

Id. Cendoj: 28079230062004100749
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 21/10/2004
Nº de Recurso: 288/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 288/02 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales

D^a Blanca Grande Pesquero, en nombre y representación de BANCO de SABADELL S.A., frente a

la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la

Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 3 de abril de 2002, en

materia relativa a sanción por conductas prohibidas, con una cuantía de 300.000 euros. Ha sido

Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 38-V-2002. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando por votación y fallo del recurso la fecha del 19 de octubre de 2.004 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 3 de abril de 2002 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 473/99 por el que acuerda :

"Primero.- "Declarar queBanco de Sabadell..... han incurrido en una práctica prohibida por el Art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia , por haber realizado acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con las tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimientos en los que detecten prácticas que consideren irregulares.

2º Imponer a cada una de las sociedades de medios de pago imputadas,....., una multa de 300.000 euros, al Banco de Sabadell S.A....

3º Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

4º Ordenar, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación, a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional."

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada, que pueden resumirse como sigue:

El día 20 de Abril de 1.994 se reunió en Madrid el llamado Grupo Mixto, integrado por representantes de varias entidades financieras, entre ellas la hoy actora, con objeto de aprobar unos criterios comunes para la exclusión y rehabilitación como usuarios de los correspondientes sistemas de medios de pago de los establecimientos comerciales en los que se hubieran detectado actividades fraudulentas u otra clase de actuaciones irregulares en los pagos mediante tarjetas.

En dicho Acuerdo, las partes definieron en común cuáles eran los casos en los que procedía hacer un apercibimiento a los comercios que reuniesen las condiciones acordadas por aquéllas para calificarlo como infractor, pactaron la forma, plazos y requisitos para la expulsión de los respectivos sistemas de medios de pago de los

comercios infractores, que debía ser ejecutada por las entidades financieras adquirentes, que se comprometían a retirar de aquéllos la máquina facturadora, TPV y material adicional destinado a la aceptación de tarjetas y unificaron sus criterios sobre las condiciones y actuaciones exigibles para rehabilitar a comercios excluidos.

En fecha no exactamente determinada, no posterior al 10 de Junio de 1.999, las dos empresas titulares de los sistemas de medios de pago realizaron un acuerdo denominado "Criterios de exclusión y rehabilitación de establecimientos", en el que se pactaron las condiciones que debían guiar la actuación coordinada de ambos sistemas de medios de pago en relación con los establecimientos comerciales en los que se hubieran producido impagos en las ventas de bienes o servicios mediante tarjetas de crédito.

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.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente es la indefensión por una serie de defectos procedimentales.

Sostiene que algunas frases del informe-propuesta muestran dudas, y que el TDC debió oír de nuevo al instructor para aclararlas. Esta Sala no aprecia tales dudas, ni en consecuencia indefensión del actor por la no retroacción de las actuaciones. Igualmente, no se aprecia indefensión, en cuanto a la no celebración de una vista que no fue solicitada, o en la no identidad entre las consideraciones del informe-propuesta y las del acto impugnado, dada la configuración legal de las facultades del órgano instructor y el órgano decisor. En todo caso, la entidad conoció en todo momento la infracción de la que se le acusaba, no apreciándose discordancia constitutiva de indefensión.

CUARTO.- 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, transcrito 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 incardinar 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 ceder ante el bien jurídico de reaccionar adecuadamente para evitar la comisión de un delito, pues ni a ella corresponde determinar cuando una conducta es o no delictiva, ni los medios o formas de luchar contra esta forma de criminalidad.

QUINTO.- Finalmente se alega que la cuantía de la sanción está falta de motivación y que es desproporcionada.

El artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia ha previsto la imposición de multas y la previsión de su cuantía se realiza mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el párrafo 2 se establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, pero la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer las razones por las que se adoptaron las medidas controvertidas y al órgano jurisdiccional competente disponer de los elementos suficientes para ejercer su control. Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando, como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el art. 106 de la Constitución. En este caso, la resolución

impugnada recoge la afectación del interés público, la dimensión del mercado afectado, de alcance nacional, las cuotas de mercado de las empresas imputadas, muy elevado en el caso de las entidades financieras y del 100% (casi) en el de las sociedades de medios de pago, el efecto restrictivo de la competencia que ha sido general, y "el dato favorable de tratar de combatir el fraude" aunque sea con medios ilegítimos, lo que a juicio de esta Sala constituye una motivación suficiente.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas del hecho por el que se impone sanción y del volumen de negocio de las entidades participantes en los hechos enjuiciados.

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BANCO DE SABADELL S.A., contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 3 de abril de 2002 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.