pago en el que las operaciones con tarjeta de pago se efectúan desde la cuenta de pago de un ordenante a la cuenta de pago de un beneficiario por intermediación del régimen, un emisor (por parte del ordenante) y un adquirente (por parte del beneficiario);

18) “régimen de tarjetas de pago tripartito”: un régimen de tarjetas de pago en el que el propio régimen presta los servicios de adquisición y de emisión, y en el que las operaciones de pago con tarjeta se efectúan desde la cuenta de pago de un ordenante a la cuenta de pago de un beneficiario dentro del régimen. Se consideran regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos los regímenes de tarjetas de pago tripartitos que concedan licencia a otros proveedores de servicios de pago para emitir instrumentos de pago basados en una tarjeta y/o adquirir operaciones de pago con tarjeta, o que emitan instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente;

[...]

32) “utilización de marcas combinadas”: la inclusión, como mínimo, de una marca de pago y de una marca que no sea de pago en el mismo instrumento de pago basado en una tarjeta;

[...]».

10. El artículo 3, apartado 1, establece:

«Los proveedores de servicios de pago no ofrecerán ni solicitarán, por ninguna operación con tarjeta de débito, tasas de intercambio por operación superiores al 0,2 % del valor de la operación.»

11. Según el artículo 4:

«Los proveedores de servicios de pago no ofrecerán ni solicitarán, por cualquier operación con tarjeta de crédito, una tasa de intercambio por operación superior al 0,3 % del valor de la operación. En el caso de operaciones nacionales con tarjeta de crédito, los Estados miembros podrán fijar un límite inferior a las tasas de intercambio por operación.»

12. Con arreglo al artículo 5:

«A efectos de la aplicación de los límites mencionados en los artículos 3 y 4, será considerada parte de la tasa de intercambio cualquier retribución acordada, incluida la compensación neta, que tenga un objeto o efecto equivalente al de la tasa de intercambio, recibida por un emisor del régimen de tarjetas de pago, el adquirente o cualquier otro intermediario en las operaciones de pago o actividades conexas.»

13. El artículo 7, que no es aplicable a los regímenes de tarjetas de pago tripartitos, regula la separación entre el régimen de tarjetas de pago y las entidades procesadoras de operaciones de pago.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

14. American Express Company (en lo sucesivo, «Amex») es una sociedad internacional de servicios, con sede en Nueva York, que ofrece, con el apoyo de sus filiales, servicios de pago, de viajes, de cambio y de plataforma de fidelización, a la vez que ejerce actividades de emisión y de adquisición de tarjetas en el mundo entero, incluida la Unión Europea.

15. Esta sociedad explota el régimen de tarjetas de pago American Express, que se califica de tripartito. Amex ha concluido en la Unión un cierto número de acuerdos de marca combinada y de suministro de servicios con otras entidades. Según esos acuerdos, a reserva de la interpretación del Reglamento, sus operaciones quedan sometidas a las restricciones impuestas por este a los regímenes cuatripartitos de tarjetas de pago.

16. En una situación similar se encuentra Diners Club International Limited, filial de Discover Financial Services, que opera el régimen de tarjetas de pago tripartito Diners Club y que apoya las tesis de Amex en el recurso ante el tribunal *a quo*.

17. En ese litigio actúa también MasterCard Europe SA (en lo sucesivo, «MasterCard»), la principal filial europea de MasterCard Incorporated. Esta sociedad opera a escala mundial regímenes cuatripartitos de tarjetas de crédito y de débito, bajo el nombre de MasterCard. Autorizada por el órgano jurisdiccional remitente a intervenir como coadyuvante, se opone a las tesis de Amex.

18. Amex presentó un recurso ante el tribunal *a quo* respecto a la obligación o a la intención de Her Majesty's Treasury (el Ministerio de Economía y Hacienda del Reino Unido)⁷ de ejecutar y aplicar en aquel Estado miembro algunos aspectos de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento.

⁷ El Ministerio de Economía y Hacienda es el órgano administrativo encargado de aplicar el Reglamento en el Reino Unido.

19. El extremo controvertido se refiere, en concreto, a dos de los tres supuestos previstos en los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento, en los que se califican como cuatripartitos determinados regímenes tripartitos de tarjetas de pago.

20. El juez de reenvío indica que hay conformidad entre las partes y no alberga dudas sobre la aplicación del primer supuesto contemplado por esas normas: cuando un sistema tripartito concede una licencia a otros proveedores de servicios de pago para emitir tarjetas de pago o para adquirir operaciones de pago con tarjeta, o para ambas acciones, queda sometido al Reglamento en paridad con los sistemas cuatripartitos.

21. Las dudas se centran en los otros dos supuestos, esto es, cuando un régimen tripartito emite «instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente». El juez de reenvío pretende que el Tribunal de Justicia dilucide si, en esas hipótesis, las actividades de un régimen tripartito se pueden asimilar a las de los cuatripartitos, a los efectos del Reglamento, en todo caso (esto es, bastando que haya un socio de marca combinada o un agente) o solo cuando, además, estos socios o agentes sean proveedores de servicios de pago que emitan las tarjetas.

22. Finalmente, si un sistema tripartito deviene cuatripartito por la intervención de un socio de marca combinada o de un agente, el juez de reenvío pregunta sobre la validez de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento.

23. A la luz de estas reflexiones, mediante auto de 30 de mayo de 2016, la High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, División de la Reina — Tribunal de lo contencioso administrativo, Reino Unido) eleva al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento [...] 2015/751, al exigir que un régimen de tarjetas de pago tripartito que emita instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente se considere un régimen de tarjetas de pago cuatripartito, únicamente se aplican si el socio o agente actúan como «emisor» en el sentido del artículo 2, punto 2, y del considerando 29 de dicho Reglamento (es decir, cuando dicho socio o agente tiene una relación contractual con el ordenante, en virtud de la cual se obliga a proporcionar a este un instrumento de pago para el inicio y el procesamiento de las operaciones de pago con tarjeta del ordenante)?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, de dicho Reglamento, en la medida en que disponen que tales acuerdos deben considerarse un régimen de tarjetas de pago cuatripartito, son inválidos por alguna de las siguientes razones:
- a) incumplimiento de la obligación de motivación formulada en el artículo 296 TFUE,
 - b) error manifiesto de apreciación, o
 - c) violación del principio de proporcionalidad?»

24. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han depositado observaciones escritas Amex, MasterCard, los Gobiernos del Reino Unido y de Portugal, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo. En la vista oral, celebrada el 27 de abril de 2017, intervinieron Amex, MasterCard, el Gobierno del Reino Unido, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo.

III. Análisis

25. La Comisión, el Parlamento y el Consejo se oponen a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. Abordaré sus objeciones antes de acometer, eventualmente, el estudio de fondo. Si este procede, de modo directo o subsidiario, deberá ir acompañado de una previa explicación sobre las relaciones jurídicas existentes en las operaciones de pago con tarjeta que facilite su comprensión.

A. Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

26. Las tres instituciones, que coinciden en la objeción de inadmisibilidad, se apoyan en los siguientes argumentos: a) no hay un litigio real entre las partes, ya que el recurso dirigido al control de la legalidad («*judicial review*») de la «intención y/o de la obligación» del Gobierno del Reino Unido de aplicar un Reglamento conlleva, en realidad, una forma de eludir el sistema de impugnación instaurado por el TFUE; b) la cuestión suscitada es de naturaleza hipotética; y c) el órgano jurisdiccional remitente no expone los elementos de hecho y de derecho pertinentes, ni las razones que le conducen a plantear la validez de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento.

27. Ciertamente, esta remisión prejudicial es atípica y contiene una serie de anomalías que podrían justificar su inadmisión, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y al artículo 94 de su Reglamento de Procedimiento.

28. En primer lugar, el juez de reenvío no describe el marco de hecho del litigio. Únicamente afirma que el recurso de Amex tiene por objeto «la obligación o intención del recurrido [Ministerio de Economía y Hacienda del Reino Unido] de aplicar en el Reino Unido determinados aspectos de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento». No precisa la manera en la que las autoridades británicas pretenden aplicar las disposiciones controvertidas, ni si dicha aplicación administrativa se ha producido ya.

29. En segundo lugar, el auto de remisión constata que Amex, como demandante, y el Ministerio de Economía y Hacienda del Reino Unido, como demandado, están de acuerdo en la solución del litigio. La Administración demandada no se opone, en realidad, al recurso introducido por la sociedad demandante. Es más, coopera con ella para promover el reenvío prejudicial.

