

Roj: SAN 6572/2004
Id Cendoj: 28079230062004100591
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 325/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 325/02 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales

D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., 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 600.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 8-V-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.

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 por votación y fallo del recurso la fecha del 19 de octubre 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 queBanco Santander..... 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,....., una multa de 600.000 euros, al Banco Santander Central Hispano S.A. , como subrogado en las responsabilidades declaradas del Banco Central Hispano y del Banco de Santander...

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.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente es la prescripción de la sanción por aplicación de lo dispuesto en el *Art. 12 de la Ley 16/89* según la redacción dada por el *Art. 8 de la ley 52/99 de 28 de diciembre* . A juicio de la recurrente, "es tradicional en esta materia, que por ser propia del derecho sancionador se enmarca dentro del ámbito general del derecho punitivo del Estado, la aplicación del principio de aplicación de la norma más favorable".

En primer lugar debe recordarse que el Tribunal Constitucional señaló que los principios inspiradores del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador "con matices". En segundo lugar, que el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable no entra en juego para las normas de procedimiento, como son las relativas a plazos, entre ellos, los plazos de prescripción o de caducidad : la infracción no se extingue porque pase el tiempo ni se extingue una sanción que haya sido impuesta de conformidad con lo previsto en la Ley. La Ley ha previsto que prescriba el derecho material de la Administración a perseguir el ilícito cometido o a hacer efectiva la sanción impuesta; se trata en definitiva de

que el transcurso del tiempo de prescripción determina la imposibilidad de ejercitar la potestad que el ordenamiento señala a la Administración de sancionar determinadas infracciones. El plazo es señalado por la Ley en cada caso, y no tratándose de la determinación de conductas constitutivas de ilícito administrativo ni de su calificación como graves o leves, ni de la determinación de la sanción correspondiente a cada una, no cabe su aplicación retroactiva.

CUARTO.- En segundo lugar la parte alega que no se han probado los acuerdos imputados.

La lectura de la resolución impugnada, y el exámen 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.

Se sostiene en la demanda que la práctica no es anticompetitiva porque "el número de establecimientos afectados por la misma resulta ínfimo afortunadamente", reiterando que la actuación trataba de evitar el fraude y que los defraudadores "persistan en sus actuaciones fraudulentas".

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.

QUINTO.- Finalmente se alega que la cuantía de la sanción es desproporcionada.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*. En concreto en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de diciembre de 1994, señaló que: "[...]Tal como ya ha mantenido el TS en SS de 24 noviembre 1987, 23 octubre 1989 y 14 mayo 1990, tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina esta ya fijada en SS de 24 noviembre 1987 y 15 marzo

1988 , dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción. [...]".

En este supuesto concreto el Banco actor, resultado de la fusión de otras dos entidades, se responsabiliza de una actuación doblemente grave, y con unas consecuencias económicas igualmente de singular importancia: el actual Banco es titular de un conjunto de activos y clientes suma, al menos, de aquellos activos y clientes que lo eran del antes Banco de Santander y el Central Hispanoamericano. Debe tenerse en cuenta que los hechos se cometieron durante los años 1.994 y siguientes, adoptándose un segundo acuerdo el 10 de junio de 1.999 fecha en la que ya había tenido lugar la fusión (el documento 2 de la demanda acredita que tuvo lugar el 13 de abril de 1.999), que la denuncia se presentó contra los Bancos el día 26 de mayo de 1.999, pero en relación a hechos posteriores y coetáneos, produciéndose la circunstancia de que de la infracción fueron responsables dos entidades luego fusionadas en una, que era aquella contra la que se dirigió la investigación de la denuncia.

Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica que el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas y de fusión por absorción de las entidades inicialmente participantes en los hechos enjuiciados, fuera superior al impuesto a otras entidades.

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 BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., 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.