

RECURSO CASACION Num.: 2071/2005

Votación: 13/02/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Campos Sánchez-Bordona

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

ALFONSO LLAMAS SOUBRIER, Secretario de la Sección Tercera
de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

CERTIFICO: Que por la expresada Sala se ha dictado la siguiente

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Fernando Ledesma Bartret

Magistrados:

D. Óscar González González

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

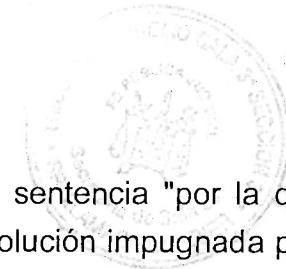
D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2071/2005 interpuesto por "BANCO DE SABADELL, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 7 de febrero de 2005 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 299/2002, sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.



que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto promovido por Banco Atlántico, S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Juan Antonio San Miguel Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2002, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la resolución impugnada y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas".

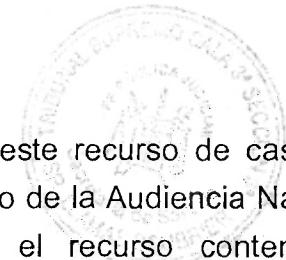
Quinto.- Con fecha 9 de mayo de 2005 "Banco Sabadell, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2071/2005 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005, impugnada en este recurso, el artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005, impugnada en este recurso, normativa comunitaria".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005, impugnada en este recurso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los artículos 248.2 y 392 del Código Penal así como la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 7 de febrero de 2005, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Banco Atlántico, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01.

Mediante dicha resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia había declarado que diversas entidades (entre ellas el "Banco Atlántico, S.A.", más tarde absorbido por el "Banco de Sabadell, S.A.", que aparece como recurrente) se habían concertado para unificar las condiciones de acceso relativas a las tarjetas de pago y sus conductas respecto de los establecimientos comerciales en los que, según lo pactado, se detectaran determinadas prácticas irregulares.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la resolución que sería declarada conforme a derecho por la Sala de instancia, consideró los hechos como prácticas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia e impuso al "Banco Atlántico, S.A." una sanción pecuniaria de 300.000 euros.

Segundo.- La Sala de instancia desestimó el recurso ante ella interpuesto razonando el fallo con los siguientes fundamentos jurídicos:

"[...] El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: 'Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...'.

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: 'El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...'.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad



Los acuerdos adoptados fueron inmediatamente puestos en práctica, tanto por las sociedades de medios de pago como por las entidades adquirentes y han venido constituyendo el marco común de su actuación frente a las operaciones comerciales fallidas derivadas de irregularidades en los pagos mediante tarjetas.

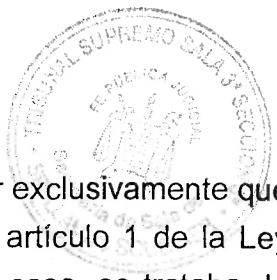
[...] La lectura de la resolución impugnada, y el examen del expediente administrativo revelan que se ha acreditado no solo la adopción de un acuerdo sino la puesta en práctica de las decisiones correspondientes, con la constitución de un marco común de actuación de las entidades bancarias y las de medios de pago frente a las operaciones comerciales fallidas derivadas de irregularidades en los pagos mediante tarjetas.

No sólo los Acuerdos de contenido estrictamente económico son prohibidos por el Art. 1 LDC, que tampoco exige que los Acuerdos que se reputen contrarios a la competencia produzcan efectos reales, ya que el mencionado precepto hace referencia a que 'tengan por objeto, produzcan o puedan producir como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia'. Ninguna duda hay de que un Acuerdo como el contemplado, en cuanto que determina una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tiene un objeto restrictivo para la competencia: como claramente razona el acto administrativo impugnado con este acuerdo los Bancos, no compiten sino que coordinan sus políticas comerciales, de manera que un establecimiento 'castigado' no podrá acceder a otra entidad de crédito. Así todos ellos saben que el resultado de su actuación coordinada en el tratamiento de determinados clientes no va a propiciar la pérdida de un cliente por una entidad financiera en beneficio de otra.

En relación con la alegada finalidad 'preventiva' de estas prácticas, el ordenamiento jurídico tiene medios para la prevención y punición del fraude, sin olvidar el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de Julio de 1.998, transcrita en la Resolución impugnada en el que, aún cuando se exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude se establece con toda claridad que las medidas que se tomen no pueden obstaculizar injustificadamente la competencia, no correspondiendo a entidades como la recurrente, determinar que conductas en el ámbito que nos ocupan, resultan o no fraudulentas.

La lucha contra el fraude en este ámbito y en cualquiera, debe ser una prioridad de todos los Estados, mediante las previsiones normativas que sean precisas en los Ordenamientos jurídicos y la oportuna tipificación en las leyes penales, pero obviamente no es competencia de la actora determinar cuando una conducta es fraudulenta, para incardinlar o calificar una actuación como delictiva y para justificar los Acuerdos tomados.