30. En tercer lugar, el juez *a quo* se limita a asumir los argumentos de las partes y no expone sus propias razones para dar lugar al reenvío prejudicial, ni por qué sus preguntas serían imprescindibles para resolver el (supuesto) litigio. En verdad, traslada al Tribunal de Justicia el documento preparado por las partes, que incorpora a su auto.⁸

31. Una cuestión prejudicial planteada en estas condiciones no debería ser admitida por el Tribunal de Justicia.

32. Ahora bien, concurre una circunstancia peculiar que quizás pudiera explicar la actuación del juez *a quo*. Las preguntas han surgido en el seno de un recurso («*judicial review*») dirigido a controlar la legalidad de la «intención y/o de la obligación» del Reino Unido de aplicar una norma de derecho derivado de la Unión. Es un procedimiento *sui generis* del derecho británico que, tal como se utiliza en la práctica, permite a los particulares solicitar la interpretación o la declaración de invalidez de un acto normativo sin que se les haya (aún) aplicado.

⁸ En ese documento, acordado por las partes, sí se exponen los motivos justificativos de la remisión prejudicial, así como las preguntas que habrían de formularse.

33. En mi opinión, el Tribunal de Justicia ha sido bastante *generoso* al admitir cuestiones prejudiciales de tribunales británicos promovidas en el marco de estos procedimientos, cuando se trata de apreciar la validez de normas de la Unión.⁹ Creo que, al actuar de este modo, se ofrece a los particulares que litiguen en el Reino Unido (en contraste con los de otros Estados miembros) unas posibilidades de poner en entredicho la validez de actos normativos de la Unión de alcance general, incluso, antes de que puedan desplegar efectos jurídicos en el ordenamiento interno.¹⁰ Sobre este aspecto volveré ulteriormente.

34. En favor de la admisibilidad militan, sin embargo, varias razones. En primer lugar, la presunción de pertinencia que el Tribunal de Justicia reconoce a las cuestiones prejudiciales, debido al poder de apreciación del juez nacional sobre lo imprescindible de su reenvío. Es, sin embargo, una presunción desvirtuable.¹¹

35. Es significativo, además, que el Tribunal de Justicia haya respondido ya a cuestiones prejudiciales de tribunales británicos suscitadas en este mismo tipo de procedimientos de *judicial review*¹² Ciertamente, la mayor parte de esos precedentes conciernen a la interpretación de directivas, pero no creo que haya dificultades insuperables para extenderlos a la interpretación y a la validez de un reglamento.¹³

36. Un reglamento es directamente aplicable (artículo 288 TFUE, párrafo segundo), lo que conlleva que no puede ser objeto de desarrollo normativo mediante la adopción de normas legales o reglamentarias por los Estados miembros, salvo que el propio reglamento así lo prevea.¹⁴ Ahora bien, los reglamentos requieren, en muchos casos, su aplicación administrativa a cargo de las autoridades nacionales y es frecuente que, con esa aplicación, se generen dudas ante los tribunales nacionales sobre la manera de interpretar algunas de sus disposiciones o sobre su validez.¹⁵

9 Sentencias de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), apartados 32 a 41; de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros* (C-308/06, EU:C:2008:312), apartados 30 a 35; de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419), apartados 13 a 26; de 4 de mayo de 2016, *Philip Morris Brand y otros* (C-547/14, EU:C:2016:325), apartados 30 a 36; y de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38* (C-477/14, EU:C:2016:324), apartados 14 a 31.

10 Así ocurre, por ejemplo, en los litigios en los que se ha suscitado la validez o la interpretación de algunas directivas antes de que concluyera su plazo de transposición.

11 Es jurisprudencia reiterada que corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar, apreciar, a la luz de las peculiaridades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que eleva al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones se refieren a la interpretación o a la validez de una norma del derecho de la Unión, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse. De ahí se deduce que las cuestiones relativas al derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo se puede negar a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial de un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación o la apreciación de validez de una norma de la Unión que se ha pedido carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o, también, cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los datos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencias de 16 de junio de 2015, *Gauweiler y otros*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartados 24 y 25; de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38*, C-477/14, EU:C:2016:324, apartados 15 y 16; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 19; de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15, EU:C:2016:874, apartado 54; y de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, apartados 50 y 155).

12 Véase la nota 9.

13 La sentencia de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros* (C-58/08, EU:C:2010:321), ofrece un supuesto de admisión de una cuestión prejudicial sobre un Reglamento, promovida en el marco de un procedimiento británico de *judicial review*. En aquel asunto, las operadoras de telefonía móvil acudieron a la la High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, División de la Reina — Tribunal de lo contencioso administrativo, Reino Unido) para atacar las Mobile Roaming Regulations 2007 (relativas a la itinerancia en la telefonía móvil), que permitían a determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 717/2007 producir sus efectos en el Reino Unido. Es importante subrayar, no obstante, que aquel recurso, a diferencia de este, por un lado, se dirigía contra normas nacionales de aplicación de un reglamento y, por otro, que en él existía una verdadera controversia entre las operadoras de móviles y la Administración británica. Esta última estimaba infundado el recurso y se oponía a la presentación de las cuestiones prejudiciales.

14 El artículo 13 del Reglamento habilita a los Estados miembros para designar a las autoridades nacionales competentes que han de aplicarlo. Les conmina, además, a que exijan a estas que supervisen la aplicación de las normas del Reglamento, a fin de evitar que los proveedores de servicios de pago eludan su cumplimiento. El artículo 14 obliga, asimismo, a los Estados miembros a adoptar las sanciones que correspondan a las infracciones del Reglamento.

15 Un ejemplo lo brinda la sentencia de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros* (C-58/08, EU:C:2010:321).

37. Así ocurre en este asunto, pues hay dos modos, al menos, de interpretar y de aplicar los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento a los regímenes tripartitos de tarjetas de pago, y pueden aducirse razones que militen contra su validez.

38. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no supedita, por lo demás, la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales a la circunstancia de que se hayan adoptado efectivamente, en el derecho nacional, medidas para la aplicación de un acto de la Unión. Es suficiente con que el órgano jurisdiccional conozca de un litigio real en el que se discuta, con carácter incidental, su interpretación o su validez.

39. En tercer lugar, el juez de reenvío ha admitido a trámite la acción procesal originaria, lo que significa que, para él, el litigio se ha trabado conforme a las normas vigentes en su ordenamiento jurídico.¹⁶ La posibilidad de juzgar sobre la interpretación y la validez de los dos artículos antes mencionados, *adelantándose* a su aplicación administrativa, parece no suscitarle problemas procesales.

40. Por último, la técnica seguida por el juez nacional al redactar su auto de remisión es manifiestamente mejorable, porque se limita a asumir la explicación de los elementos fácticos y jurídicos del asunto suministrada por las partes, sin proceder a una elaboración propia.¹⁷ Ahora bien, considerado en su conjunto, el auto permite formarse una idea adecuada de aquellos elementos de hecho y de derecho¹⁸ y ha brindado la oportunidad a las partes interesadas (Comisión, Consejo, Parlamento Europeo, Gobiernos británico y portugués, Amex y MasterCard) de presentar observaciones, conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

41. No obstante la fuerza de estos argumentos, creo que en la balanza de la inadmisibilidad pesan más dos de los opuestos.

42. Procedimientos como este ofrecen a los litigantes ante los tribunales británicos la posibilidad de «eludir» las restricciones a la legitimación activa establecidas para los recursos de anulación contra actos normativos de la Unión de alcance general. El uso del incidente prejudicial, tal como aquí se ha llevado a cabo, les confiere la *ventaja* procesal, no desdeñable, de atacar la legalidad de aquellos actos antes de su aplicación administrativa y en atención a los futuros, no actuales, efectos en la situación jurídica de sus destinatarios.¹⁹

43. La admisión de reenvíos de estas características podría generar una discriminación en el uso del mecanismo prejudicial, en perjuicio de los particulares de los restantes Estados miembros, que han de esperar a que les afecte un acto administrativo de aplicación para recurrirlo y, en su caso, pretender la declaración de nulidad tanto de aquel acto singular como de la norma de la Unión que le sirve de sustento.

¹⁶ En la segunda página de la versión inglesa del auto de remisión se afirma: «And upon permission to proceed with the claim for judicial review having been granted by the Order of Mr Justice Blake of 24 September 2015».

¹⁷ Según reiterada jurisprudencia, como la petición de decisión prejudicial sirve de fundamento al procedimiento ante el Tribunal de Justicia, es indispensable que el juez nacional describa, en dicha petición, el marco fáctico y normativo del litigio principal y facilite unas explicaciones mínimas sobre los motivos de la elección de las disposiciones del derecho de la Unión cuya interpretación solicita y sobre la relación entre esas disposiciones y la normativa nacional aplicable al litigio del que conoce (véanse, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 2016, *Safe Interenvíos*, C-235/14, EU:C:2016:154, apartado 115; y el auto de 8 de septiembre de 2006, *Google Ireland*, C-322/15, EU:C:2016:672, apartado 18).

¹⁸ La falta de determinadas apreciaciones previas del tribunal remitente no da lugar necesariamente a la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial si, a pesar de dichas carencias, el Tribunal de Justicia, atendiendo a los datos obrantes en los autos, entiende que está en condiciones de proporcionar una respuesta útil al tribunal remitente (véanse, en este sentido, el auto de 8 de septiembre de 2006, *Google Ireland*, C-322/15, EU:C:2016:672, apartado 24; y la sentencia de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, C-50/14, EU:C:2016:56, apartado 48 y jurisprudencia citada).

