

Id. Cendoj: 28079130032012100375
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/07/2012
Nº de Recurso: 2066/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

En el primer motivo se vierten una serie de consideraciones "clarificadoras" sobre la persistencia del interés de la parte actora en mantener el litigio. En realidad no se trata de un verdadero "motivo" pues no denuncia ni quebrantamientos de forma ni infracciones del ordenamiento jurídico, sino de un mero prólogo a los ulteriores. No puede, pues, en rigor, ser "estimado" ya que se trata de la introducción al desarrollo expositivo del resto. Por otro lado, el segundo motivo ya fue inadmitido en el trámite correspondiente pues no se planteó de un modo procesalmente correcto.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil doce.

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 2066/2009 interpuesto por "SISTEMA 4B, S.A.", representada por la Procurador D^a. Paz Santamaría Zapata, contra la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2009 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 389/2007 , sobre tasa de intercambio multilateral de operaciones con tarjetas de crédito o débito; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Sistema 4B, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 389/2007 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de agosto de 2007 que en el expediente A 364/07 acordó:

"Primero.- Conceder Autorización Singular para que las entidades participantes en Sistema 4B puedan fijar una tasa de intercambio multilateral para las operaciones de

retirada de efectivo con tarjetas de débito y de crédito en cajeros pertenecientes a la red Telebanco 4B, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, quedando dicha autorización sujeta a las condiciones que establecen el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 14 del Real Decreto 278/2003 .

Segundo.- No autorizar el incremento de la tasa de intercambio propuesto por el solicitante, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos de derecho décimo y undécimo.

Tercero.- La tasa de intercambio multilateral se debe entender como máxima y aplicable por defecto, de manera que permita la existencia y aplicación de aquellas tasas más bajas que sean resultado de acuerdos bilaterales concluidos entre entidades financieras de la misma red Telebanco 4B.

Cuarto.- En el caso de que una entidad adquirente establezca cargos o comisiones a los usuarios de sus cajeros con motivo de las operaciones intrasistema objeto del acuerdo notificado, dicha entidad no recibirá la tasa de intercambio intrasistema.

Quinto.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la ejecución y funcionamiento de lo dispuesto en la presente Resolución."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 4 de enero de 2008, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, estimando los razonamientos contenidos en el cuerpo de este escrito, estime este recurso y:

1. Declare nula de pleno derecho, anule o revoque y deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de agosto de 2007, en el expediente A 364/07, Sistema 4B/Cajeros automáticos, seguido ante ese Tribunal.

2. Declare que el acuerdo por el que se determina la tasa de intercambio aplicable en disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de débito y crédito en la red de cajeros automáticos Telebanco 4B no es contrario al artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , por el periodo solicitado y, en todo caso, por el periodo de un año sugerido por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

3. Condene al Tribunal de Defensa de la Competencia a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con las consecuencias que de las mismas se deriven, y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada.

4. Condene a la Administración demandada al pago de las costas".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 26 de marzo de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que 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 7 de mayo de 2008 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 5 de febrero de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sistema 4B, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Paz Santamaría Zapata, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2007, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, declarando que, al haber perdido fuerza de obligar, las prescripciones de la Resolución que nos ocupa, no vinculan a la actora en la valoración de la conducta que pueda realizar al amparo de la nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, sin imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 4 de mayo de 2009 "Sistema 4B, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2066/2009 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero.- "Clarificador. Con carácter previo es necesario, a juicio de esta parte, resaltar el indudable interés que mi representada tiene en el presente procedimiento y en que exista un pronunciamiento judicial sobre los Fundamentos de Derecho alegados por aquélla en su escrito de demanda de fecha 4 de enero de 2008 en el recurso 389/2007".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del " artículo 67.1 de LJCA , el derecho a la tutela judicial efectiva protegido por el artículo 24 de la Constitución , así como la uniforme jurisprudencia constitucional sobre el derecho a obtener una resolución congruente con las pretensiones formuladas por las partes, con interdicción de la indefensión y arbitrariedad".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del " artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , en cuanto al desestimar el recurso contencioso-administrativo 389/2007 está considerando erróneamente que el sistema de determinación de la tasa de intercambio en disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de débito y crédito en la red de cajeros automáticos Telebanco 4B es restrictivo de la competencia".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de "los principios de seguridad jurídica y confianza legítima recogidos en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y el artículo 3 de la Ley 30/1992 . El TDC se aparta de sus actuaciones precedentes, sin motivación alguna, infringiendo lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 e incurriendo en arbitrariedad".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del " artículo 14 de la Constitución Española , aplicando un trato discriminatorio a Sistema 4B al limitar innecesariamente la duración de la autorización concedida a la fecha de la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, de forma contraria a como ha hecho en otros expedientes tramitados en la misma fecha".

