

Id Cendoj: 28079230062005100729
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 296 / 2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de julio de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 296/02/, seguido a instancia de " **Banco Popular** Español SA", representado por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandada, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, con asistencia letrada y representado por la Procurador D^a Lucila Torres Rius.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se fijó en 300.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:.- En fecha 3 de abril de 2002, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

1) Declarar que... **Banco Popular** ..., han incurrido en una práctica prohibida del *artículo 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 tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimiento en los que se detecten prácticas irregulares.

2) Imponer al.... " **Banco Popular** Español SA".... una multa de 300.000 €.

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

4) Ordenar en el plazo de dos meses a contar desde su notificación a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta 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.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) El 20 de abril de 1994 se reúne en Madrid el llamado Grupo Mixto" que agrupa a Visa España, Sistema 4B, y entre otras entidades financieras, el " **Banco Popular** Español SA" para 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. Definieron en común los supuestos en los que podía realizarse un apercibimiento a los comerciantes, las condiciones para calificarlos como infractores, la forma, plazos y requisitos para la expulsión de los respectivos sistemas de los medios de pago, de los comercios infractores, que debía ser ejecutado por las entidades financieras adquirentes.

2) Estos acuerdos fueron puestos de forma inmediata en práctica, y han sido el marco de actuación de las entidades del sector.

3) El 3 de marzo de 1999 Paes Ski SL denunció ante el SDC los hechos descritos aportando acta de la reunión de 20 de abril de 1994 en la que se fijaron los criterios objeto de enjuiciamiento. El Director del Servicio remitió el 23 de marzo de 2001 el expediente al TDC, calificando los hechos como constitutivos de conductas prohibidas por el *artículo 1.1.a) LDC* por "Pactar condiciones de acceso al servicio de conexión necesario para poder operar con las tarjetas de los sistemas de medios de pago, intercambio de información y coordinación de las conductas respecto de establecimientos comerciales en los que se produzca fraude". No obstante, en atención a la posibilidad de que la conducta fuera objeto de autorización singular, el SDC no propuso la imposición de sanciones.

SEGUNDO:.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, tras describir la relación profesional existente entre las distintas personas que intervienen en el mercado afectado, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Nulidad de pleno derecho de la resolución del TDC: El TDC ha prescindido de dos trámites esenciales:

a) El del *art. 43 LDC* que impone la audiencia del Inspector cuando el TDC al dictar la resolución estime que la cuestión pudiera no haber sido debidamente apreciada por el SDC al ser susceptible de otra calificación. En este caso el SDC consideró en el informe Propuesta de 23 de marzo de 2001 que la conducta era autorizable y en un caso similar así lo propuso denegándolo el TDC. Por ello, cuando el TDC no devolvió el expediente cabía entender que asumía la calificación del SDC por lo que la recurrente no solicitó la celebración de vista oral.

b) El del *art. 20 del RD 1398/1993*, por no notificar al imputado que la infracción infracción que el TDC estaba considerando revestía mayor gravedad que la considerada por el SDC para que pudiera formular alegaciones.

2) Indefensión del *art. 24 CE* que supone la nulidad de pleno derecho del *artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992*: La conducta procesal del TDC privó a la recurrente de formular alegaciones sobre la distinta valoración de los hechos, lo que supone también una infracción del principio de confianza legítima. Cita jurisprudencia española y del TJCE (ST. Primera Instancia de 22 de octubre de 2002 Asunto Schneider Electric/Comisión).

