

Id Cendoj: 28079130032007100030
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 2241 / 2004
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO (RECURSO DE CASACIÓN) x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x

Resumen:

No se considera que la sentencia de instancia incurriese en incongruencia al haber examinado el motivo de impugnación y dado una respuesta al mismo. Sanción en Defensa de la Competencia. Se considera pacto colusorio contrario a la libre competencia la coordinación de políticas comerciales de los bancos junto con las sociedades que gestionan el pago por tarjeta de crédito para combatir las irregularidades que puedan detectarse en los comercios. Dicha práctica no puede quedar amparada por el hecho de que no persiga una finalidad económica o porque pretenda combatir el fraude. No se vulnera la proporcionalidad de la sanción, al haberse tomado en consideración factores de corrección de la multa y al haberse impuesto en el tramo superior del grado mínimo.

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 2241/2004, interpuesto por el Procurador Don Emilio García Guillén, en nombre y representación del BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo 291/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, sobre sanción por la realización de una conducta prohibida. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 291/2002, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 21 de enero de 2004, cuyo fallo dice literalmente: «FALLAMOS: PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. EMILIO GARCÍA GUILLÉN, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de Abril de 2002, por ser la misma ajustada a Derecho. SEGUNDO.- No ha lugar a la imposición de una especial condena en costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 19 de febrero de 2004 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo

emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del recurrente BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 12 de abril de 2004, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO: «que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tenga a mi mandante BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. por personado y parte en este recurso en calidad de recurrente; tenga por interpuesto y formalizado por mi representado RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2004, recaída en el recurso contencioso-administrativo 291/2002, admita a trámite el recurso, y, previos los trámites legales, dicte Sentencia estimando el recurso y, en consecuencia:

1º Con estimación del Motivo primero o segundo de este recurso, case y anule la Sentencia recurrida, y dicte Sentencia que la sustituya y por la que, con condena en costas a la Administración demandada: (i) se anule íntegramente la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente sancionador nº 515/01, ordenando a la Administración demandada el reintegro de la multa abonada con los correspondientes intereses; o (ii) subsidiariamente, anule parcialmente la citada Resolución administrativa, en cuanto impone a BBVA una sanción de multa, ordenando igualmente a la Administración demandada el reintegro de la multa abonada con los correspondientes intereses.

2º Subsidiariamente, con estimación del Motivo tercero de este recurso, case y anule la Sentencia recurrida en cuanto declara procedente la sanción de multa de 600.000 euros impuesta a BBVA por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, y dicte Sentencia por la que, con condena en costas a la Administración demandada, reduzca la cuantía de esa sanción de multa en aplicación de lo previsto en el artículo 10.2 de la LDC y del principio de proporcionalidad.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 30 de septiembre de 2005, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 16 de noviembre de 2005 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 30 de diciembre de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por sus trámites; y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA.-».

SEXTO.- Por providencia de fecha 26 de junio de 2006, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2006, suspendiéndose el mismo por providencia de fecha 8 de noviembre de 2006, dado que existiendo otros procedimientos de la misma resolución se estima conveniente el señalamiento de los recursos en la misma fecha.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 24 de noviembre de 2006, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 6 de febrero de 2007, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto del recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2004, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01, que impuso una multa de 600.000 euros como subrogado en las responsabilidades declaradas del BANCO BILBAO VIZCAYA y del BANCO ARGENTARIA, por haber

incurrido dichas Entidades bancarias en una práctica prohibida por el *artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, 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 se detecten prácticas que consideren irregulares.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el objeto de delimitar el «thema decidendi», procede transcribir los razonamientos de la sentencia recurrida en el extremo que considera ajustada a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, en lo referente a la imposición a la Entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. de la sanción de multa por importe de 600.000 euros, por la infracción de lo dispuesto en el *artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia*, que se fundamenta con base a considerar acreditada la suscripción el 20 de diciembre de 1994 de un Acuerdo entre las Sociedades de medios de pago Visa España, Sistema 4B y determinadas entidades financieras, con el objeto de definir criterios comunes en relación con las medidas a adoptar para la exclusión y rehabilitación como usuarios de los correspondientes sistemas de medios de pago de los establecimientos comerciales en los que se hubieren detectado actividades fraudulentas u otra clase de actuaciones irregulares en los pagos mediante tarjeta, y calificar dicha conducta negocial de colusoria, por tratarse de la adopción de una política comercial que unifica la reacción contra los establecimientos en los que se detectan determinados indicios de impago o determinadas irregularidades, que es subsumible en la prohibición del *artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, y no poder justificar dicho pacto, para apreciar su licitud, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia y, en la alegación de que la finalidad que perseguía era la lucha contra el fraude, según se razona, sustancialmente, en el fundamento jurídico quinto, en los siguientes términos:

«El TDC refiriéndose a ambos acuerdos y por tanto también al primero de ellos señala que:

"Deben ser considerados como pactos entre competidores, dirigidos a establecer criterios uniformes para el tratamiento de las relaciones comerciales de unas y otras con los establecimientos en los que se detecten irregularidades en el funcionamiento de los pagos con tarjetas de las marcas gestionadas por la primeras y en los que las entidades de crédito actúan como adquirentes. Se trata de acuerdos encaminados a adoptar una política comercial entre las sociedades de medios de pago que, al unificar su reacción comercial ante los establecimientos en los que se den determinados índices de impagos, que también definen de manera unitaria, eliminan la posibilidad de que un tratamiento diferente de dicha incidencias pudiera constituirse como un elemento de elección de sus respectivos sistemas por las entidades de crédito y, al mismo tiempo, eliminan la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores".

Ese razonamiento es absolutamente certero, sin que se desvirtúe por el argumento, tantas veces reiterado por el recurrente, de que su finalidad era la lucha contra el fraude. El actor aduce que el *Art. 1 LDC* no prohíbe la cooperación entre empresas cuando la cooperación tiene exclusivamente por objeto la prevención y represión de una conducta fraudulenta o delictiva y trata de apoyar en la normativa comunitaria, pero lo cierto es que como ha señalado ya esta Sala en otras Sentencias en aplicación de la *Ley de Defensa de la Competencia, como la de 2 de Julio de 2003* y más concretamente en la Sentencia de 12 de Noviembre de 2003, que considera ajustada a Derecho la Resolución impugnada en el presente recurso son inadmisibles en nuestro Ordenamiento jurídico, las conductas que hacen referencia a supuestas "autodefensas", aún en supuestos delictivos, en que el Ordenamiento jurídico tiene medios para su prevención y punición, ello 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.

Debe, pues, concluirse que la lucha contra el fraude no puede justificar el Acuerdo referido, que por las razones expuestas constituye una practica prohibida por el *Art. 1.1.a) de la LDC*, como ya ha señalado esta Sala respecto a otra de las sancionadas en su Sentencia de 12 de Noviembre de 2003.

En la citada Sentencia se señala:

"CUARTO.- Respecto al fondo de la cuestión debatida, a la que la actora se refiere con carácter subsidiario, debe señalarse que la misma basa la esencia de su argumentación, en que los Acuerdos celebrados, cuya existencia no se discute, tuvieron un objeto básico y primordial, cual era la lucha contra el fraude en el uso de medios de pago, como las tarjetas electrónicas en establecimientos comerciales.

También a este respecto es necesario precisar: A) Que no corresponde a las entidades tales 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 en base a un supuesto estado de necesidad regulado en el *Art. 20.5 del Código Penal*, que lógicamente no corresponde a ella apreciar.

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.

B) Tiene razón el TDC cuando en el fundamento jurídico cuarto de su Resolución señala:

"Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que excede estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1.998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude "intensificando la seguridad intrínseca al producto de pago ofrecido y a los sistemas de tramitación de las operaciones hechas mediante él, incluido el sistema electrónico de transmisión; perfeccionando la seguridad de los mecanismos de acceso condicional y selectivo a la utilización de sus productos de pago; creando estructuras para el intercambio de información; implantando programas de formación, especialmente destinados al propio personal de las entidades financieras", expresando además que "para garantizar el desarrollo armonioso y competitivo de los servicios de pago, se velará porque las medidas expuestas en los apartados a1 y a2 (las dos primeras de entre las transcritas) no obstaculicen injustificadamente la competencia". Ese texto, lo mismo que el contenido en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, también citada por las partes en sus escritos de conclusiones, que toma únicamente en consideración como medidas a adoptar por las entidades privadas en su lucha contra el fraude el intercambio de información (punto 2) y el empleo de las tecnologías y técnicas operativas más avanzadas (punto 4), ponen de relieve que la corporación 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) Es sabido, que 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 unos Acuerdos como los contemplados, en cuanto que determina una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tienen un objeto restrictivo para la competencia, pues ni tienen base legal para luchar contra lo que se califica de delito, por quien no es competente para ello y además ninguna duda hay tampoco de que se están llevando a la practica uniformemente por todas las entidades financieras en España.