Sexto.- Por auto de 8 de octubre de 2009 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"Admitir a trámite los motivos primero, tercero, cuarto y quinto del recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad 'Sistema 4B, S.A.' contra la Sentencia de 5 de febrero de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

(Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso nº 389/2007 ; y declarar la inadmisión respecto del motivo segundo amparado en el artículo 88.1.d), y para la sustanciación del recurso de casación en la parte que se admite, remítanse los autos a la Sección Tercera de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos."

Séptimo.- Por escrito de 12 de enero de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Octavo.- Por providencia de 26 de abril de 2012 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 10 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-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 5 de febrero de 2009 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Sistema 4B, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de agosto de 2007 que autorizó de modo singular a las entidades participantes en Sistema 4B la fijación de una tasa de intercambio multilateral para las operaciones de retirada de efectivo con tarjetas de débito y de crédito en cajeros pertenecientes a la red Telebanco 4B, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En la misma resolución administrativa no se autorizaba el incremento de la tasa de intercambio propuesto por el solicitante, y se subrayaba que la autorizada lo era como "máxima y aplicable por defecto".

Las razones que determinaron la limitación temporal indicada se contienen en el undécimo fundamento jurídico de la resolución administrativa impugnada y fueron las siguientes:

"[...] Tras lo manifestado en los fundamentos de derecho noveno y décimo, y si el régimen de autorización singular previsto en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia se mantuviera en vigor con la nueva Ley de Defensa de la Competencia, el Tribunal resolvería no conceder el incremento de la TIM solicitado, por no encontrar justificación a dicha subida, y otorgaría autorización singular para una TIM que se aplicase a las tarjetas de débito y de crédito en el nivel actual de [...] € (pues la propia solicitante afirma que los costes son idénticos para ambos tipos de tarjetas bancarias) durante un año, con el objeto de valorar los términos en que la fijación de las TIM orientadas a costes cumplen en su caso los criterios del artículo 3.1 LDC , y caso de que haya dudas sobre su adecuación eficaz a los criterios de dicho precepto legal, si hay métodos alternativos que resulten menos restrictivos o que aseguren en mayor medida el traspaso de eficiencias a los consumidores.

Pero aun cuando esta solicitud de autorización singular ha sido presentada y fallada estando en vigor la Ley 16/1989, este Tribunal no puede ignorar que la voluntad del legislador de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que sustituirá a la vigente en el momento de su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 (BOE nº 159, de 4 de julio), ha sido la de suprimir el régimen de autorizaciones singulares del marco regulatorio español en materia de defensa de la competencia,

pasando a un régimen de autoevaluación de las empresas del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, en consonancia con la normativa comunitaria. Ante este hecho nuevo relevante, el Tribunal considera que en este momento transitorio no debe proceder a autorizar acuerdos que vayan más allá de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 citada.

Esta limitación temporal, sin embargo, no tiene el efecto derivado de lo previsto en la Ley 16/1989, que supondría que el acuerdo autorizado pasaría a estar prohibido una vez vencido el plazo concedido, sino que, por el contrario y con independencia de la autorización que ahora se concede, al quedar bajo la vigencia de la nueva Ley el acuerdo seguirá siendo legal, siempre que cumpla las condiciones previstas en su artículo 1.3 (idénticas a las del vigente artículo 3.1 LDC), sin decisión administrativa al respecto y bajo la evaluación de la propia empresa."

Segundo.- La Sala de la Audiencia Nacional no entró en el fondo de las cuestiones planteadas por la recurrente (esto es, no resolvió acerca del carácter más o menos anticompetitivo de las conductas autorizadas, ni sobre la validez de las condiciones y límites, temporales y de otro orden, que contenía la autorización singular) porque consideró que la entrada en vigor de la Ley 15/2007, en sustitución de la Ley 16/1989 bajo cuyo amparo se había incoado el expediente autorizador, privaba ya de sentido al litigio mismo, al haber perdido "su fuerza obligatoria" la resolución impugnada "al momento de dictar esta sentencia".

