

Id Cendoj: 28079130032009100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1224 / 2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Autorización para un acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de enero de dos mil nueve

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1224/2006 interpuesto por "SISTEMA 4B, S.A.", "VISA ESPAÑA, S.C." (actualmente "SERVIRE") y "EURO 6000, S.A.", representadas por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen, contra la sentencia dictada con fecha 9 de diciembre de 2005 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 74/2003, sobre autorización para acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Sistema 4B, S.A.", "Visa España, S.C." (actualmente "Servired") y "Euro 6000, S.A." interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 74/2003 contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 2002 (Expediente A 297/01) que acordó:

"1. Denegar la autorización singular para el Acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta solicitado por las entidades Visa España S.C., Euro 6000 S.A. y Sistema 4B S.A., mediante escrito de 28 de marzo de 2001.

2. Intimar a los solicitantes a que desistan de lo acuerdos que han sido objeto del expediente y prevenirles de que si con posterioridad a la notificación de la resolución desobedecieran la intimación, incurrirían en las sanciones previstas en el *art. 10 LDC* ."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 16 de abril de 2003, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron se dictase sentencia "por la que:

-Anule o revoque y deje sin efecto la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 2002 (Expediente A 297/01 Visa/Sistema 4B/Euro 6000) y constate que la cooperación antifraude no constituye una infracción al *artículo 1 LDC* .

-subsidiariamente, anule o revoque y deje sin efecto la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 2002 (Expediente A 297/01 Vista/Sistema 4B/Euro 6000) por considerar que el Acuerdo notificado puede beneficiarse de la concesión de la autorización singular prevista en el *artículo 4 de la LDC* ".

Por otrosí interesaron el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 19 de diciembre de 2003, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 19 de enero de 2004 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Sistema 4B, Visa España y Euro 6000, contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 27 de noviembre de 2002, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 28 de marzo de 2006 "Sistema 4B, S.A.", "Visa España, S.C." (actualmente "Servired") y "Euro 6000, S.A." interpusieron ante esta Sala el presente recurso de casación número 1224/2006 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir [...] los artículos 248.2 y 392 del Código Penal"

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir [...] el artículo 1 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia", al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por Sistema 4B, Visa España (actualmente Servired) y Euro 6000 es restrictiva de la competencia".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infringir [...] el artículo 3 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia", al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por Sistema 4B, Visa España (actualmente Servired) y Euro 6000 no reúne los requisitos para obtener una autorización singular, y la normativa europea. A mayor abundamiento, los antecedentes existentes llevan a considerar que la cooperación frente al fraude no es restrictiva de la competencia".

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de las costas.

Séptimo.- Por providencia de 22 de julio de 2008 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 13 de enero de 2009, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 9 de diciembre de 2005, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Sistema 4B, S.A.", "Visa España, S.C." (actualmente "Servired") y "Euro 6000, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de noviembre de 2002 (recaída en el expediente A 297/01) que acordó "denegar la autorización singular para el Acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta solicitado por las entidades VISA ESPAÑA S.C., Euro 6000 S.A. y Sistema 4B S.A., mediante escrito de 28 de marzo de 2001".

Segundo.- La Sala de instancia fijó como "antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia" los siguientes:

"1) El día 28 de marzo de 2001 Sistema 4B, Visa España y Euro 6000 presentaron un escrito ante la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia (SDC), por el que solicitaban una autorización singular para un Acuerdo de cooperación para la prevención y represión del fraude en operaciones de pago mediante tarjeta.

2) El 10 de mayo de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia emitió su informe, en el que calificaba como 'autorizable el acuerdo examinado, sin condiciones y durante un período de tiempo que sería adecuado que no sobrepasara los cinco años, con el fin de poder evaluar su puesta en práctica durante ese período de tiempo.'

3) El Tribunal de Defensa de la Competencia recibió las actuaciones e Informe del SDC y dictó la Resolución ya citada, de 27 de noviembre de 2002, que denegó la autorización singular. Dicha Resolución constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo."