Por lo demás, es evidente que los Acuerdos objeto de sanción hacen referencia a una modalidad de pago muy concreta, cual es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales y a ese mercado de medios de pago mediante tarjetas de crédito ha de estarse. En ese contexto, es obvio que las alegaciones que hace la actora al mercado geográfico o a la existencia cierta de otros medios de pago, ninguna trascendencia tienen a los efectos de la Resolución que nos ocupa.

La actora, pretende basar la procedencia de los Acuerdos en la supuesta lucha contra el fraude basándose en el propio Informe-Propuesta del SDC y en el ulterior Informe de 11 de Mayo de 2001, al que se ha hecho mención relativo a la autorización singular de los Acuerdos, pero como bien dice el TDC: a) la solicitud de autorización singular de Acuerdos posteriores no desvirtúa la calificación de los hechos o sus consecuencias, pues se presenta una vez concluida la instrucción del expediente que nos ocupa y años

más tarde de haberse adoptado los Acuerdos imputados; b) la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las practicas comerciales de los operadores en un mercado determinado, en el caso de autos, el mercado de pago mediante tarjetas de crédito".».

La Sala de instancia rechaza que la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia resulte improcedente, que se fundaba en la alegación de que no se había producido una lesión efectiva al bien jurídico protegido por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, al no afectar la conducta imputada al interés público que representa el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo, y, asimismo, el Tribunal sentenciador descarta que la sanción sea "absolutamente desproporcionada", atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, según se refiere en el fundamento jurídico sexto:

«Por lo que se refiere a la sanción impuesta, interesa con carácter previo recoger la argumentación expuesta por la Sala en la precitada Sentencia de 12 de Noviembre de 2003, cuyo Fundamento jurídico quinto señala:

"Confirmado dicho extremo contenido en la Resolución impugnada, en relación a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, la actora alegó subsidiariamente que ésta era a todas luces, excesiva. Se fija para ello tanto en el tenor del Informe-Propuesta del SDC, como en la voluntad que les inspiraba de luchar contra el fraude, así como en el hecho de que los clientes no se hubieran visto perjudicados. También estima que debería haberse considerado elemento atenuante el que hubieran presentado una solicitud de autorización singular, sobre Acuerdo de similares características a los sancionados, suscrito por las tres SSMP en el año 2001, que recibió calificación favorable por parte del SDC el 11 de Mayo de 2001, y al que ya se ha hecho mención.

Igualmente considera, que no se han valorado los volúmenes de compras de cada una de las SSMP sancionadas, a las que se impone igual sanción, siendo así que SISTEMA 4B tiene un volumen de compras con tarjetas anuales de 8.663 millones de euros, frente a los 24.298 y 9.966 millones de euros de otras SSMP sancionada.

La Resolución impugnada para argumentar la sanción que impone, dice:

"En cuanto a la sanción que procede imponer, el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* establece la posibilidad de castigar las infracciones del *artículo 1º con multas de hasta 150.000.000 pesetas* (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En este caso, es necesario partir de la base de la gravedad de las conductas que se sancionan que, en el caso de los acuerdos entre entidades financieras, competidoras entre sí como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pagos mediante tarjetas, con aplicación de una política comercial común en la reacción frente a las incidencias definidas por ellas mismas como fraudulentas, restringiendo la libertad de cada una para fijar su propia estrategia, debe considerarse que incurre plenamente en la prohibición del *artículo 1 LDC* y, por tanto, es grave en cuanto que afecta al interés público que representa el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo y vulnera el principio de independencia de comportamiento de los agentes individuales que operan en el mercado afectado, que es un elemento esencial para el ejercicio de la libertad económica. Teniendo en cuenta las operaciones de concentración y fusión de las entidades financieras que se mencionan en el apartado 5 de los Hechos Probados, procede atribuir a las empresas o agrupaciones resultantes la responsabilidad correspondiente a cada una de las sociedades integradas, en cuyos derechos y obligaciones aquéllas se subrogan.

De la misma manera, debe considerarse grave la celebración de estos acuerdos entre las sociedades de medios de pago, no sólo en cuanto se trata de entidades directamente competidoras entre sí que unifican sus políticas comerciales, sino también por tratarse de grupos o asociaciones en las que se integran las propias entidades financieras, sirviendo de lugar común para pactar las conductas de éstas en relación con los medios de pago.