En concreto, las consideraciones que el tribunal de instancia expuso a este respecto en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de su sentencia fueron las que siguen:

"[...] La Resolución impugnada, como decíamos anteriormente, ha limitado los efectos de la autorización en el tiempo a la entrada en vigor de la Ley 15/2007. Ello significa, así mismo, que una vez perdida vigencia la autorización, también desaparecen las condiciones impuesta a la misma, en la medida en que son accesorias de ésta.

Respecto a la cuestión relativa a la inaplicación de la prohibición del artículo 1 de las dos Leyes, que sostiene la actora, hemos de señalar en primer término, que la Resolución objeto de autos se dicta previa solicitud de autorización de la propia recurrente al TDC, lo que supone una duda razonable por parte de la recurrente sobre la licitud de la conducta. En segundo lugar, se ha estimado una petición subsidiaria. Y, en tercer lugar, el efecto de una estimación en este punto, supondría la retroacción de actuaciones para que la CNC analizara si la conducta afecta o no a la libre competencia, y ello no es posible dado el sistema de autoevaluación que establece la nueva regulación. Por otra parte, que la Sala se pronuncie sobre el carácter anticompetitivo de la conducta que examinamos, supondría una vulneración del nuevo sistema de autoevaluación que solo corresponde a los interesados, y que los Tribunales enjuiciarán caso de discrepancia entre la autoevaluación y las decisiones que sobre la misma pueda adoptar la CNC.

En cuanto a las condiciones limitativas, estas se encuentran vinculadas a la autorización y su vigencia, de forma que, desaparecida la autorización, desaparecen las limitaciones establecidas.

Argumenta la recurrente, y este parece el motivo central de su afirmada necesidad de un pronunciamiento de fondo, que la Resolución impugnada introduce inseguridad jurídica al separarse de pronunciamientos anteriores del TDC y de órganos de la competencia europeos, en la cuestión discutida. La idea que subyace en las

alegaciones actoras es que la Resolución que nos ocupa pueda suponer un precedente aplicable a situaciones futuras producidas durante la vigencia de la Ley 15/2007. Sin embargo la Sala no puede compartir estos planteamientos.

En primer lugar, el nuevo sistema impide la existencia de autorizaciones, y a partir de la entrada en vigor de la Ley se produce el sistema de autoevaluación, exista o no autorización previa.

En segundo lugar, la inseguridad que afirma la recurrente se ve corregida mediante la facultad concedida a la CNC por el artículo 6 de la Ley 15/2007, y a este precepto habrá de acudir si quiere establecer un precedente que pueda resultarle vinculante.

En tercer lugar si, como se afirma, la Resolución que nos ocupa se separa de criterios anteriores del TDC y de otros órganos de defensa de la competencia europeos, no existe razón alguna para que la recurrente en el futuro siga los criterios de lo que parece ser una Resolución aislada.

Pues bien, a partir del momento de entrada en vigor de la nueva Ley, los pronunciamientos contenidos en la Resolución que nos ocupa pierden vigencia y con ella su fuerza ejecutiva. Será la propia actora la que mediante el sistema de autoevaluación determine si la conducta es anticompetitiva y si, de serlo, en ella concurren los requisitos para que le sea inaplicable la prohibición, valorando igualmente todas las circunstancias concurrente. Los pronunciamientos de la Resolución impugnada no vinculan esa autoevaluación, puesto que en el nuevo sistema la vinculación se establece en relación a la decisión prevista en el artículo 6.

Por ello, de no seguir los criterios contenidos en la Resolución impugnada, de forma racional y justificada, en nada perjudicaría a la recurrente, y de encontrarse ante una futura decisión de la CNC contraria a sus planteamientos, será frente a tal decisión ante la que haya de interponerse el recurso.

Lo cierto es que, en lo que se refiere a la resolución que enjuiciamos, la misma pierde su fuerza obligatoria con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 -así expresamente se establece respecto de la vigencia de la autorización-, pero tal pérdida de fuerza obligatoria afecta no solo a la autorización, sino a las limitaciones impuestas a la misma, y al pronunciamiento relativo al carácter anticompetitivo de la conducta, por tanto no puede vincular futuras autoevaluaciones realizadas por la actora.