Tercero.- A partir de estos hechos, las consideraciones jurídicas que determinaron la desestimación de la demanda fueron expuestas en los siguientes términos:

"[...] La parte actora inicia el razonamiento jurídico de su demanda imputando a la Resolución del TDC que haya ignorado completamente que el acuerdo de cooperación para el que se solicitó autorización pretende la prevención y represión de un delito, y que le ha dado un tratamiento de igual clase a si se tratase de una cooperación para evitar un impago.

Sin obviar la importancia económica de los fraudes en las operaciones de pago mediante tarjeta de crédito, que en ningún momento es puesta en duda o cuestionada en la Resolución impugnada, tampoco se entiende la insistencia de la demanda en imputar al TDC que olvide que estamos ante actuaciones que deben ser consideradas delitos, cuando esta calificación excede evidentemente de la competencia de un órgano administrativo como el TDC y la verdad es que el Acuerdo entre las sociedades demandantes para el que se solicita autorización (folios 72 a 79) tampoco utiliza la palabra delito, sino las de 'fraude', 'operativa irregular', 'operativa especialmente atípica', 'actividad no autorizada' y otras similares, ni menos aún el Acuerdo exige para adoptar las medidas previstas frente a los establecimientos en los que se detecten actividades fraudulentas, tales como apercibimiento, propuesta de exclusión y exclusión inmediata, que exista una previa declaración de delito por un Tribunal de Justicia.

No existe en la Resolución impugnada esa confusión entre una actividad delictiva y un simple impago que aprecia la demanda. Hasta en 26 ocasiones distintas utiliza el TDC el término 'fraude' en sus razonamientos jurídicos para referirse a las actividades en las operaciones de pago mediante tarjeta que pretende prevenir y reprimir el acuerdo de cooperación, lo que demuestra que el TDC es plenamente consciente de que el objeto que persigue dicho acuerdo no es únicamente el de evitar los impagos.

[...] El segundo argumento de la demanda defiende que el Acuerdo de cooperación no restringe la competencia porque no tiene una finalidad económica, sino que se limita a establecer medidas comunes de actuación ante las actuaciones fraudulentas cometidas en un establecimiento adherido a cualquiera de las redes de pago de las entidades solicitantes.

Esta cuestión fue suficientemente examinada en el Informe del SDC de 10 de mayo de 2001, que consideró que el Acuerdo de cooperación era contrario a la competencia, si bien era autorizable. En efecto, en razonamientos que esta Sala comparte, el SDC puso de manifiesto que la aplicación del acuerdo produce como resultado, en los supuestos de fraudes y operaciones atípicas que se describen en el mismo, la denegación de un servicio esencial para el comerciante, denegación que se realiza de forma coordinada por todas las entidades de crédito adheridas a las tres Sociedades de Sistemas de Medios de Pagos (SSMP) solicitantes de la autorización singular, y este grave efecto sobre el comerciante es ya una restricción de la competencia, de suerte que aunque el área del acuerdo sea técnica y no de competencia, su efecto es la exclusión de un servicio esencial.

Pero además el acuerdo también tiene un claro efecto de eliminación de riesgo para cada una de las tres SSMP solicitantes de la autorización, en los supuestos de errores, ya que en ausencia del acuerdo, un error por una de la SSMP en la calificación de la conducta de un establecimiento, conllevaría el riesgo de pérdida de ese establecimiento/cliente a favor de otra SSMP, pero tal riesgo desaparece por completo con la autorización del acuerdo de cooperación, porque las tres SSMP actuarán coordinadamente y ninguna de ellas aceptará al establecimiento/cliente hasta que su Comité de Coordinación autorice el levantamiento de la medida de exclusión. Y como concluye el Informe del SDC sobre este apartado, esta reducción del riesgo supone un beneficio económico para las SSMP, aunque sólo sea por reducción de costes.

