

Roj: STS 1022/2007
Id Cendoj: 28079130032007100038
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 17/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x PRESCRIPCIÓN (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x

Resumen:

Sanción en materia de defensa de la competencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil siete.

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 **17/2005** interpuesto por "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.", representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, contra la sentencia dictada con fecha 21 de octubre de 2004 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 325/2002, sobre sanción de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Banco Santander Central Hispano, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 325/2002 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01, que acordó:

"Declarar que Banco Central Hispano [...] Banco de Santander [...] 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.

Imponer [...] al Banco Santander Central Hispano S.A. 600,000 euros, como subrogado en las responsabilidades declaradas del Banco Central Hispano y del Banco de Santander [...].

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

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 nacional."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 21 de mayo de 2003, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "declarando no ser conforme a Derecho la

resolución impugnada".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 6 de junio 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, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba 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 21 de octubre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: "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 2002, 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".

Quinto.- Con fecha 21 de enero de 2005 "Banco Santander Central Hispano, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 17/2005 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción del *art. 12.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción de la jurisprudencia aplicable a la transmisión de las sanciones y de la responsabilidad del pago de las mismas con motivo de la disolución de las sociedades".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "por infracción del principio de proporcionalidad que establecen, entre otras, las Sentencias de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8240), 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7199) y 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9801)".

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

Séptimo.- Por providencia de 24 de noviembre de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de febrero de 2007, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de 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 21 de octubre de 2004, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Banco Santander Central Hispano, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01.

Mediante dicha resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia había declarado que diversas entidades (entre ellas los Bancos Central Hispano y Banco de Santander, personas jurídicas independientes en el momento inicial de comisión de los hechos) se habían concertado para unificar las condiciones de acceso relativas a las tarjetas de pago y sus conductas respecto de los establecimientos comerciales en los que, según lo pactado, se detectarían determinadas prácticas irregulares.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en la resolución que sería declarada conforme a derecho por la Sala de instancia, consideró los hechos como prácticas prohibidas por el *artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia* e impuso al "Banco Santander Central Hispano, S.A." una sanción pecuniaria de 600.000 euros en cuanto entidad subrogada en las responsabilidades declaradas del Banco Central Hispano y del Banco de Santander.

Segundo.- A diferencia de otros recursos de casación análogos que hemos deliberado de modo simultáneo (recursos números 974/2004, 2241/2004 y 1904/2005) no se plantean en éste cuestiones relativas a la antijuridicidad de la conducta imputada ni a la culpabilidad de sus autores. Los motivos de casación del actual, todos ellos articulados al amparo del *artículo 88.1.d) de la ley Jurisdiccional*, se refieren

tan sólo a la prescripción de la acción administrativa para sancionar y a la "subrogación" de una sola entidad ("Banco Santander Central Hispano, S.A.") en las responsabilidades de otra (Banco Central Hispano), de la que deduce el recurrente la supuesta "falta de proporcionalidad" de la sanción única que le ha sido impuesta.

Para la mejor comprensión del debate, es conveniente reproducir cuáles fueron los hechos que la Sala de instancia declaró probados y resumió 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.- En el primer motivo de casación afirma la recurrente que el Tribunal de instancia ha infringido el *artículo 12.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, al no apreciar la prescripción de la infracción.

El argumento central del motivo no es tanto si la Sala acertó o no al considerar como plazo de prescripción el de cinco años (en vez de los cuatro propugnados por la entidad recurrente) sino que, en todo caso, la infracción estaría prescrita tomando como dies a quo la fecha del acuerdo adoptado en "el seno del denominado Grupo Mixto", esto es, el día 20 de abril de 1994.

Sostiene la recurrente que "si esta es la fecha [20 de abril de 1994] en que se considera cometida la infracción, de acuerdo con lo previsto en el *artículo 12 de la Ley 16/89* el término de la prescripción empezó a correr desde ese día y el mismo se interrumpió, de conformidad con el *apartado 2 del mismo precepto*", cuando el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación del expediente (27 de septiembre de 1999) y lo notificó (6 de octubre siguiente) al Banco.