Sólo al Poder legislativo de ámbito comunitario o nacional corresponde aquella tipificación, no pudiendo en modo alguno aceptarse la consideración que realiza la actora, de que el bien jurídico de defensa de la competencia, en el modo y tiempo que ella pueda decidir, tenga que



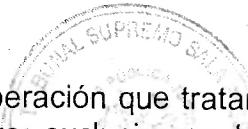
La parte demandante, en efecto, se limitó a afirmar exclusivamente que la conducta sancionada no constituía una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y que, en todo caso, se trataba de "conductas autorizadas por la Ley" (en concreto, por la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores) con las que trataba de proteger la "seguridad" de estos últimos.

Siendo ello así, podríamos limitarnos en esta sentencia a declarar inadmisibles todos los motivos excepto aquellos que se refieren, propiamente, a la ilicitud de la conducta, pues el resto de cuestiones ahora planteadas ni fueron ni pudieron ser analizadas por el tribunal de instancia. Las consideraciones que hagamos, pues, sobre el resto de los motivos casacionales lo son a título complementario, para el caso de que en la instancia hubiesen sido debidamente planteadas las cuestiones correspondientes.

En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, "al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por Banco de Sabadell, S.A. es restrictiva de la competencia". Dada la estrecha relación de ambos, trataremos este motivo conjuntamente con el segundo, en el que se denuncia la infracción de la "normativa comunitaria" (con cita de una Comunicación de la Comisión 9 de febrero de 2001 y de la Decisión Marco del Consejo de 28 de mayo de 2001), de cuyo examen deduce la entidad recurrente que "la cooperación frente al fraude no es restrictiva de la competencia".

Los dos motivos han de ser desestimados como lo han sido en las sentencias que han puesto fin a los recursos antes reseñados. Nos remitimos, a estos efectos, a las consideraciones hechas en los fundamentos correspondientes de las sentencias dictadas el 14 de febrero de 2007 que, en síntesis, fueron las siguientes:

A) Afirmamos que en el sistema de pago a través de las tarjetas de crédito o débito las distintas entidades que intervienen pueden seguir criterios comerciales "diferentes de otras del mismo sector, dando mayores posibilidades de recuperación de los créditos impagados, o criterios más flexibles en el tratamiento de los establecimientos incursos en conductas morosas o menos rigurosos a la hora de controlar a los consumidores que



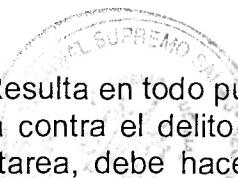
avanzadas (punto 4), ponen de relieve que la cooperación que tratan de impulsar las Autoridades comunitarias se refiere exclusivamente al intercambio de información, dentro del respeto a los derechos individuales y a la libre competencia, sin que en ningún momento exista ninguna indicación o afirmación que permita suponer que se alienta la concertación o la adopción de políticas comerciales uniformes frente a los casos de fraudes e impagos".

C) Subrayamos, por último, que las conductas colusorias iban más allá de lo que pudiera conceptuarse como lucha contra el fraude, pues "basta una simple lectura de los acuerdos sancionados para darse cuenta de que muchas de las situaciones que contempla no son constitutivas de fraude, sino de protección al Sistema. En efecto, bajo el epígrafe 'Exclusión inmediata', se contemplan situaciones de simple estrategia comercial, como son las referentes a la autofinanciación, no ajuste al tipo de venta del establecimiento, actividad no autorizada (teléfono erótico, tarot, etc.), que, aunque en algunos casos puedan ser encubridores de estas conductas ilícitas, no siempre es así, y cabe que se realicen por establecimientos comerciales y que unas entidades financieras las admitan y otras no."

Quinto.- En el tercer motivo de casación se alega que la Sala de instancia ha vulnerado "la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los artículos 248.2 y 392 del Código Penal así como la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago".

Es plenamente aplicable al motivo la respuesta que al correlativo, formulado en similares términos, dimos en la sentencia recaída en el recurso número 974/2004 (fundamento jurídico cuarto):

"El [...] motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia interpretativa de los artículos 248.2 y 392 del Código Penal y de la normativa comunitaria que define los delitos en relación con el uso de las tarjetas de pago. Expone la parte actora en este motivo que los citados preceptos sancionan expresamente el fraude a través de las tarjetas de pago -el uso de una tarjeta robada, extraviada o falsificada por quien no es su titular- como una actividad delictiva, tipificándola como delito de estafa en el primero de ellos y como delito de falsedad en documento mercantil en el artículo 392 en relación con el 390.1.3º del Código Penal, citando jurisprudencia aplicativa de dichos preceptos. Seguidamente se extiende sobre la necesaria cooperación en la lucha contra dichas actividades delictivas por parte de las entidades responsables de las tarjetas de pago, colaboración requerida por las autoridades judiciales y

