

Id. Cendoj: 28079230062005100052
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/02/2005
Nº de Recurso: 322/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de febrero de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 322/2002, se tramita, a

instancia de VISA ESPAÑA, SOCIEDAD CIVIL/SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO (CECA), representadas

por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia, de fecha 3 de abril de 2002 (expediente 515/2001), sobre conductas contrarias a la

Ley de Defensa de la Competencia, y en el que la Administración demandada ha estado

representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 600.000

euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 3 de abril de 2002, y la Sala, por providencia de fecha 12 de julio de 2002, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 8 de febrero de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 3 de abril de 200, que en su parte dispositiva contenía los siguientes pronunciamientos en relación con la parte demandante:

1) Declarar que VISA ESPAÑA/SERMEPA, ... CECA/SISTEMA 6000, ... han incurrido en una práctica prohibida por el 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 las tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimientos en los que detecten prácticas que consideren irregulares.

2) Imponer a cada una de las sociedades de medios de pago imputadas, VISA ESPAÑA/SERMEPA, ... CECA/SISTEMA 6000, una multa de 600.000 euros...

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

4) Ordenar 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

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) necesidad de la cooperación instaurada: la lucha contra el fraude exige disponer de unas normas comunes de actuación, b) la cooperación instaurada carece de contenido económico y no tiene nada que ver con un registro de morosos, c) no existe ni un solo precedente en el que se haya analizado este tipo de cooperación bajo la perspectiva de la defensa de la competencia, d) subsidiariamente, improcedencia por desproporcionada y excesiva de la sanción impuesta.

El Abogado del Estado se opone a los razonamientos de la parte actora y solicita la desestimación de la demanda y confirmación de la Resolución impugnada.

TERCERO.- La Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que plantea la demanda, en sus de fechas 12 de noviembre de 2003 (recurso 287/2002), 21 de enero de 2004 (recurso 291/2002), dos de 21 de octubre de 2004 (recursos 288/2002 y 325/2002) y otras dos de 18 de noviembre de 2004 (recursos 278/2002 y 318/2002). En dichas sentencias se analiza la conformidad a derecho de la Resolución del TDC de 3 de abril de 2002 - a instancia de otras entidades también sancionadas- que es objeto del presente recurso, por lo que mantenemos ahora iguales razonamientos en relación con las cuestiones suscitadas por la demandante, por motivos de unidad de criterio.

En relación con los hechos, la Sala declara 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.

CUARTO.- Entiende la parte actora que los Acuerdos celebrados entre las entidades a que se refiere la Resolución del TDC 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.

A este respecto es necesario precisar 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 artículo 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.

Sobre este punto, la Sala comparte el razonamiento del TDC, que en el 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."

QUINTO.- 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 determinan 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 práctica 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.

La procedencia de los Acuerdos en la supuesta lucha contra el fraude no puede basarse en el propio Informe-Propuesta del SDC y en el ulterior Informe de 11 de Mayo de 2001, relativo a la autorización singular de los Acuerdos, pues: a) la solicitud de autorización singular de Acuerdos posteriores no desvirtúa la calificación de los hechos o sus consecuencias, ya que se presenta una vez concluida la instrucción del expediente que nos ocupa y años más tarde de haberse adoptado los Acuerdos imputados, y b) la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las prácticas comerciales de los operadores en un mercado determinado, en el caso de autos, el mercado de pago mediante tarjetas de crédito.

Debe, por tanto, concluirse que efectivamente por la hoy parte recurrente, a la que se circunscribe la presente Sentencia, se ha incurrido en una práctica prohibida por el Art. 1.1.a) de la L.D.C.

SEXTO.- Tratamos seguidamente de la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. 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".

SÉPTIMO.- 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, ya que en el caso de las de sociedades de medios de pago, como es el caso de la actora, no sólo son directamente competidoras entre si que unifican sus políticas comerciales, sino que además se trata de grupos o asociaciones en las que se integran las propias entidades financieras, sirviendo de espacio común para pactar las políticas en relación con los medios de pago,

Dada la naturaleza y relevancia de los hechos determinantes de la sanción, debe asumirse la argumentación del TDC al analizar el efecto restrictivo de tales conductas en la competencia, que no se ve afectado para la fijación de la multa, por los volúmenes de compras a la que la recurrente alude. Por esta razón, valorando también el dato favorable de su alegada voluntad de luchar contra el fraude, debe reputarse ponderada la multa impuesta en el marco de las multas previstas en el Art. 10 de la L.D.C .

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de VISA ESPAÑA, SOCIEDAD CIVIL/SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO (CECA), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 8 de mayo de 2002, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.