¹⁹ Esta crítica fue rechazada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419), apartados 13 a 26.

44. Según la lógica del sistema de recursos de la Unión, las pretensiones de nulidad están reservadas a los demandantes que disfrutan de una legitimación activa general o a los particulares directa e individualmente afectados por un determinado acto. A la vez que a estos últimos se les exige la utilización, en plazo, del recurso (directo) de anulación ante el Tribunal General, se les cierra la posibilidad de aspirar, previa o paralelamente, a que el juez nacional plantee una cuestión prejudicial de apreciación de validez.²⁰

45. Este último rasgo del sistema de recursos contra actos de la Unión podría quedar, en mi opinión, fragmentado de generalizarse cuestiones prejudiciales como esta. Proponer su inadmisión no equivale a criticar, ni siquiera de manera indirecta, las características del *judicial review* cuya flexibilidad encuentro muy elogiable. La autonomía reconocida a los Estados miembros para estructurar su derecho procesal nacional les autoriza a diseñar su sistema de recursos como lo crean más oportuno. Ahora bien, en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales han de respetar, forzosamente, el artículo 267 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las condiciones en las que puede impugnarse la validez de los actos de la Unión, tanto por vía directa como en vía prejudicial.

46. Sucede, además, que —como he avanzado— en este caso no ha habido, ante el tribunal nacional, un verdadero enfrentamiento entre Amex y la Administración británica. Una y otra defienden la misma tesis y, si acuden al órgano judicial, no es para que resuelva una controversia real en cuya solución difieran, sino solo para que eleve al Tribunal de Justicia las preguntas que las propias partes han preparado.

47. Lo característico (y esencial) de todo litigio es que se enfrenten posiciones contradictorias, no coincidentes. Por el contrario, lo que aquí sale a la luz es, más bien, un artificio procesal montado, de común acuerdo, con el único fin de obtener el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, sin que haya una controversia real entre demandante y demandado. Equivale, *de facto*, a la solicitud de un dictamen consultivo al Tribunal de Justicia para que disipe ciertas dudas sobre la interpretación y la validez del Reglamento.

48. En estas condiciones, soy partidario de proponer al Tribunal de Justicia que inadmita las cuestiones prejudiciales. Pero, por si esta sugerencia no fuera acogida, a continuación trataré el fondo de las cuestiones planteadas.

B. Consideraciones generales sobre los regímenes de tarjetas de pago

49. En cada compra con tarjeta de pago intervienen normalmente estos sujetos: a) el titular de la tarjeta; b) la entidad financiera —por lo común, un banco— que emite esa tarjeta y se la facilita a sus clientes (en lo sucesivo, «banco emisor»);²¹ c) el comerciante que vende sus bienes o presta sus servicios, pagados con cargo a la tarjeta; d) la entidad financiera que proporciona a ese comerciante los servicios que le permiten aceptar la tarjeta, entidad que suele ser también un banco y se denomina, en la jerga de estas operaciones, «banco de adquisición» o «banco adquirente»; y e) los regímenes de pago con tarjeta, tales como Visa, MasterCard, American Express y Diners Club. Pueden intervenir, además, las redes locales procesadoras de las operaciones de pago con tarjeta.

20 Según reiterada jurisprudencia, cuando un particular goza de legitimación activa indudable para atacar un acto normativo de la Unión, mediante la interposición de un recurso de anulación, no puede invocar su nulidad en el contexto de un procedimiento prejudicial (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, apartados 23 a 25; de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe, C-239/99, EU:C:2001:101, apartados 36 y 37; de 29 de junio de 2010, E y F, C-550/09, EU:C:2010:382, apartado 46; y de 28 de marzo de 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, apartado 128).

21 Para mayor claridad, me referiré a estos sujetos como el «banco emisor», aunque pueden ser emisoras de tarjetas otras entidades financieras.

50. El pago con tarjeta genera un complejo entramado de relaciones jurídicas entre estos sujetos.²² En primer lugar, hay un contrato de emisión de la tarjeta de pago entre su titular y el banco emisor, por el que aquel suele abonar a este una comisión. Los bancos emisores aprueban la orden del consumidor, confirmando que tiene suficiente saldo en su cuenta (tarjeta de débito) o que el importe del pago está cubierto por el límite de crédito disponible (tarjeta de crédito).

51. En segundo lugar, existe un contrato de afiliación entre el comerciante y el banco adquirente, por el que este presta a aquel los servicios imprescindibles para aceptar las tarjetas como medio de pago. El comerciante soporta un descuento en el precio final de venta de sus bienes o servicios (en el que se incluyen las tasas de intercambio), en contraprestación al soporte que el banco le facilita (mediante un terminal de punto de venta o una pasarela de pago vinculada a la página web del comercio) para la recepción de la orden de pago del consumidor y para abonar los pagos de las operaciones de compra que el establecimiento comercial presente. Además, los bancos adquirentes capturan los datos de la transacción, los reenvían a las entidades procesadoras y remiten los fondos al comercio, una vez retenidas las tasas de intercambio y de descuento.

52. Los regímenes de pagos con tarjeta efectúan la compensación y la liquidación de las órdenes de pago, percibiendo por esa tarea una comisión de los bancos (emisores y adquirentes) licenciarios de sus marcas.

53. Por último, la intervención de las entidades procesadoras de los pagos da lugar a la celebración de un contrato de licencia y de explotación de uso de marca entre ellas y los regímenes de pagos con tarjeta. Estas entidades procesadoras se comportan como un instrumento de participación colectiva de las entidades financieras en su seno y se suelen acordar las tasas de intercambio de manera colectiva.

54. En función de los participantes, los regímenes de tarjetas de pago canalizan sus actuaciones con arreglo a dos modelos: los regímenes cuatripartitos o abiertos y los tripartitos o cerrados.

55. Los cuatripartitos (Visa y MasterCard) son los dominantes en el mercado. En estos, los pagos se llevan a cabo desde la cuenta de un ordenante (consumidor) a la de un beneficiario (comerciante) por intermediación del régimen de tarjetas de pago. Intervienen el banco emisor de la tarjeta del consumidor y el banco adquirente, que ofrece el soporte técnico para que el comerciante perciba el pago.²³

56. Los regímenes cuatripartitos reciben esta denominación porque intervienen en ellos cuatro partes (el titular de la tarjeta y su banco emisor, así como el receptor del pago y su banco adquirente) junto con la empresa gestora del sistema de pago. Son abiertos, porque, además de la sociedad gestora del régimen de tarjetas de pago, interactúan dos entidades financieras.

57. En estos regímenes el banco emisor de la tarjeta cobra al banco adquirente una comisión («tasa de intercambio») con la que se le compensa de los costes que no puede recuperar a través de las comisiones giradas al titular (como las exigidas por la entrega de la tarjeta o por su mantenimiento anual, entre otras).

²² Véase el análisis de Guibert Echenique, S., «Consideraciones críticas sobre la legislación de tasas de intercambio en las operaciones de pago con tarjeta de crédito y débito», *Diario La Ley*, n° 8566, 22 de junio de 2015, pp. 1 a 3.

²³ Véase la descripción de estos regímenes en la sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), apartado 4; en la sentencia de 24 de mayo de 2012, MasterCard y otros/Comisión (T-111/08, EU:T:2012:260), apartado 17; y en la Decisión C(2007) 6474 final de la Comisión, de 19 de diciembre de 2007, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 [CE] y en el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales), considerandos 234 a 249.

58. Esta tasa de intercambio es, a su vez, repercutida por el banco adquirente al comerciante, como un coste más unido a otros resultantes de los servicios financieros prestados, que conforman la denominada tasa de descuento. La tasa de intercambio representa un umbral mínimo y un componente importante de los costes financieros repercutidos por el banco adquirente sobre el comerciante, quien, a su vez, lo suele trasladar a los precios de venta a los consumidores.

59. El otro modelo de sistemas de tarjetas de pago es el de los regímenes tripartitos o cerrados, como American Express o Diners Club, en los que hay una relación directa del consumidor (titular de la tarjeta) y del comerciante con el régimen emisor de la tarjeta. De ahí su calificación como tripartitos, pues no participa ninguna otra entidad financiera: son sistemas cerrados.

60. En una transacción acogida a un sistema tripartito solo interviene un prestador de servicios financieros, que actúa como emisor y como adquirente. Y, al no haber banco emisor de la tarjeta ni banco adquirente de los pagos, no existe tasa de intercambio. El régimen tripartito tiene libertad para fijar individualmente las tasas o las comisiones que cobrará a los comerciantes por los servicios financieros que les presta.

61. En la Unión Europea, los regímenes tripartitos realizan un volumen de operaciones muy reducido en comparación con los cuatripartitos y se dirigen a la captación de categorías específicas de consumidores. Al no ocupar una posición dominante en el mercado de tarjetas de pago, los comerciantes tienen libertad efectiva para aceptar o no la utilización de los regímenes tripartitos.