Por tanto, estamos ante un Acuerdo entre competidores (las 3 SSMP demandantes), que restringe la competencia entre ellos al establecer unos criterios uniformes en su política comercial con los establecimientos en los que se detecten fraudes e irregularidades en las operaciones de pago con tarjeta, y como tal acuerdo entre competidores restrictivo de la competencia es una práctica prohibida por el *artículo 1 de la ley 16/1989, de 17 de julio*, de defensa de la competencia (LDC).

A esta misma conclusión llegó esta Sala en sus sentencias de 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), otras dos de 21 de octubre de 2004 (recursos 278/2002 y 318/2002) y de 10 de febrero de 2005

(recurso 322/2002), en las que examinó este mismo asunto, esto es, la incardinación de este acuerdo de cooperación entre las prácticas prohibidas del *artículo 1 LDC*, si bien no desde la perspectiva de una solicitud de autorización singular, como ahora hacemos, sino en el marco de unos recursos contra la Resolución del TDC de 3 de abril de 2002 (expediente 515/2001), que puso fin al expediente sancionador seguido contra diversas SSMP y entidades de crédito, entre las que se encontraban las hoy demandantes, imponiendo sanciones al considerar que los acuerdos enjuiciados constituían una infracción del *artículo 1 LDC*.

En el origen de dichos recursos se encontraba un acuerdo denominado 'Criterios de exclusión y rehabilitación de establecimientos', en el que se pactaron las condiciones que debían guiar la actuación coordinada de los sistemas de medios de pago en relación con los establecimientos comerciales en los que se hubieran producido impagos en las ventas mediante tarjeta. Decía la Sala, en las SAN que hemos citado, que el *artículo 1 LDC* no sólo prohíbe los acuerdos de contenido estrictamente económico, y que 'ninguna duda hay de que unos acuerdos como los contemplados, en cuanto que determinan una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tienen un efecto restrictivo para la competencia'.

Debe tenerse presente que fue tras la incoación del expediente sancionador por esos acuerdos y tras la elaboración del pliego de concreción de hechos por el SDC, cuando las SSMP actoras solicitaron la autorización singular que fue denegada por la Resolución del TDC impugnada en este recurso. La propia demanda admite (hecho primero) que la intención de esta solicitud de autorización singular fue que 'se tramitara conjuntamente' (sic) con el expediente sancionador 515/01 del TDC.

En definitiva, el acuerdo entre las recurrentes al que nos referimos se encuentra prohibido por el *artículo 1 LDC*, lo que traslada el debate al ámbito del *artículo 3 LDC*, debiendo por tanto examinarse si los interesados han acreditado que los acuerdos restrictivos de la competencia contribuirán a producir los beneficios exigidos por el citado *artículo 3 LDC*; con los requisitos que el mismo precepto establece.

[...] En materia de autorizaciones singulares, esta Sala ha venido señalando, así en SAN de 28 de noviembre de 2001 (recurso 1059/1999), que el *artículo 3 LDC* exige la concurrencia de un presupuesto: que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique en una mejora, bien en la producción o en la comercialización de bienes y servicios, bien en el progreso técnico y económico, y seguidamente, el cumplimiento de los 3 requisitos que necesariamente han de concurrir conjuntamente y que operan, el primero como un mandato -que los consumidores participen de sus ventajas- y los otros dos como límites que se formulan como condiciones negativas de no imponer restricciones que no sean indispensables y no eliminar la competencia.

Y las reglas del reparto de la carga de la prueba asignan a los interesados la carga de acreditar la concurrencia del presupuesto y de los 3 requisitos que exige el *artículo 3 LDC* para la autorización singular de la práctica anticompetitiva, no sólo por razones de lógica, sino también por disposición expresa del *artículo 13 del RD 157/1992, de 21 de febrero*, de desarrollo de la LDC en materia de exenciones por categorías, autorizaciones singulares y Registro de Defensa de la Competencia, hoy derogado aunque vigente en el momento de los hechos, y por disposición del *artículo 10 del vigente RD 378/2003, de 28 de marzo de 2003*, de desarrollo de la LDC en las mismas materias que el anterior.