1) Los Acuerdos enjuiciados no son contrarios a la libre competencia, y si lo son no deben ser objeto de sanción:

a) Tienen por objeto la protección de los consumidores, usuarios, establecimientos comerciales y entidades financieras.

b) Los Acuerdos siguen las recomendaciones de la Comisión Europea.

c) Los acuerdos siguen criterios objetivos y no discriminatorios con ausencia de carácter anticompetitivo.

d) Hay medios de pago alternativos que compiten con los sistemas de cuatripartitos de medios de

pago con tarjetas.

e) El TDC no ha demostrado que los acuerdos sancionados hayan falseado la competencia en el mercado de los medios de pago. La lucha contra el fraude en tarjetas no debe ser considerada una estrategia comercial por un factor de competencia. Ausencia de objetivo económico en los mencionados acuerdos.

f) Las actuaciones que pretenden evitarse mediante los acuerdos sancionados por el TDC son actuaciones delictivas.

g) El funcionamiento de los sistemas cuatripartitos de pago hace imprescindible la coordinación.

h) El principio de universalidad de las marcas internacionales obliga a esta actuación coordinada en la lucha contra el fraude de tarjetas.

i) En la Unión Europea nunca se han prohibido o sancionado Acuerdos cuyo objetivo sea la lucha contra el fraude de las tarjetas de pago.

j) Existen graves contradicciones entre el informe propuesta del SDC y la Resolución del TDC impugnada:

4) Infracción del principio de proporcionalidad:

a) La cuantía total de la multa es desproporcionada.

b) No se ha valorado la proporcionalidad, ni la equidad en la imposición de la misma sanción a la recurrente.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda solicitando la desestimación del recurso, sobre la base de las siguientes alegaciones:

a) Sobre los defectos de tramitación denunciados: Invoca el *art. 138.2 de la Ley 30/1992*, y subraya que en el presente caso no se han alterado los hechos propuestos por el SDC, ya que el TDC se ha limitado a variar su calificación jurídica. Por otra parte señala que el *art. 43.1 LDC* contempla la posibilidad de dar un trámite de alegaciones extra cuando el TDC cambie la calificación jurídica respecto de la propuesta del SDC, pero eso no ha ocurrido en este caso en el que se mantiene la misma calificación ya que lo único que cambia es la exigencia de responsabilidad, por lo que los recurrentes pudieron alegar ante el TDC todos los extremos necesarios para su defensa. Tampoco se ha infringido el *art. 20 del RD 1398/1993*, pues el mismo no es aplicable al presente caso, ya que sólo opera como norma supletoria.

b) Fondo del asunto: Subraya que de la documentación aportada por la recurrente, de rango inferior a las normas sobre la libre competencia, sólo cabe concluir que se permite un cierto intercambio de información para luchar contra el fraude, pero no la adopción de acuerdos anticompetitivos. Los recurrentes no pueden definir lo que es o no fraude, y confunden un estado de necesidad con la realización arbitraria del propio derecho. Resulta irrelevante la acreditación de los concretos efectos derivados del Acuerdo sancionado, pues lo que el *art. 1.1 LDC* prohíbe es justamente los conciertos, con independencia de su resultado. El Acuerdo sancionado se circunscribe al ámbito nacional, y a la modalidad de pago con tarjeta de crédito en establecimientos comerciales.

CUARTO: La codemandada apoyó la pretensión de la recurrente, añadiendo a sus argumentos el de infracción del principio de non bis in idem y el de prescripción de la acción sancionadora.

QUINTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO.- Señalado el día 5 de julio de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión de fondo planteada en este proceso ya ha sido resuelta por este Tribunal en anteriores sentencias y de forma adversa a los intereses del recurrente, entre las que podemos citar la de 10 de febrero de 2005 dictada en el recurso nº 322/2002 a la que nos remitimos.