62. No obstante, hay regímenes tripartitos que no son genuinos y se apartan del funcionamiento antes descrito. Así sucede cuando concluyen contratos de licencia de uso y explotación de marca con otras entidades financieras, para que estas últimas actúen como emisoras de sus tarjetas de pago. En este supuesto, las comisiones pactadas son equivalentes a las tasas de intercambio.

63. También existen los denominados «regímenes tripartitos con extensiones», que aparecen cuando el régimen amplía su actuación colaborando con terceros, bien valiéndose de la emisión de tarjetas «con marca combinada con un socio» («extensión mediante marca combinada»)²⁴ o «a través de un agente» («extensión mediante agente»). En los dos, las cantidades que se cruzan entre el régimen tripartito y las otras marcas o agentes podrían constituir comisiones equivalentes a las tasas de intercambio de los regímenes cuatripartitos. La aclaración de esta duda es lo que el juez *a quo* demanda al Tribunal de Justicia.

64. Las tasas de intercambio encarecían, en perjuicio de los consumidores, la prestación de los servicios de pago con tarjeta y, además, su cuantía variaba mucho de unos Estados miembros a otros.²⁵ Por estos motivos, la Unión trató, primero, de moderar su importe aplicando las normas de defensa de la competencia y, después, ha recurrido a la armonización de legislaciones en el marco del desarrollo de la normativa común en materia de pagos.

²⁴ Por ejemplo, la tarjeta del régimen Amex que se comercializa con las marcas combinadas Amex/Iberia o Amex/British Airways.

²⁵ Véase el documento Comisión Europea, Commission Staff Working Document. Impacta Assessment. Accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions SWD(2013) 288 final, pp. 96 a 108.

65. La Comisión aplicó las normas de competencia a las TMI de Visa²⁶ y de MasterCard.²⁷ Estas tasas representaban un coste común soportado por todos los bancos adquirentes incluidos en un régimen cuatripartito, cuyo nivel actuaba como «precio mínimo» cuando aquellos bancos pactaban con sus propios clientes (los comerciantes) el precio de los servicios que les prestaban.

66. La Comisión declaró que los acuerdos sobre las TMI de los regímenes cuatripartitos eran contrarios al derecho de la Unión, en particular, porque los bancos imponían de manera colectiva un precio mínimo a los comerciantes, lo que ulteriormente confirmó el Tribunal de Justicia.²⁸

67. De este modo, la Comisión consiguió unos compromisos de reducciones sustanciales de las TMI de Visa y MasterCard, que llegaron hasta el 0,3 % en las operaciones con tarjetas de crédito y el 0,2 % en las operaciones con tarjetas de débito.

68. No obstante, esta actuación se ha revelado insuficiente para controlar las tasas de intercambio.²⁹ La rivalidad entre los regímenes de tarjetas de pago, que intentan convencer a las entidades financieras proveedoras de servicios de pago para que emitan sus tarjetas, provoca, paradójicamente, el aumento y no la disminución de dichas tasas, en contraste con el efecto de disciplina sobre los precios que suele tener la competencia en una economía de mercado.³⁰ Esta circunstancia ha justificado la adopción del Reglamento, que establece el control *ex lege* de los topes máximos de las tasas de intercambio, junto con otras medidas reguladoras de las relaciones entre los diferentes sujetos que actúan en las operaciones de pago con tarjeta. Su objetivo es que las tasas de intercambio no representen un obstáculo al desarrollo de un mercado integrado de servicios de pago en la Unión.

C. Primera cuestión: aplicación del Reglamento a los sistemas tripartitos con extensiones

69. Ya he indicado que ni el juez de reenvío ni las partes vacilan sobre la calificación como cuatripartito, a tenor de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento, de un régimen tripartito que concede una licencia a otros proveedores de servicios de pago para emitir sus tarjetas, para adquirir operaciones de pago con sus tarjetas o para ambas tareas.³¹

70. Las dudas del juez de reenvío y las opiniones de las partes se centran en los otros dos supuestos previstos en los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento, es decir, cuando un régimen tripartito emite «instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente». El Tribunal de Justicia debe determinar si, en estos dos casos, el régimen tripartito con extensiones debe catalogarse de cuatripartito o si eso será así solo cuando el socio o el agente asuman la emisión de la tarjeta y/o la adquisición de los pagos.

71. La redacción de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento no es del todo clara, y su ambigüedad no se puede despejar con la simple lectura de estos preceptos.

26 Véase la Decisión 2002/914/CE, de 24 de julio de 2002 (Asunto COMP/29.373 — Visa International — Tasa multilateral de intercambio) (DO L 318, p. 17), en la que las TMI intrarregionales de Visa en la Unión Europea quedaron exentas durante un período de cinco años con determinadas condiciones, la principal de las cuales era que estas tasas se vincularan al nivel de algunos costes y no superaran el límite de estos. El 8 de diciembre de 2010, la Comisión adoptó una segunda Decisión Visa (COMP/D-1/39.398, Visa MIF) que hacía obligatorios los compromisos propuestos por Visa, entre los que se encontraba el de establecer un tope para sus TMI.

27 Decisión C(2007) 6474 final de la Comisión, de 19 de diciembre de 2007, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 [CE] y en el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales).

28 Sentencia de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), apartado 112.

29 Véase Andrea Lista, *EU Competition Law and Financial Service Sector*, Routledge, 2013, pp. 145 a 188.

30 Véase la publicación de la Comisión Europea, *The Interchange Fees Regulation*, Competition Policy Brief 2015-3, junio de 2015.

31 Se trata de los regímenes tripartitos no genuinos, porque en ellos interviene adicionalmente un prestador de servicios financieros, rompiendo de esta manera su carácter triangular. Las comisiones que se cruzan entre unos y otros sujetos de estos esquemas son asimilables, sin dificultad, a las tasas de intercambio.

72. Amex y el Gobierno británico son favorables a una interpretación restrictiva de estos preceptos. Defienden que la calificación como cuatripartitos de los regímenes tripartitos solo procede cuando el socio o el agente que actúan en extensión con estos últimos emiten o adquieren pagos. Por el contrario, MasterCard, el Gobierno portugués y la Comisión defienden una interpretación extensiva de esos mismos artículos, en cuya virtud serían catalogados como cuatripartitos todos los casos de extensiones de un régimen tripartito mediante marca combinada o agente.

73. La opción por una u otra interpretación de este precepto tiene importantes repercusiones. La restrictiva conlleva no aplicar a esta categoría de regímenes tripartitos (con extensiones de marca combinada o agente) varias limitaciones del Reglamento, según su artículo 1, apartados 3 y 4. En particular, las comisiones que se pacten en el seno de estos regímenes no tendrán la consideración de tasas de intercambio, lo que les dispensaría de atenerse a los límites ya expuestos (del 0,2 % para las tarjetas de débito y del 0,3 % para las de crédito). Tampoco les afectaría la prohibición de eludir esos límites con la fijación de comisiones de efecto equivalente a dichas tasas. Además, no estarían sujetos a la obligación de separación entre los regímenes de tarjetas de pago y las entidades procesadoras (artículo 7 del Reglamento).

74. Adelanto ya que voy a defender la interpretación extensiva de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento. Recurriré, como es habitual, a los criterios hermenéuticos literal, sistemático y teleológico para descifrar el sentido de aquellos.

1. El criterio de interpretación literal

75. El tenor literal de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento es idéntico y de él resulta que la equiparación entre los regímenes cuatripartitos y los tripartitos se produce en tres supuestos:

- Los regímenes tripartitos que conceden licencia a otro proveedor de servicios de pago para emitir sus tarjetas o para adquirir operaciones de pago realizadas con ellas (regímenes tripartitos no genuinos);³²
- los regímenes tripartitos que emiten instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada (régimen tripartito con extensión mediante marca combinada o comarcado);³³ y
- los regímenes tripartitos que emiten instrumentos de pago a través de un agente (régimen tripartito con extensión mediante agente).

76. Las dos últimas categorías son las más frecuentes en el mercado. En ellas, la empresa titular de la marca combinada o el agente no son o no se comportan como entidades financieras. Por lo tanto, no emiten las tarjetas ni adquieren los pagos y únicamente ofrecen al régimen tripartito el acceso a su cartera de clientes.

³² No se discute, como ya he reiterado, que estos regímenes tripartitos no genuinos (de los que son un ejemplo las tarjetas del Banco Santander/Amex, en las que aquel banco actúa como emisor) se asimilan a los cuatripartitos.

³³ Por ejemplo, las tarjetas de Amex/Air France o de Amex/Costco.

77. Las disposiciones objeto de análisis nada dicen sobre la necesidad de que los terceros que celebren estos acuerdos con el régimen tripartito deban «emitir instrumentos de pago basados en una tarjeta y/o adquirir operaciones de pago con tarjeta». Esta circunstancia es, precisamente, la contemplada en el supuesto de regímenes tripartitos no genuinos. Si el acuerdo de marca combinada o agencia implica que el tercero colaborador actúe como emisor³⁴ o adquirente,³⁵ no estaríamos ante acuerdos de extensión, sino de concesión de licencia.