La Sala comparte con el TDC el criterio de que los recurrentes no han logrado la acreditación del presupuesto exigido por el *artículo 3 LDC* para la autorización singular, esto es, la contribución a mejorar las condiciones de comercialización de bienes y servicios. Incluso ni siquiera considera el TDC que los recurrentes hayan llegado a demostrar que el acuerdo mejore el sistema de represión del fraude existente en la actualidad, en el que cada sistema de medios de pago aplica a sus propias tarjetas, e indirectamente, a través de las entidades adquirentes a los comerciantes, las normas de exclusión que considera necesarias, y que es respetuoso con las normas de competencia, pues mantiene la independencia de comportamiento de cada sistema de pago, e incita a cada uno de ellos a buscar la forma más eficaz de lucha contra el fraude.

Es igualmente razonable el argumento del TDC de que es improbable que cada sistema de pago solicitante no sea capaz de detectar por sus propios medios las conductas irregulares en un comercio antes de que se alcancen los umbrales que se indican por el acuerdo en algunos casos (30% de la facturación mensual o 50% de las operaciones realizadas como supuestos de exclusión de un establecimiento), y admitiendo -por el contrario- que cada uno de los medios de pago tiene esa capacidad de detección por sí mismo de las conductas irregulares antes de alcanzar los indicados límites, se confirma la falta de argumentos contundentes a favor de la verdadera utilidad del acuerdo en la lucha contra el fraude, especialmente en su aspecto de prevención.

Por las razones expuestas la Sala considera que debe desestimar el presente recurso contencioso administrativo y confirmar la Resolución impugnada."

Cuarto.- Antes de abordar el análisis de los tres motivos de casación es oportuno significar que esta Sala del Tribunal Supremo ha resuelto ya los recursos promovidos por las mismas sociedades hoy recurrentes y por otras entidades bancarias contra varias de las sentencias de la Audiencia Nacional que cita la ahora impugnada, sentencias cuya doctrina es reiterada en esta última para rechazar la demanda interpuesta frente a la negativa a conceder la autorización singular.

En efecto, mediante nuestras sentencias de 14 de febrero de 2007 hemos desestimado los recursos de casación números 974/2004 ("Sistema 4B"), 2241/2004 ("Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A."), 17/2005 ("Banco Santander Central Hispano") y 1904/2005 (Visa). En las de fecha 27 de febrero de 2007 hemos hecho lo propio con los recursos de casación números 2071/2005 ("Banco Atlántico") y 7130/2005 ("Banco Popular Español") y en la de 4 de marzo de 2008 desestimamos el recurso de casación número 459/2005 ("Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid").

Como bien subrayará el tribunal de instancia, en sus sentencias precedentes la Audiencia Nacional había analizado el acuerdo de cooperación para determinar si constituía una de las prácticas prohibidas por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y "no desde la perspectiva de una solicitud de autorización singular, como ahora hacemos". En los recursos correspondientes, dirigidos contra la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002 que sancionó a diversas sociedades de sistemas de medios de pago (SSMP) y a entidades de crédito, la conclusión del tribunal de instancia fue que los acuerdos enjuiciados incurrieran en la infracción del *artículo 1 de la referida Ley*. Y por nuestra parte corroboramos esta apreciación en las sentencias antes citadas, al desestimar los correlativos recursos de casación.

A ellas nos habremos de referir necesariamente cuando abordemos el estudio del primer y el segundo motivos casacionales pues su desarrollo expositivo contiene los mismos argumentos empleados para impugnar la apreciación del tribunal de instancia sobre el carácter anticompetitivo de los acuerdos. Argumentos que se aducían entonces para negar la antijuridicidad o la tipicidad de la conducta sancionada y ahora se reiteran para sostener que debió concederse la autorización singular denegada.