A juicio del recurrente, en este último momento (esto es, el 6 de octubre de 1999, fecha en que se comunica el acuerdo de incoación del expediente) "había transcurrido con exceso el plazo de [...] prescripción [...] cualquiera que sea el plazo de 4 o 5 años que se contemple."

El motivo no puede ser estimado. De un lado, porque no tiene en cuenta que en el relato de hechos probados de la sentencia, anteriormente transcrito, consta cómo después de la citada reunión del "Grupo Mixto", en fecha no determinada pero no posterior al 10 de junio de 1999, las entidades concertadas suscribieron un acuerdo sobre los criterios de exclusión de establecimientos. La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que "los hechos se cometieron durante los años 1.994 y siguientes". El dies a quo no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador.

Cuarto.- En el segundo motivo de casación se denuncia la "infracción de la jurisprudencia aplicable a

la transmisión de las sanciones y de la responsabilidad del pago de las mismas con motivo de la disolución de las sociedades, tal y como resulta de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1994 (RJ 1994, 3375) y 20 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6787) entre otras".

Aun cuando ciertamente en la demanda no se invocó esta jurisprudencia, tampoco puede considerarse -frente a la objeción del Abogado del Estado- que se trate de una "cuestión nueva" no planteada en la instancia. Los problemas referidos a la asunción por el "Banco Santander Central Hispano, S.A." (entidad resultante de la absorción, por fusión, de uno en otro) de las responsabilidades sancionadoras imputables a los Bancos de Santander, por un lado, y Central Hispano, por otro, habían sido aducidos por la parte actora en su demanda.

El Banco recurrente, en el fundamento jurídico cuarto de dicho escrito, abordaba aquellos problemas tanto desde la perspectiva de la proporcionalidad de la sanción (a la que dedicará en esta fase procesal el tercer motivo de su recurso de casación) como desde la naturaleza personal de la responsabilidad en el terreno sancionador. Se refería, en concreto, a la imposibilidad de que la sanción unitaria de 600.000 euros (esto es, la suma de las correspondientes a ambas entidades por separado) se impusiera cuando una de las entidades sancionadas era ya inexistente.

La jurisprudencia invocada por el recurrente, sin embargo, va en contra de la tesis aducida en el segundo motivo, precisamente porque aquélla niega la similitud entre las personas físicas y las jurídicas en lo que respecta a la transmisibilidad de las sanciones. El propio Banco recurrente se ve obligado a admitir que "la razón última de la doctrina que se establece radica en excluir que [...] quede en manos del infractor de la norma que él mismo por su sola voluntad eluda la posibilidad de hacer el Estado efectiva su responsabilidad acudiendo al artificio de su disolución, sea mediante fusión, absorción o de otra forma". Sostiene sin embargo que, siendo válida esta afirmación para los casos en que ya se ha impuesto la sanción -transmisible, por lo tanto, a la persona jurídica que se subroga en la personalidad de la extinguida- o incluso en aquellos en que fuera "previsible que se imponga", no lo sería cuando la extinción se produjo antes de que se incoara el procedimiento sancionador, como aquí ocurre.

La tesis así expuesta no es la que se deduce, ni siquiera sensu contrario, de la jurisprudencia cuya infracción censura este motivo. De las dos sentencias citadas en él, la primera (de 18 de abril de 1994, recurso de apelación número 328/1991) estima precisamente el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el fallo de instancia que, de modo incorrecto, había aplicado el principio de la personalidad de la pena "a las sanciones administrativas imponibles al responsable de la infracción" y excluido, indebidamente, de dichas sanciones "a las personas sucesoras de sus obligaciones". Esta Sala del Tribunal Supremo afirmó, por el contrario, que la sociedad absorbente había de satisfacer las sanciones pecuniarias correspondientes a la absorbida y rechazó la tesis de la demanda sobre la improcedencia de la subrogación "en las consecuencias de los incumplimientos legales cometidos por la Mutua absorbida".