78. El Gobierno portugués señala, con acierto, que no tendría sentido otra interpretación, porque implicaría que los dos últimos supuestos contemplados en los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento están englobados en el primero.

79. La interpretación literal de estos dos preceptos aboga, pues, por asimilar a los regímenes cuatripartitos todos los regímenes tripartitos con extensiones de marca combinada y de agente, con independencia de que los socios o los agentes sean o no proveedores de servicios de pago³⁶ y de que actúen o no como emisores de tarjetas y/o adquirentes de los pagos.

80. El Gobierno británico y Amex discrepan de esta interpretación. Para ellos, los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento hablan de regímenes tripartitos que «emitan [...] con marca combinada con un socio» y que «emitan [...] a través de un agente». A su juicio, las expresiones «con» y «a través de» muestran que el socio de marca combinada o el agente deben estar implicados en la emisión de la tarjeta, para lo que acuden a su engarce con otras normas del mismo Reglamento.

81. No comparto, como acabo de exponer, esta tesis que, en realidad, no se sustenta en el análisis propiamente terminológico, sino en el enfoque sistemático, del que me ocuparé acto seguido.

2. Los criterios de interpretación sistemática y teleológica

82. El Gobierno británico y Amex se fundan, en efecto, en una interpretación sistemática, recurriendo a los conceptos de emisor y de emisión de tarjeta de pago, contenidos en el artículo 2, punto 2, y en el considerando vigésimo noveno³⁷ del Reglamento. De ellos coligen que, cuando los socios de marca combinada y los agentes no facilitan tarjetas de pago al ordenante, no autorizan operaciones en los terminales de pago o en sus puntos equivalentes y no garantizan el pago al adquirente de las operaciones realizadas, no pueden ser calificados de partes con las que (o mediante las que) un régimen tripartito emite instrumentos de pago basados en una tarjeta.

83. En esa misma línea, aducen Amex y el Gobierno británico, si el socio de marca combinada o el agente circunscriben su actividad a la distribución de las tarjetas, a los servicios técnicos de pago o al simple tratamiento y la conservación de datos, no actúan como emisores, de modo que los acuerdos de extensión de los regímenes tripartitos no estarían cubiertos por los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento, lo que impide homologarlos a los cuatripartitos.

34 El artículo 2, punto 2, del Reglamento define «emisor» como «un proveedor de servicios de pago que ha suscrito un contrato con el fin de proporcionar a un ordenante un instrumento de pago para el inicio y el procesamiento de operaciones de pago con tarjeta del ordenante».

35 El artículo 2, punto 1, del Reglamento define «adquirente» como «un proveedor de servicios de pago que ha suscrito un contrato con un beneficiario para la aceptación y el procesamiento de operaciones de pago con tarjeta que reporten una transferencia de fondos al beneficiario».

36 Según el artículo 2, punto 24, del Reglamento, «proveedor de servicios de pago» es «cualquier persona física o jurídica autorizada para prestar los servicios de pago enumerados en el anexo de la Directiva 2007/64/CE o reconocida como emisor de dinero electrónico de conformidad con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2009/110/CE. Un proveedor de servicios de pago puede ser un emisor, un adquirente o ambos».

37 A tenor de este considerando, transcrito en el punto 7, «el emisor facilita tarjetas de pago al ordenante, autoriza operaciones en los terminales de pago o en sus puntos equivalentes y puede garantizar el pago al adquirente de las operaciones que sean conformes con las normas del régimen correspondiente». En su última frase precisa que «no constituye, por tanto, emisión la mera distribución de tarjetas o servicios técnicos de pago o el simple tratamiento y conservación de datos».

84. Corroboraría este enfoque, a juicio del Gobierno británico y de Amex, el considerando vigésimo octavo del Reglamento,³⁸ que asimilaría los regímenes tripartitos a los cuatripartitos únicamente cuando los primeros utilizaran otro proveedor de servicios de pago como emisor o como adquirente. La falta de referencia a los acuerdos con socios de marca combinada o con agentes que no actúan como emisores o adquirentes de tarjetas obliga a pensar que, en estos casos, no hay comisiones implícitas equiparables a la tasa de intercambio. No se justificaría, pues, su equiparación a los regímenes cuatripartitos.

85. Amex añade que su interpretación del artículo 1, apartado 5, está en consonancia con la lógica del precepto, porque, en los tres supuestos que recoge, se exigiría la actuación de un proveedor de servicios de pago adicional al régimen tripartito, que recibiría comisiones y conllevaría un tratamiento de estos casos idéntico al aplicado a los regímenes cuatripartitos.

86. Opino, en cambio, que esta interpretación de los términos «emisión» (de tarjeta de pago), «marca combinada» y «agente» aboca a un resultado no concordante con el contexto, ni con la sistemática, ni con los objetivos del Reglamento. Al contrario de otros, aquellos términos no son definidos por esta disposición y, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, dado que no contienen una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance.³⁹

87. Tal como he indicado, los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento no diferencian entre los supuestos de extensión (mediante marca combinada o mediante agente) en los que el socio o el agente son prestadores de servicios de pago que emiten tarjetas y/o reciben pagos con tarjetas, por un lado, y aquellos en los que el socio o el agente se limitan a efectuar otro tipo de actividades, por otro. Tiene razón la Comisión al subrayar que esta diferenciación es el fruto de la interpretación llevada a cabo por Amex, pero donde la norma no distingue, el intérprete no debe hacerlo.

88. En contra de tal diferenciación milita que la noción de «utilización de marcas combinadas» del artículo 2, apartado 32, del Reglamento no la contempla.⁴⁰ Ese precepto establece, por el contrario, que el uso de marcas combinadas entraña la inclusión de la marca de pago (por ejemplo, Amex) y, como mínimo, de «una marca que no sea de pago», que pertenecerá a una empresa ajena a la prestación de servicios financieros.⁴¹

89. Además, la diferenciación entre los dos tipos de extensiones, en función de que el socio de comarcado o el agente actúen como entidades financieras, se apoya en una lectura combinada de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, con el considerando vigésimo noveno, todos ellos del Reglamento, que tampoco me convence.

90. Estos artículos hablan, textualmente, de regímenes tripartitos «que emitan instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente». Son, pues, los regímenes tripartitos los emisores de los instrumentos de pago. Nada en ambos preceptos sugiere que deban ser los socios de comarcado o los agentes quienes emitan las tarjetas de pago y/o acepten los pagos realizados con ellas.

38 Según el cual, «para reconocer la existencia de tasas de intercambio implícitas y contribuir a la creación de unas condiciones de competencia equitativas, los regímenes de tarjetas de pago tripartitos que utilizan proveedores de servicios de pago como emisores o adquirentes deben ser considerados regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos y seguir las mismas normas».

39 Véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de julio de 2008, Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437), apartado 42; de 24 de mayo de 2016, Dworzecki (C-108/16 PPU, EU:C:2016:346), apartado 28; y de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774), apartado 28.

40 Por «utilización de marcas combinadas» entiende «la inclusión, como mínimo, de una marca de pago y de una marca que no sea de pago en el mismo instrumento de pago basado en una tarjeta».

41 En el apartado 28 del auto de remisión se mencionan las marcas «British Airways», «Nectar» y «Costco».

91. Tal como el juez de reenvío explica en los apartados 29 a 31 de su auto, los regímenes tripartitos con extensiones de comarcado o de agente más frecuentes son los concluidos con empresas no proveedoras de servicios financieros.⁴² Estas extensiones constituyen un ejercicio de marketing conjunto, mediante el que las dos entidades comparten recíprocamente sus carteras de clientes e incitan al consumo de los bienes y servicios que ofrecen. Para los regímenes tripartitos de tarjetas de pago, la utilización de este tipo de extensiones es una vía importante para acceder a nuevos clientes, ya que, al contrario que los cuatripartitos, no disfrutan de la colaboración de otras entidades financieras.

92. El recurso a la interpretación sistemática impone, además, como señala la Comisión, tener presentes las nociones de «compensación neta» y de «tasa de intercambio», definidas en el artículo 2, puntos 10 y 11, del Reglamento, y las tasas de intercambio implícitas citadas en el considerando trigésimo primero,⁴³ junto con la prohibición de soslayar los umbrales fijados (artículo 5).

93. La interpretación sistemática de estas disposiciones conduce a proponer una comprensión amplia del concepto de tasa de intercambio. De otro modo, la elusión de las normas que limitan su cuantía sería fácil para los regímenes tripartitos, que podrían burlarla haciendo uso de retribuciones y compensaciones indirectas. A esa elusión se refiere el artículo 5 del Reglamento, que aplica una noción extensiva del concepto: la tasa de intercambio comprende cualquier retribución pactada, también la compensación neta, que tenga un objeto o efecto equivalente y que sea recibida por el adquirente o por cualquier otro intermediario en las operaciones de pago o actividades conexas.