La relación entre aquellos recursos y el actual es innegable: la decisión sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002 fue seguida pocos meses después (el 27 de diciembre del mismo año) por el acuerdo que fue objeto del proceso seguido en la instancia, resuelto por la sentencia que ahora revisamos. Y los argumentos en que se apoyaba el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de diciembre de 2002 para negar el reconocimiento de la autorización solicitada por las entidades sancionadas coinciden, en lo sustancial, con los del acuerdo de 3 de abril de 2002. En este mismo sentido, los argumentos de la sentencia de 16 de marzo de 2006 siguen la misma línea de las precedentes dictadas por la Audiencia Nacional.

Quinto.- En el primer motivo de casación, al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, se acusa a la Sala de infringir los *artículos 248.2 y 392 del Código Penal* "[...] al no considerar que la comisión de un fraude con una tarjeta de pago constituye un delito expresamente tipificado".

Como ya expusimos al rechazar el motivo análogo cuando fue invocado en los recursos precedentes, el argumento en que se basa no puede ser compartido. Baste, a estos efectos, reproducir las consideraciones expuestas al desestimar el recurso de casación número 974/2004, que fueron las siguientes:

"[...] El cuarto motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia interpretativa de los *artículos 248.2 y 392 del Código Penal* y de la normativa comunitaria que define los delitos en relación con el uso de las tarjetas de pago. Expone la parte actora en este motivo que los citados preceptos sancionan expresamente el fraude a través de las tarjetas de pago -el uso de una tarjeta robada, extraviada o falsificada por quien no es su titular- como una actividad delictiva, tipificándola como delito de estafa en el primero de ellos y como delito de falsedad en documento mercantil en el *artículo 392 en relación con el 390.1.3º del Código Penal*, citando jurisprudencia aplicativa de dichos preceptos. Seguidamente se extiende sobre la necesaria cooperación en la lucha contra dichas actividades delictivas por parte de las entidades responsables de las tarjetas de pago, colaboración requerida por las autoridades judiciales y policiales nacionales así como por la normativa comunitaria. Por todo ello entiende que, en contra de lo que se afirma en la Sentencia impugnada, la actora no se está "inventando" las conductas que son o no fraudulentas, y que la referida resolución de instancia es contraria a la jurisprudencia que interpreta los artículos citados del Código Penal

y a la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago.

El motivo debe ser rechazado de plano, puesto que toda la argumentación que se ha sintetizado es por completo ajena a la denuncia de preceptos o jurisprudencia concreta que tenga que ver con la aplicada por la Sentencia recurrida. En efecto, no es precisa una argumentación muy desarrollada para poner en evidencia que una cosa son los preceptos citados, que sancionan unas determinadas conductas tipificadas en el Código Penal, así como la jurisprudencia aplicativa de los mismos, y otra perfectamente distinta el que determinados acuerdos entre sociedades mercantiles puedan resultar contrarios al derecho de la competencia. Y el hecho de que tales acuerdos se celebrasen con la intención de cooperar con la lucha contra dichos tipos delictivos no hace que la sanción administrativa de aquéllos pueda reputarse contraria ni a la citada jurisprudencia, ni a la legislación nacional o comunitaria que tipifica dichos delitos. Y ello con independencia de que, como es natural, tanto dicha jurisprudencia como la normativa alegada invoquen la colaboración de las entidades responsables de las tarjetas de pago. La cuestión en debate, totalmente ajena a la argumentación de la parte en este motivo, es que en su actuación encaminada a combatir el fraude con las tarjetas de pago, las entidades sancionadas han incurrido en conductas prohibidas por el derecho de la competencia, en concreto por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, y es esta infracción la que ha determinado la imposición de sanciones."

Sexto.- En el segundo motivo de casación, también al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, se denuncia la infracción del *artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*. Afirman las recurrentes que la Sala de instancia vulnera dicho precepto "al considerar que la cooperación contra el fraude enablada por Sistema 4B, Visa España (actualmente Servired) y Euro 6000 es restrictiva de la competencia".