Sobre esta base, es preciso considerar los demás elementos que el *artículo 10 LDC* establece como criterios determinantes para fijar la cuantía de la sanción y, como más destacados, la dimensión del mercado afectado, que es de alcance nacional, las cuotas de mercado de las empresas imputadas, que es casi del cien por cien para las sociedades de medios de pago y muy elevada para las entidades financieras imputadas y el efecto restrictivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido general, como se desprende de las propias alegaciones de las imputadas sobre su realidad y necesidad. De la misma manera, debe valorarse en su justa medida el dato favorable a las imputadas de tratar de combatir el fraude

detectado en los sistemas de pagos por tarjeta, aunque, como ya se ha dicho, hayan acudido para ello a medios ilegítimos, prohibidos por el ordenamiento jurídico español y sin apoyo alguno en las prácticas y directrices comunitarias o internacionales".

SEXTO.- Ciertamente el SDC en su Informe-Propuesta, pese a calificar los Acuerdos que nos ocupan como prácticas contrarias al Art. 1.1. a) de la LDC no propone la imposición de sanciones.

Sin embargo, la Resolución impugnada con base en la argumentación que se ha transcrito, justifica las multas a imponer, distinguiendo las que corresponden a las entidades financieras y las que corresponden a las SSMP, entre ellas la actora, a las que impone la misma multa de 600.000 euros, sin distinguir los volúmenes de compras diferentes, tal y como pretendía la recurrente.

El TDC entiende procedente la imposición de sanciones y considera como dato favorable a la hora de fijar la multa, la tan alegada voluntad de la recurrente de combatir el fraude, que ciertamente se ha detectado en ocasiones, en los sistemas de pagos por tarjetas. Pero no cabe olvidar y así lo señala el TDC y es asumido por la Sala que las conductas contempladas tenían un claro efecto restrictivo de la competencia en el mercado contemplado y ese efecto restrictivo trascendente, hace ajustada a derecho la imposición de una sanción que tenga en cuenta dicha circunstancia de capital, importancia que en cuanto tal y por su naturaleza no se ve afectada por el hecho de que los volúmenes de compras con tarjetas pertenecientes a cada una de las SSMP sancionadas fuera diferente. . ."

La necesaria individualización y el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones, hace que deba analizarse individual y concretamente la actuación de cada entidad sancionada, en este caso el Banco Bilbao Vizcaya Argentaría.

Pese a lo que éste sostiene en su recurso, la Resolución impugnada tiene en cuenta que a diferencia de las SSMP, los Bancos Bilbao Vizcaya y Argentaría Caja Postal, únicamente participaron en el Acuerdo de 20 de Abril de 1.994, por esa razón se impuso a cada una de las Sociedades de medios de pagos la multa de 600.000 euros, mientras que a cada Banco se le impuso la multa de 300.000 euros, es decir la mitad de la impuesta aquélla. Si al hoy recurrente se le fija la multa de 600.000 euros, ello es en razón a estar subrogado en las responsabilidades declaradas del Banco Bilbao Vizcaya y de Argentaría Caja Postal, que en la fecha del Acuerdo de 1.994, tenían entidades propias y que en el momento posterior de ser sancionados, ya se habían fusionado, lo que impone la necesidad de asumir las responsabilidades de ambos y determina que el importe total de la multa sea el derivado de la suma de las multas de 300.000 euros impuesta a cada uno de los Bancos que en 1.994 operaban por separado.

A la vista de lo argumentado y reputándose perfectamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, la multa impuesta, procede la desestimación del recurso interpuesto.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. se articula en la exposición de tres motivos.

En la formulación del primer motivo, articulado al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por vulneración de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y del artículo 24 de la Constitución, se denuncia que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, porque ha prescindido en su razonamiento de cualquier consideración sobre el motivo principal en que fundó la pretensión de anulación de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, expuesta en el escrito de demanda formulado en la instancia, concerniente a que «el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia no protege la competencia entre empresas basada en una mayor permisividad respecto de conductas fraudulentas», que era la única de las prácticas en las que tomó parte, que por su trascendencia para resolver el recurso contencioso-administrativo precisaba de una respuesta explícita de la Sala de instancia.

