

Id. Cendoj: 28079230062005100545
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/12/2005
Nº de Recurso: 74/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a nueve de diciembre de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 74/2003, se tramita, a

instancia de SISTEMA 4B, VISA ESPAÑA y EURO 6000, representadas por el Procurador D.

Cesáreo Hidalgo Senen, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha

27 de diciembre de 2002 (expediente A297/01), sobre autorización singular, en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado,

siendo su cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 14 de febrero de 2003, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que

estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 29 de noviembre de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 27 de noviembre de 2002, de denegación de autorización singular.

Son antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia:

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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que: 1) La Resolución impugnada no ha toma en consideración que la comisión de un fraude con una tarjeta de pago constituye un delito expresamente tipificado en el artículo 248 CP, 2) la cooperación instaurada no restringe la competencia, y 3) en todo caso, debería haberse autorizado por los motivos expuestos al TDC.

El Abogado del Estado contesta que el Acuerdo de cooperación queda incluido en el artículo 1 LDC, sin que quepa la autorización singular del artículo 3 LDC por no acreditación de los presupuestos que permiten la concesión de la autorización.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

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.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.