94. La noción de tasas de intercambio ha de englobar, pues, el importe neto total de los pagos, descuentos o incentivos abonados por el régimen a la empresa de comarcado y/o al agente (compensación neta). Es decir, ha de abarcar toda comisión o retribución pagada, de modo directo o indirecto. El considerando trigésimo primero del Reglamento menciona tanto las retribuciones directas (por operación o basadas en el volumen) como las indirectas (incentivos comerciales, primas, descuentos por la consecución de determinado volumen de operaciones, etc.). Acoge, en particular, las ganancias de los emisores procedentes de programas especiales ejecutados conjuntamente por estas empresas y por los regímenes de tarjetas de pago.

95. Las comisiones que un régimen tripartito pudiera abonar, de manera directa o indirecta, a las empresas o a los agentes con los que acuerda la extensión tendrían, a mi juicio, un objeto y/o efecto equivalente a las compensaciones que conforman las tasas de intercambio en los casos de los cuatripartitos.⁴⁴

42 Así lo confirma la publicación del UK Financial Conduct Authority, *Credits card market study: final findings report*, julio 2016, p. 252, cuando define «affinity or co-brand partners» como «typically charities, membership groups or commercial businesses not directly involved in issuing credit cards or processing transactions but lend their brands and give access to their customers or members to card issuers in return for a share of revenues or profits».

43 «Es importante velar por que las disposiciones relativas a las tasas de intercambio que deban pagar o percibir los proveedores de servicios de pago no sean eludidas mediante flujos alternativos de tasas destinados a emisores. Para evitarlo, la «compensación neta» de las tasas pagadas o percibidas por el emisor, incluidas las posibles tasas de autorización, en beneficio o procedentes de un régimen de tarjetas de pago, de un adquirente o de otro intermediario debe considerarse la tasa de intercambio. Al calcular la tasa de intercambio, para comprobar que no se estén eludiendo las obligaciones, debe tenerse en cuenta el importe total de los pagos o incentivos que haya percibido un emisor de un régimen de tarjetas de pago en relación con las operaciones reguladas, una vez deducidas las tasas que el emisor haya abonado al régimen de tarjetas de pago. Los pagos, los incentivos y las tasas considerados podrían ser directos (por operación o basados en el volumen) o indirectos (incentivos comerciales, primas, descuentos por la consecución de determinado volumen de operaciones, etc.). Al verificar si se elude lo dispuesto en el presente Reglamento, deben tenerse en cuenta, en particular, las ganancias de los emisores procedentes de programas especiales ejecutados conjuntamente por los emisores y los regímenes de tarjetas de pago, así como los ingresos por tasas de procesamiento, licencias y de otro tipo en beneficio de regímenes de tarjetas de pago [...]»

44 La concesión, por parte de American Express, de puntos para el programa de fidelidad de la compañía aérea en sus tarjetas de comarcado (Amex/Alitalia, Amex/Iberia, Amex/Air France, etc.) sería un ejemplo de este tipo de comisiones indirectas con efecto equivalente a las tasas de intercambio.

96. Según la lógica y la finalidad del Reglamento, cuando hay compensación del régimen tripartito a un tercero que colabora en su actividad (así sucede con las empresas de comarcado o con los agentes), su cuantía será repercutida sobre el precio del servicio y será pagada por los consumidores. Son, ciertamente, compensaciones indirectas, que retribuyen la posibilidad de acceder a la cartera de clientes de esas empresas colaboradoras, pero no dejan de ser comisiones de efecto equivalente a las tasas de intercambio aplicadas en los regímenes cuatripartitos o en los tripartitos no genuinos.

97. Además, los regímenes tripartitos con extensiones de comarcado y agente no se ajustan a las razones que legitiman la inaplicación de los límites de las tasas de intercambio a los tripartitos genuinos.

98. Al actuar con el apoyo de intermediarios ante los consumidores de servicios de pago con tarjeta (a diferencia de los regímenes tripartitos genuinos), existe el riesgo de que se implanten unas comisiones elevadas, que los socios de comarcado y los agentes podrán repercutir a los consumidores aumentando el precio de los servicios de las tarjetas de pago. Es el mismo riesgo que concurre en los regímenes cuatripartitos que operan con la colaboración de otras entidades financieras.

99. La lógica para reducir esas tasas de intercambio implícitas es, a mi juicio, la misma en unos y otros casos. Se impone, por lo tanto, una interpretación de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento según la que los regímenes tripartitos con extensiones de comarcado y de agente se han de equiparar a los cuatripartitos.

100. A igual resultado se llega atendiendo a la necesidad de asegurar la competencia leal entre los distintos regímenes de tarjetas de pago, que es otro valioso elemento de interpretación, sistemática y teleológica, del Reglamento.

101. La aplicación de límites solo a las tasas de intercambio de los regímenes cuatripartitos, a la vez que se deja plena libertad a los tripartitos con extensiones de comarcado o agente para asignar comisiones, supondría una ventaja para estos últimos, pues les permitiría captar terceros para difundir sus tarjetas en condiciones más favorables.

102. Los regímenes tripartitos con extensiones, al quedar exentos de los límites fijados a los cuatripartitos, estarían indebidamente favorecidos, pues tendrían más posibilidades de remunerar a las empresas que cooperaran con ellos en la comercialización de sus tarjetas.⁴⁵ Sería imaginable, incluso, que una entidad bancaria actuara como agente de un régimen tripartito, sin intervenir ni en la emisión de la tarjeta ni en la aceptación de pagos, para recibir mayores comisiones.⁴⁶

103. La menor implantación de los regímenes tripartitos justifica un tratamiento favorable cuando actúan sin recurrir a ningún intermediario. Si el Reglamento les dispensa ese trato de favor, autorizándolos a negociar las comisiones con los comerciantes sin las restricciones impuestas a los sistemas cuatripartitos, es precisamente para incrementar la competencia en el sector de los pagos con tarjeta. Esa ventaja competitiva carece de justificación, sin embargo, en los regímenes tripartitos no

⁴⁵ En sus observaciones escritas, MasterCard cita, como ejemplo de esa ventaja, la disparidad de trato que, desde el 9 de diciembre de 2015, Alitalia aplica en sus tarjetas comarcadas de MasterCard (0,5 millas por euro gastado) y de Amex (1 milla por euro gastado). También menciona la tarjeta de pago BNL Duo: aunque incorpora la posibilidad de hacer pagos con MasterCard y con Amex utilizando un mismo PIN, el banco BNL discrimina en su programa de fidelización BNL PAYBACK entre los pagos con MasterCard (1 punto por cada 2 euros gastados) y los realizados con Amex (2 puntos por cada 2 euros de gasto).

⁴⁶ El Gobierno británico ha aludido al riesgo de que regímenes cuatripartitos se reorganicen como tripartitos con extensión de agente (la entidad financiera deviene agente) para evitar las limitaciones a las tasas de intercambio fijadas por el Reglamento.

genuinos o en los que incorporan un socio de comarcado o un agente,⁴⁷ porque en ellos hay un intermediario que el régimen debe remunerar y la limitación de las tasas de intercambio o comisiones equivalentes debe operar. Las características de los dos regímenes se aproximan⁴⁸ en este aspecto, por lo que no tiene sentido dar ventaja a uno en detrimento del otro.

104. En suma, los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento deben ser interpretados en el sentido de que los regímenes tripartitos que emitan instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente han de catalogarse como regímenes cuatripartitos, con independencia de que el socio o el agente participen o no en la emisión de tarjetas y/o en la aceptación de los pagos.

D. Segunda cuestión: la validez de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento

105. La equiparación que acabo de defender abre la puerta a la segunda pregunta del juez de reenvío, suscitada precisamente para esa eventualidad. Los argumentos que esgrime acerca de la validez de esas disposiciones del Reglamento guardan relación con el deber de motivación del artículo 296 TFUE, con el principio de proporcionalidad y con la existencia de un posible error manifiesto de apreciación por parte del legislador de la Unión.

106. Adelanto que ninguno de esos motivos de invalidez me parecen fundados. Procederé a su análisis procurando no repetir en exceso lo que hasta ahora he expuesto.

1. Falta de motivación

107. El juez de reenvío, transcribiendo las alegaciones de Amex, duda sobre la motivación de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento. Ni en el articulado de este ni en sus considerandos figurarían las razones para equiparar los sistemas tripartitos con extensiones de comarcado y agente a los cuatripartitos.

108. En particular, algunos de esos considerandos explicarían por qué se fijaron unos topes máximos a las tasas de intercambio, pero no por qué esos mismos topes deben aplicarse a los acuerdos de marca combinada o de agencia empleados por los regímenes tripartitos. El considerando vigésimo octavo justifica la ampliación del ámbito de aplicación de las normas del Reglamento sobre los regímenes cuatripartitos a los tripartitos en ciertas circunstancias, pero no menciona (ni siquiera de forma implícita) los acuerdos de marca combinada o de agencia celebrados.