En la exposición del segundo motivo de casación, que se formula de forma subsidiaria en relación con el primero, se censura que la sentencia recurrida infringe el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incurriendo en error jurídico al no tomar en consideración que este precepto legal no protege la competencia entre empresas basada en la mayor permisividad de alguna de ellas con conductas fraudulentas, de donde se desprende que no prohíbe en ningún caso la fijación conjunta de condiciones comerciales consistentes en la no aceptación por parte de ciertas empresas proveedoras de

servicios de determinados niveles de fraude en relación con esos servicios.

En el tercer motivo de casación, que se funda al amparo del *artículo 88.1 d) de la Ley* reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se aduce que la sentencia recurrida infringe el *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia* y el principio de proporcionalidad que debe regir la determinación de las sanciones administrativas, así como la jurisprudencia recaída en la aplicación de este principio, al confirmar la legalidad de la sanción impuesta sin tener en cuenta los criterios de graduación de las sanciones incluidas en dicho precepto, que obliga a ponderar, entre otras circunstancias, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, y no valorar que en este supuesto no ha existido lesión alguna del bien jurídico protegido por la norma sancionadora.

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación: el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Procede desestimar la prosperabilidad del primer motivo de casación articulado por la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., al constatar que la Sala de instancia no ha infringido las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el *artículo 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que institucionaliza el principio procedimental de congruencia de las resoluciones judiciales en el orden contencioso-administrativo, al prescribir que las sentencias «decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso».

En efecto, la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida permite rechazar la alegación deducida por la parte recurrente de que la Sala de instancia incurre en incongruencia omisiva al preterir cualquier razonamiento en relación con el motivo principal en que fundó la pretensión de anulación de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002.

Se advierte que el Tribunal a quo no incurre en el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio, porque no ignora los términos sustanciales en los que discurre la controversia principal en el proceso de instancia, al haberse pronunciado explícitamente sobre la alegación que se sustenta como primer motivo de impugnación de carácter jurídico-material, expuesto en el escrito de demanda, sobre la falta de tipicidad y de antijuridicidad de la conducta imputada al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, fundada en el argumento de que «los acuerdos suscritos no limitan la libre competencia y, aún cuando así fuere, afectarían exclusivamente a una competencia basada en una mayor permisividad con el fraude con tarjetas de pago que no resulta protegida por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*», al declarar expresamente en el fundamento jurídico quinto de la sentencia que hemos transcrito, aceptando los razonamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia, que la conducta imputada tiene efectos restrictivos de la competencia que no pueden justificarse en que la cooperación interempresarial tenga exclusivamente por objeto la prevención y represión de conductas fraudulentas, según se deduce del análisis de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.

La Sala de instancia da una respuesta fundada en Derecho a la pretensión en que se funda este motivo de impugnación, al considerar que la lucha contra el fraude no constituye una circunstancia exculpatoria que autorice a declarar la licitud de los Acuerdos enjuiciados, porque este objetivo legítimo no requiere que las prácticas comerciales de los operadores en un mercado determinado sean uniformes, de donde se deduce que el Acuerdo debe calificarse de «una práctica prohibida por el *artículo 1.1 a) de la LDC*», acogiendo, a mayor abundamiento, los razonamientos expuestos en la precedente sentencia dictada por esa misma Sala de 12 de noviembre de 2003, en la que se enfatiza el carácter anticompetitivo de los Acuerdos analizados, en cuanto exceden de su consideración como un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados.

Resulta adecuado recordar la doctrina de esta Sala sobre el deber del juez de motivar las decisiones judiciales, que constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en la sentencia *constitucional 118/2006, de 24 de abril*, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico; según se expone en las sentencias de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003):

«El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el *artículo 24 de la Constitución*, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en

derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el *artículo 120 de la Constitución*, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurra en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo.».

Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), «el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.».

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, cabe concluir el examen de este primer motivo de casación, afirmando que se aprecia que la Sala de instancia ha juzgado adecuadamente el caso, en lo que concierne al examen del motivo de impugnación basado en la falta de antijuridicidad de la conducta imputada, al respetar los límites del debate procesal y comprobarse que el órgano judicial ha dado respuesta a esta causa de pedir, de modo que no se observa un desajuste externo entre el fallo judicial y los términos en que la parte actora fundamentó jurídicamente su alegación principal.

QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación: La antijuridicidad de la práctica imputada.