[...] Así las cosas, hemos de declarar ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto limita a la entrada en vigor de la nueva Ley sus efectos, y toda vez que, al momento de dictar esta sentencia, la Resolución es ya inexistente pues ha perdido su fuerza de obligar, hemos de realizar el pronunciamiento correspondiente en el sentido de que sus prescripciones no vinculan en este momento ni en el futuro a la actora en la valoración que de la relevancia sobre la competencia pueda realizar de la conducta que nos ocupa. De lo expuesto resulta la desestimación del recurso."

Cuarto. - En el denominado primer motivo de casación se vierten una serie de consideraciones "clarificadoras" sobre la persistencia del interés de la parte actora en mantener el litigio. En realidad no se trata de un verdadero "motivo" pues no denuncia ni quebrantamientos de forma ni infracciones del ordenamiento jurídico, sino de un mero prólogo a los ulteriores. No puede, pues, en rigor, ser "estimado" ya que se trata, repetimos, de la introducción al desarrollo expositivo del resto.

El segundo motivo podría eventualmente haber abierto la puerta al análisis de los demás si se hubiera planteado de modo procesalmente correcto. Pero una vez que esta Sala (Sección Primera) lo ha inadmitido mediante el auto de 8 de octubre de 2009 , a causa de las deficiencias que contenía su exposición, los otros tres motivos deberán necesariamente decaer pues versan sobre cuestiones de fondo a las que no dio respuesta el tribunal de instancia, ni en un sentido ni en otro.

En efecto, mediante su segundo motivo "Sistema 4B, S.A." censuraba la falta de contestación en la sentencia de instancia a las alegaciones esenciales de la demanda. A su entender, el tribunal de instancia no se había pronunciado, debiendo hacerlo, sobre cuestiones tales como el carácter restrictivo, o no, para la competencia del sistema de determinación de la tasa de intercambio; el apartamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de sus propios precedentes y de los criterios seguidos en la materia por otras autoridades de competencia europeas; la inseguridad jurídica y el trato discriminatorio para con "Sistema 4B, S.A.". Si la Sala de la Audiencia Nacional las hubiera considerado y dado respuesta, ésta debería, siempre a juicio de la recurrente, haber sido positiva y determinar el éxito de su pretensión.

Como quiera que, por la razón antes apuntada (inadmisibilidad del segundo motivo casacional) no nos es posible resolver si la sentencia impugnada incurrió en incongruencia omisiva, sólo podríamos casarla, en hipótesis, por consideraciones de fondo relativas a lo que dice, y no a lo que omite. En otras palabras, mal podríamos aceptar que la sentencia interpreta erróneamente o vulnera unas normas o unos principios invocados en los motivos de casación tercero, cuarto y quinto (esto es, el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , los principios de seguridad jurídica y confianza legítima recogidos en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y el artículo 3 de la Ley 30/1992 , el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 y el artículo 14 de la Constitución Española) cuando la Sala no los toma como base para su fallo, que obedece a otro tipo de consideraciones ajenas a las cuestiones sustantivas planteadas y relativas a la pérdida de la "fuerza de obligar" del acto impugnado. Los tres motivos casacionales de fondo coinciden precisamente con las alegaciones de la demanda cuya falta de respuesta criticaba la recurrente en el que fue inadmitido por el auto de esta Sala de 8 de octubre de 2009 .

El recurso de casación no puede, pues, prosperar.

Quinto. - Añadiremos, como mero dato adicional, que esta Sala se ha pronunciado ya sobre algunas de las cuestiones de fondo debatidas, entre otras, en la sentencia de 21 de octubre de 2009 al rechazar el recurso número 1401/2007 interpuesto por la misma entidad "Sistema 4B, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 28 de noviembre de 2006 en el recurso contencioso-administrativo número 25/2006 . En este último se impugnaba la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005, recaída en el expediente A308/01 (Euro 6000/4B), resolución mediante la cual -como antecedente de la que es objeto del presente litigio- se autorizó, bajo determinadas condiciones y por el plazo de un año, el acuerdo concluido entre "Euro 6000, S.A." y "Sistema 4B, S.A." por el que se establecía la concreta tasa interbancaria existente entre ambos sistemas de pago y otras condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas de débito en sus redes de cajeros automáticos.

Sexto.- Procede asimismo la preceptiva condena en costas a la parte que ha sostenido el recurso, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de cinco mil euros.

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 2066/2009, interpuesto por "Sistema 4B, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 5 de febrero de 2009 en el recurso número 389 de 2007. Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro José Yagüe.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-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.