

**Id. Cendoj:** 28079230062004100736  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 18/11/2004  
**Nº de Recurso:** 278/2002  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MERCEDES PEDRAZ CALVO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 278/02 que ante esta Sala de lo

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

D<sup>a</sup> Lucila Torres Rius, en nombre y representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, 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, siendo codemandado PAES SKI S.L., representada por el Procurador Sr. Fernández Múgica.

Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 30-IV-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, terminó 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.

Igualmente la parte codemandada contestó a la demanda, solicitando su desestimación con base en los fundamentos de hecho y de derecho que deja expuestos.

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 par votación y fallo del recurso la fecha del 16 de noviembre 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 que ..... Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid..... 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,...a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, una multa de 300.000 euros, ....

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.- 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.

CUARTO.- En cuanto a la falta de prueba, resulta contradictoria esta alegación con la siguiente, según la cual, no puede ordenarse el cese de una conducta (que previamente niegan haber cometido) porque "el cese de esta práctica traería como consecuencia el riesgo para el sector de que proliferen las operaciones fraudulentas", consideraciones vertidas en la demanda que igualmente contradicen la pretendida ausencia de dolo o culpa.

En cuanto a la alegada prescripción, si bien el acuerdo anticompetitivo se adoptó el 20 de abril de 1.994, con posterioridad tuvo lugar su puesta en práctica mediante el intercambio de información y coordinación de las conductas en relación con los establecimientos comerciales, que por otra parte es precisamente la acusación formulada por el Servicio de Defensa de la Competencia en el Pliego de concreción de hechos. En estos queda meridianamente claro que se acusa a los expedientados de ser autores de una conducta prohibida, por lo tanto, no puede prosperar la alegación de que se ha infringido su derecho de defensa porque no se propone la imposición de una concreta sanción: la expedientada hoy actora conoció con precisión los hechos que a juicio del S.D.C. eran constitutivos de una infracción, y el precepto que tipifica tales conductas como infracción acreedora de una sanción.

En relación con la infracción del principio non bis in idem, la circunstancia de que las entidades financieras sancionadas sean accionistas de las empresas de medios de pago electrónicos no supone que unas y otras deban ser considerados como una única persona jurídica acreedora de una única sanción.

Finalmente, las propias autoridades de competencia acordaron sobreseer el expediente en relación con la posible infracción del artículo 7 L.D.C. por lo que no altera el resultado de este recurso la circunstancia de que la Audiencia Provincial de Madrid haya considerado igualmente en un litigio civil seguido entre la empresa denunciante y un tercero la falta de prueba de competencia desleal.

QUINTO.- Finalmente se alega que es frecuente la reducción del importe de la sanción y que su imposición, daña el sistema de prevención. Tanto la sanción como su importe se encuentran, a juicio de esta Sala absolutamente justificados: la comisión de una infracción con dolo o culpa del autor debe ser sancionada. En cuanto al importe de la multa, según lo dispuesto por el artículo 10 L.D.C., 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 razonable y suficiente.

Igualmente, la Ley impone su publicación, precisamente por tratarse de un tipo de conductas donde se aprecia una especial afectación del interés público, y en concreto, de la libre competencia, lo que aconseja especialmente el conocimiento por los administrados de la actuación administrativa de represión de unas prácticas que son contrarias a la misma.

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,

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 3 de abril de 2.002 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. ASI 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.