No obstante lo anterior, con carácter previo debemos dar respuesta las cuestiones de orden procedimental alegadas por la recurrente. En este punto compartimos el planteamiento de la Abogacía del Estado, y por lo tanto descartamos la existencia de la infracción denunciada. Ninguna infracción se ha causado a la recurrente cuando no ha existido divergencia entre los hechos fijados en el pliego de cargos aportados por el SDC y la sanción finalmente recaída (*art. 138.2 Ley 30/1992*) y tampoco se ha infringido el *art. 43 de la LDC ya que el segundo* trámite de audiencia que la misma impone no es necesario cuando el SDC y el TDC coinciden en la misma calificación de los hechos. En el presente caso, si bien es cierto que ha existido una divergencia de criterio entre el SDC y el TDC en orden a fijar la intensidad del reproche que la actuación descrita merecía, lo cierto es que tanto el SDC como el TDC coincidieron en la calificación de los hechos, por lo que no puede afirmarse la infracción del precepto mencionado, sin que tampoco ese reproche pueda extenderse al *art. 20 del RD 1398/1993*, pues con independencia de que dicha norma opera como supletoria del *art. 43 LDC*, el SDC calificó los hechos con la misma gravedad que el TDC, limitándose a añadir una opinión sobre la posibilidad de autorizar la conducta, planteamiento que parte del presupuesto de su naturaleza anticompetitiva. En estas circunstancias debe concluirse que no se privó a la recurrente de trámite de audiencia alguno y que en sede administrativa antes de que le fuera impuesta la sanción dispuso de la plenitud de medios probatorios y de fase de alegaciones, conociendo en todo momento los hechos y la gravedad de la conducta que se le imputaba.

SEGUNDO: En relación al fondo del asunto, debemos remitirnos a nuestros anteriores pronunciamientos dictados en relación con esta misma cuestión en los que en esencia se sostiene que: 1) no corresponde a las entidades de crédito determinar las conductas que merecen la calificación de fraudulentas, pues esa es misión del Poder Legislativo nacional y comunitario, 2) De forma expresa se refiere 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 y a la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, limitando su contenido a una mera exhortación a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude mediante el intercambio de información y mediante la formación del personal, y el uso de las tecnologías más avanzadas, desde el más escrupuloso respeto a las leyes de la libre competencia. 3) Los acuerdos contemplados ofrecen una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones de forma restrictiva para la libre competencia, haciendo referencia a una modalidad de pago muy concreta como es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales, lo que delimita el mercado de referencia. 4) La solicitud de autorización singular formulada de acuerdo con el SDC no desvirtúa la realidad de los hechos o sus consecuencias ya que es posterior a la adopción de los Acuerdos, y la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las prácticas comerciales de las operaciones en un mercado determinado.

TERCERO: En relación a la denunciada falta de proporcionalidad de la sanción, este Tribunal asumió la argumentación al respecto realizada por el TDC que se sintetiza en el siguiente razonamiento: 1) Recuerda que el *art. 10 LDC establece dos* tramos de responsabilidad en la imposición de la sanción de multa (hasta 150 millones de pesetas y hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio anterior), según la gravedad de la conducta. 2) Califica de grave la conducta descrita, delimita el mercado afectado al ámbito nacional, examina las cuotas de mercado que en general califica de muy elevadas, y el efecto restrictivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido general, sin perjuicio de valorar como dato favorable a la recurrente la voluntad de combatir un fraude. En estas circunstancias al haberse impuesto la sanción en su grado mínimo, dentro de la escala de menor gravedad, no puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad por lo que entendemos ajustada a derecho la sanción impuesta.

Finalmente sólo cabe decir en relación con la codemandada Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que si bien su posición procesal no es la que predica pues la condición de codemandada no le habilita para impugnar el acto enjuiciado sino sólo para su defensa: No obstante lo anterior, y dado que llegó a formular demanda sin oposición de la Administración, debe darse respuesta a sus alegaciones específicas, y lo hacemos también en sentido desestimatorio, pues no ha existido infracción del principio non bis in idem ya que no se produce en este caso la triple identidad de resolución impugnada, sujetos infractores y fundamento de la sanción, pues es evidente la diferencia que existe entre VISA España SC y el **Banco Popular** Español SA en cuanto a denominación, ámbito de actuación, y grado de autonomía para adoptar decisiones. Tampoco puede apreciarse la prescripción porque su bien el Acuerdo enjuiciado es de 1994 la conducta se ha ido ejecutando de forma ininterrumpida desde esa fecha.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.