El segundo motivo de casación, en cuyo planteamiento subyacente se cuestiona la concurrencia de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta imputada, al considerar la Entidad recurrente que no puede caracterizarse un acuerdo suscrito entre las sociedades de medios de pago y las entidades financieras que tiene como objeto luchar contra el fraude, como práctica anticompetitiva, subsumible en la prohibición del *artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, no puede ser acogido.

Procede, en primer término, para contribuir a una mejor comprensión del presupuesto en que se sustenta este motivo, reproducir la exposición de las características del sistema de pago mediante tarjetas de crédito o débito, que se refiere en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de julio de 1999, según lo expuesto en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, (RC 1904/2005):

«La mecánica más usual de funcionamiento de una tarjeta de crédito o débito es la siguiente:

Un cliente adquiere en un establecimiento comercial un producto o servicio determinados y paga mediante la exhibición y procesamiento de su tarjeta; el comerciante se resarce de dicho importe aplicando a su banco el mandato de pago hecho por el cliente a través de la tarjeta; ese banco, que recibe el nombre de banco adquirente cobra al comerciante un porcentaje de la cantidad anterior por prestar el servicio y a este porcentaje se le denomina tasa de descuento. El banco adquirente presenta a través del Sistema de compensación al banco emisor la suma antedicha disminuida en una cantidad que recibe nombre de tasa de intercambio. Esta tasa de intercambio es un porcentaje del valor de la transacción que cobra el banco emisor para resarcirse de todos los costes ajenos al proceso de emisión y pago final. Quien responde ante el Sistema de pago de una tarjeta es siempre la entidad emisora, quien finalmente se lo repercutirá al titular de la misma. Por tanto, los elementos del Sistema son los siguientes:

a) Titular de la tarjeta. Es la persona cuyo nombre figura impreso en la tarjeta y que tiene derecho a utilizarla como medio de pago. Para ello suele abonar una cuota anual.

b) Establecimiento adherido. Es el establecimiento comercial cuya venta o servicio es abonado por el consumidor mediante tarjeta. El establecimiento adherido hace efectivo el importe de la operación mediante un ingreso que realiza en su favor la entidad de depósito adquirente.

c) Entidad emisora. Es la entidad de depósito que ha emitido la tarjeta y cuyo nombre figura también en la misma. Es el responsable ante el Sistema del buen fin de cualquier operación que se haga con cargo a la misma. La entidad o banco emisor es el banco del que es cliente el titular de la tarjeta.

d) Entidad adquirente. Es la entidad de depósito de la que es cliente el establecimiento comercial en el que efectúa sus compras el titular de la tarjeta. La entidad o banco adquirente paga al establecimiento comercial la transacción efectuada deduciendo del importe de ésta la tasa de descuento.

e) Sociedades de medios de pago. Son las entidades propietarias o concesionarias de la marca de las respectivas tarjetas y en su seno se realizan todas las operaciones de compensación de pagos. Respecto de las tarjetas bancarias en España son VISA ESPAÑA y SISTEMA 4B para las tarjetas VISA; SISTEMA 4B para las tarjetas 4B, Master Card y Maestro; y SISTEMA 6000 de la Confederación Española de Cajas de Ahorro para la Tarjeta 6000.

f) Tasas de descuento. Son las que cobran los bancos adquirentes a los comerciantes. Se negocian entre la entidad adquirente y el establecimiento adherido y se acuerdan, conforme a criterios comerciales, en un marco de libre competencia entre las entidades de crédito. Dicha negociación es la que permite, en cada caso concreto, la reducción o incluso la supresión de esa tasa.

g) Tasa de intercambio. Son las que la entidad emisora cobra a la entidad adquirente en el Sistema de compensación para cubrir los costes de sus servicios y riesgos de impago".».

En la fundamentación jurídica de esta misma sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007 , hemos declarado:

«Se trata, por tanto, de un sistema libre en el que las entidades que lo instauran 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 usan el sistema de tarjetas de crédito. El establecimiento de comportamientos rígidos que impiden la conformación por los firmantes de un sistema diferente o más flexible, que pueda a su vez determinar la libertad de elección de las entidades de créditos, incluso, como dice el TDC, eliminando la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores, constituye sin duda un pacto colusorio incardinado en el *artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia* , ya que se trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia, inclusión que se extiende a las sociedades de medios de pago no solo por formar parte de ellas las entidades financieras, sino sobre todo por ser ellas las impulsoras de estos acuerdos.