⁴⁷ La única diferencia admitida en favor de los regímenes tripartitos no genuinos respecto a los cuatripartitos es la prevista en el artículo 1, apartado 5, *in fine*, del Reglamento, según el que «[...] en las operaciones de pago nacionales tales regímenes de tarjetas de pago tripartitos podrán quedar exentos, de manera individualizada, del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el capítulo II hasta el 9 de diciembre de 2018, a condición de que las operaciones de pago con tarjeta realizadas en un Estado miembro en el marco del régimen de tarjetas de pago tripartito correspondiente no excedan anualmente del 3 % del valor del conjunto de las operaciones de pago con tarjeta realizadas en dicho Estado miembro».

⁴⁸ MasterCard menciona en sus observaciones los supuestos de las tarjetas de pago en las que una misma tarjeta con marca combinada es utilizada por un régimen tripartito y por otro cuatripartito. En concreto, refiere los casos de las tarjetas Virgin Atlantic White Card y Virgin Atlantic Black Card, emitidas en régimen de marca combinada por Amex y por Visa con la aerolínea Virgin, así como las tarjetas TSB Avios y Premier Avios, emitidas por Amex y MasterCard con marca combinada con el banco británico TSB.

109. Según el auto de reenvío, tampoco la propuesta de Reglamento ni el estudio de impacto⁴⁹ que la acompaña contienen las razones de esa ampliación. Es más, los trabajos preparatorios iban en la línea de no imponer los límites regulatorios previstos en el Reglamento para los sistemas cuatripartitos a los tripartitos con extensiones, a la luz de factores como la escasa cuota de mercado de estos últimos, sus restringidas perspectivas de crecimiento y su orientación hacia clientes específicos.⁵⁰

110. La obligación de motivar los actos normativos de la Unión, recogida en el artículo 296 TFUE, apartado 2, ha sido interpretada exhaustivamente por el Tribunal de Justicia. Según jurisprudencia reiterada, aunque la motivación de un acto deber ser clara e inequívoca, no se exige que especifique todas las razones de hecho o de derecho pertinentes. Además, para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no solo el tenor literal del acto, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate.⁵¹

111. Cuando sea un acto destinado a una aplicación general, la motivación puede circunscribirse a indicar, por un lado, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otro lado, los objetivos generales que intenta alcanzar. El Tribunal de Justicia ha declarado, asimismo, en repetidas ocasiones, que si un acto de alcance general pone de manifiesto la parte esencial del fin perseguido por la institución, es excesivo pretender la motivación específica de cada una de las decisiones técnicas que adopta.⁵²

112. A la luz de esta jurisprudencia, no percibo un defecto de motivación en el Reglamento que pueda afectar a su validez, con respecto al tratamiento de los regímenes tripartitos con extensiones. Los considerandos (sobre todo, el vigésimo octavo) que he citado al analizar la primera pregunta prejudicial permiten comprender la lógica de la equiparación de los regímenes tripartitos con extensiones a los cuatripartitos. Así lo reconocen en sus observaciones el Gobierno portugués, la Comisión, el Consejo y el Parlamento.

113. Si los trabajos preparatorios (estudio de impacto y propuesta de la Comisión) del Reglamento no contienen referencias a esta equiparación, es porque fue incluida con posterioridad, a iniciativa del Parlamento Europeo, durante el desarrollo de su proceso de adopción, lo que es del todo legítimo.

114. Aquellos considerandos exponen, de manera razonada, la necesidad de armonizar y establecer cotas a las comisiones de intercambio aplicadas en las operaciones con tarjeta, debido a las divergencias en los Estados miembros y a la imposibilidad de controlarlas mediante la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

115. En concreto, el considerando vigésimo octavo, que fue introducido por el Parlamento Europeo durante el procedimiento de adopción del Reglamento, junto con la última frase de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, explica suficientemente la diferencia entre los regímenes cuatripartitos y tripartitos. Tras reconocer la existencia de tasas de intercambio implícitas, añade que estos últimos han de equipararse a los primeros cuando utilizan otros proveedores de servicios, para crear unas condiciones de competencia equitativas.

49 La propuesta aparece en el Documento COM(2013) 550 final, de 24 de julio de 2013, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio sobre operaciones de pago basadas en una tarjeta. El estudio de impacto se halla en el documento Commission Staff Working Document, SWD(2013) 288 final, de 24 de julio de 2013, Impact Assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions.

50 Véanse el considerando vigésimo segundo y los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 15, de la propuesta de Reglamento, así como, el punto 6.2.1.5, p. 56, del estudio de impacto y el anexo 9 del mismo, punto 2.6, p. 194.

51 Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 2013, Comisión/Consejo (C-63/12, EU:C:2013:752), apartados 98 y 99; y de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 70.

52 Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de junio de 2015, Estonia/Parlamento y Consejo (C-508/13, EU:C:2015:403), apartado 60; y de 3 de marzo de 2016, España/Comisión (C-26/15 P, EU:C:2016:132), apartados 30 y 31.

116. El círculo de la justificación se cierra con el considerando trigésimo primero, que apela a la importancia de impedir la elusión de las limitaciones a las tasas de intercambio. Indica que esta elusión se podría producir si no se computan como tasas de intercambio todos los pagos, directos o indirectos, que un régimen de tarjetas pueda efectuar a las entidades que colaboran con él en la realización de los pagos con tarjeta.

117. Estas justificaciones recogidas en el Reglamento me parecen adecuadas y cumplen con creces la exigencia de motivación para actos de alcance general que ha definido el Tribunal de Justicia. Describen la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y los objetivos que se propone alcanzar. Además, se refieren a la mayor parte de las decisiones técnicas que comprende, sin que sea imprescindible que abarquen absolutamente todas.

118. En particular, la decisión de equiparar los regímenes cuatripartitos a los tripartitos con extensión de marca combinada y de agente se deduce, especialmente, de los considerandos vigésimo octavo y trigésimo primero. No concurre, por tanto, ninguna falta de motivación en el Reglamento que pueda generar su invalidez.

2. Error manifiesto de apreciación

119. El juez de reenvío, de nuevo retomando los argumentos de Amex, expresa dudas sobre la validez del Reglamento, en cuya adopción las instituciones de la Unión podrían haber cometido un error manifiesto de apreciación al equiparar los regímenes controvertidos.

120. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha de reconocerse al legislador de la Unión una amplia facultad de apreciación en los ámbitos que impliquen opciones de naturaleza política, económica y social, y en los que se deban llevar a cabo apreciaciones complejas. Por eso, solo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en esos ámbitos, con relación al objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a su legalidad.⁵³

121. En mi opinión, las instituciones de la Unión no han incurrido en un error (y mucho menos en un error *manifiesto*) de apreciación al incluir en el Reglamento los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18. Los argumentos que esgrime Amex⁵⁴ en contra de la elección del legislador de la Unión de equiparar los regímenes tripartitos con extensiones de marca combinada y de agente a regímenes cuatripartitos reflejan su interés en que dicha equiparación no se produzca, porque recorta sus posibilidades de competir con Visa y MasterCard.

122. No obstante, las instituciones de la Unión han tenido debidamente en cuenta, durante el procedimiento legislativo, unos razonamientos y otros, decantándose finalmente por los que militan en favor de la tesis de la equiparación. Se trata de una opción de política legislativa que, correspondiendo a un ámbito económico complejo (como es el de las comisiones de intercambio en los pagos con tarjeta), puede ser, sin duda, legítimamente adoptada si las autoridades competentes de la Unión la creen prevalente frente a su contraria.

⁵³ Sentencias de 1 de marzo de 2016, National Iranian Oil Company/Consejo (C-440/14 P, EU:C:2016:128), apartado 77; de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (C-266/05 P, EU:C:2007:75), apartado 33; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 57; de 8 de junio de 2010, Vodafone y otros (C-58/08, EU:C:2010:321), apartado 52; y de 17 de octubre de 2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661), apartado 47.

⁵⁴ A su parecer, no hay motivo lógico para considerar que un régimen tripartito deba ser tratado como un régimen cuatripartito por el mero hecho de la celebración de acuerdos de marca combinada o de agencia, ya que ninguno de esos mecanismos modifica la naturaleza fundamental del régimen tripartito. Las funciones de emisor de las tarjetas y de adquirente de los pagos son desempeñadas por el régimen al igual que en los supuestos de regímenes tripartitos genuinos, del mismo modo y por las mismas partes, como ocurriría si tales acuerdos no existieran. Su equiparación resulta perjudicial para los consumidores y para la competencia, ya que desincentiva la celebración de tales acuerdos por parte de los regímenes tripartitos. La consecuencia será reducir las opciones para los consumidores y eliminar los beneficios de una competencia eficaz entre regímenes de pago.

