

Id Cendoj: 28079230062006100742
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 280 / 2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil seis.

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 282/02, seguido a instancia de "Banco Español de Crédito, S.A.", representado por el Procurador de los Tribunales D. Emilio García Guillén, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

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 Español de Crédito, S.A."... 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 Español de Crédito, S.A." 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, S.L. 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) Prescripción de las infracciones que se sancionan: Invoca el *art. 12 de la LDC*, y señala el término de 4 años desde la comisión de la infracción tras la *Ley 52/99*. *Dado que los Acuerdos objeto de sanción se adoptaron el 20 de abril de 1994 y el expediente se incoó el 4 de octubre de 1999 la conducta habría prescrito.*

2) Falta de tipicidad y antijuridicidad de la conducta: se persiguen prácticas fraudulentas que no están amparadas por el *art. 1 LDC* y afecta a un grupo muy restringido. Los referidos actos:

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

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

c) 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 para un factor de competencia. Ausencia de objetivo económico en los mencionados acuerdos.

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

e) 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:

1) Prescripción: no existe ya que la imputación que realiza el TDC va más allá de la suscripción del acuerdo de 1994, pues también incluye su ejecución a lo largo de varios años. Destaca que la recurrente actuaba como partícipe de las sociedades de pago y como usuaria de los servicios prestados por las mismas. El documento se ratifica en 1999.

2) 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.

3) Niega la delimitación del mercado que se propone ya que este se limita al ámbito nacional.

4) No se infringe el principio de proporcionalidad ya que la incidencia en la cuota de mercado no es el único parámetro a considerar.

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 3 de octubre de 2006 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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.

En primer lugar se plantea la posible prescripción del derecho de la Administración para imponer la sanción, planteamiento que debemos rechazar por cuanto como señala el Abogado del Estado, el reproche de la administración no se contrae únicamente a la forma de un convenio anticompetitivo en 1994, sino a su ratificación posterior el 10 de junio 1999 y a su permanente ejecución (Hechos probados nº 3 y 4 de la resolución impugnada).

SEGUNDO: Por lo que respecta a las demás cuestiones planteadas, 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.

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.

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