La celebración del pacto colusorio, en cuanto tiene efectos en la competencia, es incardinable en el *artículo primero* , aunque no tenga una finalidad económica, ya que es suficiente que "produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia", y no cabe duda, como se dijo anteriormente, que ese efecto se consigue en el pacto en cuestión al impedir que cada sociedad de medios de pago actúe de diferente forma ante las irregularidades que puedan detectarse en los comercios adheridos.

El elemento de culpabilidad está presente en el pacto, y no puede excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el fraude, pues en ninguna de ellas se refiere al concierto entre empresas. En efecto como señala el TDC:

<<"Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que exceda estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude "intensificando la seguridad intrínseca al producto de pago ofrecido y a los sistemas de tramitación de las operaciones hechas mediante él, incluido el sistema electrónico de transmisión; perfeccionando la seguridad de los mecanismos de acceso condicional y selectivo a la utilización de sus productos de pago; creando estructuras para el intercambio de información; implantando programas de formación, especialmente destinados al propio personal de las entidades financieras", expresando además que "para garantizar el desarrollo armonioso y competitivo de los servicios de pago, se velará porque las medidas expuestas en los apartados a1 y a2 (las dos primeras de entre las transcritas) no obstaculicen injustificadamente la competencia". Ese texto, lo mismo que el contenido en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, también citada por las partes en sus escritos de conclusiones, que toma únicamente en consideración como medidas a adoptar por las entidades privadas en su lucha contra el fraude el intercambio de información (punto 2) y el empleo de las tecnologías

y técnicas operativas más 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">>.

Se trata, por tanto, de recomendaciones en relación con el intercambio de información, pero que siempre respetan la libre competencia, pensando sin duda que es ésta la mejor fórmula, sobre cualquiera otra, en la lucha contra el fraude.

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.».

SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación: El principio de proporcionalidad.

El tercer motivo de casación, que censura que la Sala de instancia ha vulnerado los criterios de graduación de las sanciones que establece el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, y ha lesionado el principio de proporcionalidad en la proyección de que la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia no guarda relación con la gravedad de la conducta infractora, al no haberse producido un perjuicio efectivo de la competencia, debe ser desestimado.

Se debe considerar, en primer término, que la Sala de instancia ha atendido en la confirmación de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a los criterios de graduación establecidos en el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, al tener en cuenta, como factor atenuante para fijar la multa, la intervención de la Entidad recurrente para tratar de combatir el fraude detectado en la utilización de los sistemas de pagos por tarjetas mediante la suscripción del Acuerdo, y valorar, para determinar la relevancia jurídica de la infracción, que se ha producido realmente un efecto restrictivo de la competencia sobre los competidores efectivos, como hemos declarado en el precedente fundamento jurídico.

En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia con carácter ordinario -hasta 901.518,16 € (hasta 150.000.000 de pesetas)-, si la dividimos para su aplicación en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se aprecia que la sanción impuesta, que resulta de la suma de las impuestas a la Entidad BANCO BILBAO VIZCAYA (300.000 €) y a la Entidad ARGENTARIA (300.000 €) en cuyas responsabilidades se subroga, se encuentra en el grado mínimo en su tramo superior, lo que se ajusta a criterios razonables teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y la compensación que se induce de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia entre los criterios establecidos en los apartados a), b) y c) del *artículo 10.2*, por tratarse de acuerdos suscritos entre entidades financieras competidoras entre sí, como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pago mediante tarjetas, en referencia a la dimensión nacional del mercado afectado y las cuotas de mercado, y valorar como circunstancia atenuante la finalidad de tratar de combatir el fraude detectado en los sistemas de pagos por tarjetas, aunque sea por medios ilegítimos prohibidos por el Derecho de la Competencia.

La Sala de instancia realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, porque no cabe eludir que como consecuencia de la conducta sancionada se ha producido un efecto lesivo del Derecho de la Competencia, que menoscaba el interés público tutelado, representado por el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo, al vulnerar el principio de libertad empresarial de los agentes económicos que operan en el mercado efectivo, en razón de las concretas circunstancias concurrentes en la reacción uniforme acordada por las sociedades de medios de pago y entidades financieras, por la utilización de las tarjetas de crédito o de débito en establecimientos comerciales, sin que se haya prescindido de la aplicación del principio de individualización de la sanción.

Debe concluirse, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha respetado las directrices jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad expresadas en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000):

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.».

En consecuencia, al desestimarse los tres motivos de casación articulados, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2004 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 291/2002.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley* reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2004 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 291/2002.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ- CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.