123. En efecto, las instituciones han entendido, como explican el Consejo y el Parlamento Europeo, que la no aplicación de los límites del Reglamento a los regímenes tripartitos con extensiones de marca combinada o de agente les conferiría una ventaja competitiva injustificada sobre los cuatripartitos, en casos como estos en los que la diferencia entre unos y otros se difumina. Además, favorecería la elusión de los topes a las tasas de intercambio.

124. Esa decisión de política legislativa puede, obviamente, ser criticada por sus destinatarios. Pero si, como aquí sucede, ha sido adoptada dentro del amplio margen de apreciación del que dispone el legislador de la Unión, tras una valoración adecuada de los intereses en presencia, no bastan los argumentos expuestos por Amex para privarla de plausibilidad, y de ellos no se deduce, en modo alguno, que esté afectada por un error manifiesto de apreciación.

3. Violación del principio de proporcionalidad

125. El juez de reenvío, haciéndose eco una vez más de las alegaciones de Amex, expresa dudas sobre la equiparación de los regímenes tripartitos con extensiones de comarcado y de agente y los cuatripartitos, ahora desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

126. Para Amex, estas extensiones, negociadas por los regímenes tripartitos con socios o agentes, constituyen un medio razonable y proporcionado de lograr los propósitos del Reglamento. La equiparación con los regímenes cuatripartitos impondría una draconiana restricción de precios a los tripartitos, sin ningún motivo justificado. A su juicio, esa carga es manifiestamente desproporcionada y no resulta apropiada, ni imprescindible, para alcanzar los objetivos del Reglamento, por lo que viola el principio de proporcionalidad (artículo 5 TUE y artículo 5 del Protocolo n.º 2). Sería, por consiguiente, inválida.

127. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de proporcionalidad reclama que los actos de las instituciones de la Unión sean idóneos para alcanzar los fines legítimos buscados por la normativa de que se trate y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales fines, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a las metas perseguidas.⁵⁵

128. El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia sobre el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad es limitado. Según su bien establecida jurisprudencia, debe reconocerse al legislador de la Unión una amplia facultad discrecional en materias en las que ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. En consecuencia, no se trata de determinar si la medida adoptada por el legislador en una materia de esa clase era la única o la mejor posible, pues solo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida en relación con el objetivo que pretende conseguir la institución competente puede afectar a la legalidad de tal medida.⁵⁶

129. En mi opinión, las instituciones de la Unión tampoco han sobrepasado las exigencias del principio de proporcionalidad, interpretadas en el modo en el que lo hace el Tribunal de Justicia, al equiparar los regímenes tripartitos con extensiones de comarcado y de agente a los cuatripartitos.

⁵⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), apartado 122; de 16 de junio de 2015, *Gauweiler y otros* (C-62/14, EU:C:2015:400), apartados 67 y 91; y de 4 de mayo de 2016, *Polonia/Parlamento y Consejo* (C-358/14, EU:C:2016:323), apartados 78 y 79.

⁵⁶ Véanse en ese sentido las sentencias de 12 de julio de 2001, *Jippes y otros* (C-189/01, EU:C:2001:420), apartados 82 y 83; de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), apartado 123; de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros* (C-58/08, EU:C:2010:321), apartado 52; y de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38* (C-477/14, EU:C:2016:324), apartado 49.

130. Aun a riesgo de reiterar lo que ya he expuesto, recordaré que el Reglamento pretendía reducir la repercusión sobre los consumidores de los gastos generados por los pagos con tarjeta, siendo las tasas de intercambio el principal de todos. Ante la imposibilidad de rebajarlas mediante la aplicación de las normas de defensa de la competencia, y dadas las diferencias de su cuantía entre unos Estados miembros y otros, el legislador de la Unión decidió imponerles unos montantes máximos *ex lege*. Las tasas de intercambio son fácilmente identificables en los pagos con tarjeta satisfechos por los regímenes cuatripartitos, a los que el Reglamento se aplica en su totalidad, y no existen en los tripartitos, por lo que no sometió a estos últimos a esa limitación, aunque sí al cumplimiento de otras condiciones previstas en dicho Reglamento.

131. Ahora bien, esa exclusión fue circunscrita a los regímenes tripartitos genuinos, es decir, a aquellos en los que el régimen no cuenta con la colaboración de ningún tercero, hipótesis en la que no hay tasas de intercambio ni comisiones equivalentes. Sin embargo, el legislador de la Unión consideró que, cuando intervenía un tercer operador, el régimen tripartito debería ofrecerle una remuneración que podía tener un efecto equivalente a las tasas de intercambio. Esta circunstancia concurre en los tres casos identificados por los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento, a saber, cuando el régimen tripartito opera con terceros mediante licencia de emisión o recepción de pagos, extensión de marca combinada y extensión de agencia.

132. Como han argüido el Consejo, la Comisión y el Parlamento en sus observaciones escritas, al actuar de este modo el legislador de la Unión no ha adoptado una medida manifiestamente inadecuada en relación con el objetivo perseguido. La equiparación, circunscrita en los términos ya expresados, respeta el principio de proporcionalidad, porque es una medida pertinente para instaurar unas condiciones de competencia equiparables entre modelos de regímenes de pago con tarjeta que recurren a terceros para expandir su negocio y que los remuneran⁵⁷ con tasas de intercambio o comisiones de efecto equivalente. De la misma manera, creo que es una medida adecuada, necesaria y proporcionada para impedir la elusión de los límites a las tasas de intercambio.

133. Amex indica, en fin, que esta equiparación sería una medida desproporcionada, en cuanto vulnera el derecho a la libertad de empresa protegido por el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Su alegación, sin embargo, no me parece asumible.

134. La libertad de empresa, interpretada a la luz del artículo 52, apartado 1, de la Carta, no es incompatible con la regulación. Es posible acotar su ejercicio siempre que se haga por ley, se respete su contenido esencial, las limitaciones sean necesarias y respondan realmente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la protección de los derechos y libertades de los demás.⁵⁸

135. La imposición de umbrales a la cuantía de las tasas de intercambio, recogida por el Reglamento, pretende proteger el interés de los consumidores, esto es, evitar que los pagos con tarjeta conlleven aumentos injustificados de precios, como ya he afirmado.

136. Esa limitación, como otras presentes en el propio Reglamento, no afecta al contenido esencial de la libertad de empresa por el mero hecho de que se extienda a una determinada categoría de regímenes tripartitos, en parangón con los cuatripartitos. No se entiende por qué se respetaría la libertad de empresa en el caso de estos últimos y no en el de los primeros.

⁵⁷ Es interesante, y la comparto, la argumentación que el Parlamento Europeo hace en el apartado 58 de sus observaciones escritas: si las extensiones de comarcado y de agente no generan ninguna remuneración directa o indirecta en favor de los socios o agentes del régimen tripartito, no habría aplicación de los umbrales del Reglamento, porque no habría tasa de intercambio ni comisiones de efecto equivalente.

⁵⁸ Sentencias de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10, EU:C:2012:526), apartado 54; y de 17 de diciembre de 2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2013:823), apartados 66 y 68.

137. Se trata, simplemente, de una medida regulatoria en un sector caracterizado por la intervención de los poderes públicos, en aras de preservar el mejor funcionamiento del mercado y defender a los usuarios de tarjetas de pago. Además, hay que tener en cuenta que los niveles máximos de las tasas de intercambio han sido calculados por el legislador de la Unión aplicando la denominada «prueba de indiferencia para el comerciante»,⁵⁹ precisamente para no afectar a la viabilidad económica de los regímenes de pago con tarjeta.

138. Conviene recordar, de cualquier modo, que los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento prevén un periodo transitorio de adaptación para los regímenes tripartitos, hasta el 9 de diciembre de 2018.

139. En definitiva, el análisis precedente no ha revelado la existencia de ningún elemento que pueda afectar a la validez de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento.

IV. Conclusión

140. En atención a lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia no admitir las cuestiones prejudiciales de la High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, División de la Reina — Tribunal de lo contencioso administrativo, Reino Unido) y, subsidiariamente, responder de la manera siguiente:

- «1) Los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta, deben ser interpretados en el sentido de que los regímenes de tarjetas de pago tripartito que emitan instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente deben considerarse como regímenes de tarjetas de pago cuatripartitos, con independencia de que el socio o el agente participen o no en la emisión de la tarjeta y/o en la aceptación de los pagos.
- 2) No se ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez de los artículos 1, apartado 5, y 2, punto 18, del Reglamento 2015/751.»

⁵⁹ Según el considerando vigésimo del Reglamento, «los niveles máximos establecidos en el presente Reglamento se basan en la denominada “prueba de indiferencia para el comerciante”, desarrollada en la literatura económica, que permite determinar el nivel de la tasa que un comerciante estaría dispuesto a pagar si tuviera que comparar el coste de la utilización por parte del cliente de una tarjeta de pago con el de los pagos no efectuados con tarjeta, es decir en efectivo». Por tanto, los umbrales de las tasas de intercambio están calculados para no desincentivar el uso de tarjetas frente al pago en efectivo o por otros medios.