De nuevo las consideraciones expuestas al desestimar los recursos de casación antes mencionados (en concreto, por lo que a este motivo se refiere, el recurso de casación número 1904/2005 resuelto por la sentencia de 14 de febrero de 2007) sirven para rechazar el motivo, planteado en los mismos términos que entonces. Tras describir los mecanismos del sistema de pago mediante tarjetas de crédito o débito, tal cual había sido elaborado en el informe de 1 de julio de 1999 del Tribunal de Defensa de la Competencia, y analizar el contenido de los acuerdos objeto del expediente, dijimos lo siguiente:

"[...] 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."

En realidad, mantener el planteamiento de este segundo motivo en los mismos términos en que lo había sido respecto de las resoluciones sancionadoras no se aviene del todo con el reconocimiento del carácter colusorio de los acuerdos sobre cuya base se solicita la autorización al amparo del *artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia* en este recurso. Es cierto, no obstante, que en la demanda se interesaba el reconocimiento de la autorización sólo con carácter subsidiario, para la hipótesis de que no prosperara la pretensión principal, que seguía siendo la de declarar la inexistencia de conducta colusoria.

En todo caso, habida cuenta de que la autorización prevista en el *artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia* es precisamente la que se puede conceder a ciertos acuerdos de suyo colusorios (esto es, que infringen el *artículo 1 de la Ley 16/1989*) pero permisibles en función de determinadas circunstancias que ahora no es del caso analizar, no deja de ser paradójico simultanear en este recurso ambos

argumentos: ello implica negar en un motivo casacional (el segundo) el carácter colusorio de los acuerdos desde el prisma del *artículo 1 de la Ley 16/1989* y, a la vez, sostener en el siguiente (el tercero) que procedía una autorización sólo otorgable para los acuerdos colusorios incluidos en el *artículo 1 de la misma Ley 16/1989*.

Séptimo.- En el tercer y último motivo de casación se denuncia la infracción del *artículo 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* y "la normativa europea". Las recurrentes sostienen que el tribunal de instancia vulnera dicho precepto y aquella normativa "[...] al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por Sistema 4B, Visa España (actualmente Servired) y Euro 6000 no reúne los requisitos para obtener una autorización singular [...]. A mayor abundamiento, los antecedentes existentes llevan a considerar que la cooperación frente al fraude no es restrictiva de la competencia".

El desarrollo del motivo contiene elementos heterogéneos, algunos de ellos ajenos al debate y probablemente derivados de la incorporación cuasi mecánica de argumentos de los recursos precedentes. No tiene, por ejemplo, demasiado sentido introducir en este recurso, como se hace, las alegaciones de los anteriores sobre la aplicación del estado de necesidad en cuanto causa eximente de la responsabilidad penal (y, por analogía, de la exigible en el ámbito administrativo sancionador), argumento que, por el contrario, pudo en buena lógica dirigirse -aunque fue desestimado- contra las resoluciones sancionadoras a las que ya nos hemos referido.

Buena parte de la argumentación de los recurrentes en este apartado se centra en criticar las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en las que se rechazaban los correlativas alegaciones de las sociedades de sistemas de medios de pago sobre cuestiones tales como su propia doctrina precedente (de modo especial la relativa a los registros de información de deudores morosos), el "supuesto carácter inevitable de la coordinación de políticas comerciales en una actuación contra el fraude" y "las incitaciones de otras autoridades europeas para que las entidades financieras lleguen a un acuerdo de este tipo". Y, por último, en la parte final del motivo las recurrentes vuelven a insistir en que el sistema de cooperación por ellas propuesto (y llevado a la práctica) garantiza la interoperatividad de las sociedades de sistemas de medios de pago y la aceptación universal de las tarjetas Visa y Mastercard.