En la segunda de las referidas sentencias (de 20 de septiembre de 1996, recurso de apelación número 3606/1991) esta Sala argumentó, en términos más extensos, sobre el "distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada" respecto del aplicable a los supuestos de "muerte o fallecimiento de la persona física sancionada". Para las primeras no cabe duda de que las sanciones "forman parte del pasivo transmitido a los socios, sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas". En ningún momento se excluye de este régimen de transmisibilidad a las sanciones que, derivadas de actos cometidos antes de que la persona jurídica se extinguiera, hubieran sido impuestas después de la extinción pero precisamente en razón de tales actos, siendo imputables las consecuencias -también las económicas- de todos los actos de la sociedad extinguida a la que se subrogó en sus responsabilidades.

No resulta, por último, convincente que tras admitirse en el motivo la asunción por parte del "Banco Santander Central Hispano, S.A." de las sanciones que, aun no impuestas en el momento de la absorción, fueran entonces "previsibles", niegue este carácter a la de autos. No se puede hacer depender la transmisibilidad de aquéllas del conocimiento subjetivo de unos u otros hechos que tuviera la entidad absorbente, ni de la mayor o menor "previsibilidad" de la decisión administrativa ulterior ni de que en el referido momento existiera sólo una denuncia (como en efecto ocurría) o se hubiera incoado formalmente el expediente sancionador. Que la sanción fuera más o menos previsible en el momento de "establecer el equilibrio financiero de la fusión determinante de la contraprestación a pagar a los accionistas de la sociedad absorbida" es algo que podrá tener incidencia en otros ámbitos pero no, desde luego, en las relaciones verticales entre la Administración y las entidades sujetas a su potestad sancionadora.

Si, en definitiva, la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse, no hay por qué restringirlas a las que derivaran tan sólo de "un expediente ya abierto, como contingencia previsible al hacer la liquidación de la Sociedad".

Quinto.- La desestimación del segundo motivo acarreará asimismo la del tercero. Denuncia en él la parte recurrente la infracción del principio de proporcionalidad. A su juicio, "ante la imposibilidad legal de sancionar a una entidad ya extinguida en aquel momento se imponen dos sanciones a mi representada, siendo así que la misma es ajena a la conducta del Banco extinguido, lo que determina no sólo su ilegalidad conforme vimos en el motivo procedente, sino también su carácter absolutamente desproporcionado".

Cuando estas alegaciones se plantearon en el correspondiente fundamento jurídico de la demanda, afirmando que la absorción del Banco Central Hispano por el Banco de Santander no debería suponer para la entidad resultante un trato desproporcionado respecto de las demás entidades sancionadas (con multas de 300.000 euros), el Tribunal las rechazó en estos términos:

"[...] 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."

Admitida por el "Banco Santander Central Hispano, S.A." la pertinencia -y, por lo tanto, la proporcionalidad- de la sanción pecuniaria correspondiente a su propia actuación ilícita, la imputación de falta de proporcionalidad no descansa en que la sanción (de la misma cuantía) correspondiente al banco absorbido fuera, de suyo, desproporcionada. Más bien la censura lo es, de nuevo, por la duplicación de la cifra que engloba las dos multas, no por la falta de proporción de cada una de ellas.

Siendo ello así, y expuestas en el motivo anterior las razones que en derecho determinan la procedencia de que la sociedad absorbente se hiciera cargo de las responsabilidades imputables a la absorbida, la respuesta al tercer motivo de casación ha de ser igualmente desestimatoria.

Sexto.- Procede, en consecuencia, 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 **17/2005**, interpuesto por "Banco Santander Central Hispano, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2004, recaída en el recurso número 325 de 2002. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- 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.