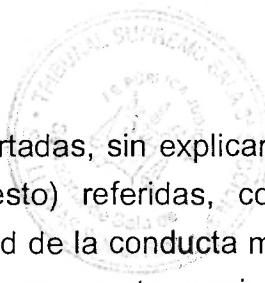


sean medios legítimos en la lucha contra el fraude. Resulta en todo punto evidente que tal cooperación, como la propia lucha contra el delito por parte de los que tienen encomendada semejante tarea, debe hacerse dentro de la legalidad. Y la determinación por parte de la Sentencia impugnada de que la entidad recurrente transgredió la legislación de defensa de la competencia ni resulta contraria a la previsión legal de los tipos penales que se trataba de combatir -lo que se tuvo en cuenta como elemento atenuante en la determinación de la sanción- ni, en modo alguno, puede hablarse de estado de necesidad para evitar la comisión de determinados delitos. Sin necesidad de entrar detenidamente en la configuración de lo que se define como estado de necesidad en el Código Penal y en su jurisprudencia aplicativa, es evidente que dicha figura se delimita como una causa de exclusión de la antijuridicidad determinada por una situación concreta y perentoria, supuesto completamente al margen de unos acuerdos que no se celebran 'para evitar un mal propio o ajeno' concreto y determinado, sino como una forma de asegurar de manera genérica el uso adecuado de las tarjetas de pago."

Séptimo.- En el quinto motivo de casación aduce la entidad recurrente que el tribunal de instancia ha vulnerado "la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al imponer sanciones a la cooperación contra el fraude en la que está ausente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad".

En cuanto a la tipificación y antijuridicidad de la conducta, la recurrente no hace en realidad sino repetir sus alegaciones de los motivos iniciales, que ya han sido desestimadas. Y en cuanto a la culpabilidad de la entidad financiera, ésta se limita a afirmar que su propósito era el de luchar contra el fraude y no el de restringir la competencia. Alegación que, para ser estimada, debería corresponder a la suscripción de unos acuerdos limitados a aquel objetivo en cuanto tal y no extensivos, como fueron -y ya ha sido dicho- a cuestiones de política comercial y a la unificación de prácticas mercantiles relativas a situaciones y actuaciones de clientes ajenas a lo que es propiamente fraude. Por lo demás, en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se valoró como atenuante (pero no, lógicamente, como circunstancia que excluyera la culpabilidad) el hecho de que las entidades concertadas trataran, entre otras finalidades, de combatir el fraude. El motivo, pues, no puede ser estimado.

Octavo.- En el sexto motivo de casación se denuncia la vulneración del artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, "por la absoluta arbitrariedad e irracionalidad de las sanciones impuestas".



o a la distinta participación de las entidades concertadas, sin explicar en qué grado fue la suya por diferencia a las del resto) referidas, como las precedentes, a la calificación jurídica y a la gravedad de la conducta más que, propiamente, a la intensidad o proporcionalidad de la respuesta sancionadora.

Planteado en estos términos el motivo no puede ser estimado. Hemos afirmado en las sentencias de 14 de febrero de 2007, a estos efectos, lo siguiente:

"En relación con la lesión del principio de proporcionalidad, cabe señalar que si se divide la multa que el art. 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas -hasta 901.518,16 €- en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se observa que la impuesta se encuentra en el grado medio, lo que se ajusta a criterios razonables, teniendo en cuenta la compensación que se induce de la resolución del TDC entre las agravantes de los apartados a), b) y c) del apartado 2. del artículo 10 -tratarse de entidades competidoras entre sí, el alcance nacional del mercado afectado y sus cuotas de mercado-, y la atenuante de tratar de combatir el fraude, por lo que debe considerarse proporcional la imposición de la sanción en su grado medio alto, al ser mayor el número de agravantes. Desde la otra perspectiva que denuncia la recurrente, no existe tratamiento discriminatorio con las entidades financieras sancionadas, pues la Ley no expresa que deba atenderse al grado de solvencia o suficiencia económica del infractor, por lo que este dato resulta irrelevante a los pretendidos efectos de adecuar el importe.

El límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas, sino de su posibilidad de incremento, que, aunque factible, tiene ese techo porcentual. Ahora bien, el TDC pone de manifiesto en su resolución la razón, por lo demás lógica, de las diferencias entre las entidades financieras y las sociedades de medios de pago en relación con la dimensión del mercado afectado que es de alcance nacional. Pues bien, dentro de este mercado las cuotas en él de las entidades imputadas son diferentes, casi el cien por cien para las sociedades de medios de pago, sin llegar a este extremo el de las otras entidades financieras. Estas distintas cuotas justifican sobradamente las diferentes cuantías de las multas, por lo que tampoco aquí es apreciable lesión del principio de proporcionalidad".

Décimo.- Procede, en suma, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.