Las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de la crítica vertida en el motivo que analizamos (correlativas a las expuestas ante él por las ahora recurrentes) no son las que primaron en la sentencia impugnada para rechazar la demanda, como revela la lectura de la parte final de su fundamento jurídico quinto, antes transcrito. Fueron decisivas, por el contrario, las atinentes a la falta de prueba -imputable a quien pide la autorización o exención singular- de que las ventajas del sistema sobrepasaran o compensaran sus efectos colusorios. El planteamiento impugnatorio en casación se desvirtúa, pues, en la medida en que lo que ha de ser objeto de crítica es propiamente la sentencia recurrida y en ella no se contienen tanto referencias explícitas a las referidas cuestiones cuanto, más bien, al hecho de que no se había demostrado que el sistema propuesto contribuyera a alguna de la finalidades que legitimaban las autorizaciones singulares de acuerdos colusorios en dos aspectos específicos.

En efecto, la Sala de instancia hace suyas en el fundamento jurídico quinto de la sentencia tan sólo las tesis del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la inexistencia de prueba de la mejora de las condiciones de comercialización de los servicios (destacando que ni siquiera mejora el sistema de represión del fraude existente, en el que cada sistema de pago mantiene sus propios criterios independientes) y sobre la suficiente capacidad de detección autónoma de las conductas irregulares.

No es que se niegue, pues, la posibilidad de una lucha coordinada contra el fraude en las tarjetas de crédito, objetivo que podría eventualmente justificar actuaciones comunes que, sin embargo, no tuviesen el grado de constricción que presenta el sistema sujeto a examen en lo que se refiere a la libertad de actuación de cada una de las entidades, ni restringiese en el modo en que lo hace la competencia entre las recurrentes.

En los fundamentos jurídicos correspondientes de las sentencias dictadas el 14 de febrero de 2007 no negábamos, en efecto, la posibilidad de intercambio de información que contribuyera a la lucha contra el fraude pero sí que hubiese razones suficientes para legitimar, por este motivo, una actuación de suyo colusoria que suponía la homogeneización de políticas comerciales entre entidades llamadas a competir. Repetimos aquellas afirmaciones que, en síntesis, fueron las siguientes:

A) Afiramos que en el sistema de pago a través de las tarjetas de crédito o débito las distintas entidades que intervienen 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."

B) Descartamos que la conducta enjuiciada pudiera 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", acogiendo en este punto las siguientes afirmaciones de la resolución dictada por Tribunal de Defensa de la Competencia:

"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".

C) Subrayamos, por último, que las conductas colusorias iban más allá de lo que pudiera conceptuarse como lucha contra el fraude, pues "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."

Estas mismas afirmaciones bastan para rechazar el motivo ahora objeto de examen desde la perspectiva de las autorizaciones singulares que contemplaba el *artículo 3.1 de la Ley 16/1989* y que ha desaparecido en la *Ley 15/2007*, dando paso al nuevo sistema de autoevaluación por parte de las empresas de la legalidad de sus acuerdos desde el punto de vista concurrencial. El sacrificio de la competencia que este tipo de autorizaciones suponía, en el diseño de la *Ley 16/1989*, podía estar justificado cuando de modo claro se consiguieran los objetivos públicos previstos en su *artículo 3* (mejora de la producción o comercialización de bienes y servicios o promoción del progreso técnico y económico) y, simultáneamente, no se impusieran a las empresas interesadas restricciones no indispensables para conseguirlos ni se eliminara la competencia entre las empresas partícipes respecto de una parte sustancial de su actividad.

Como quiera que tanto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia como ante la Sala de instancia no se llegó a demostrar cumplidamente que los efectos beneficiosos del sistema singular para el que se pedía la autorización, vistas sus características, compensasen los perniciosos para la defensa de la competencia, el último motivo casacional debe ser rechazado.

Octavo.- Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 1224/2006, interpuesto por "Sistema 4B, S.A.", "Visa España, S.C." (actualmente "Servired") y "Euro 6000, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional el 9 de diciembre de 2005 , recaída en el recurso número 74 de 2003. Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Óscar González.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.