

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 17/05/2012
Fecha Sentencia: 21/05/2012
Núm. de Recurso: 0000065/2011

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00971/2011
Materia Recurso: EXTINCION
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Demandante: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE COMERCIO
Procurador: SR. VILLASANTE GARCÍA
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: SERVIRED, ANGED Y SISTEMA 4B S.A.

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Expediente de vigilancia de resolución.



AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000065/2011
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00971/2011
Demandante: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE COMERCIO
Procurador: SR. VILLASANTE GARCÍA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: SERVIRED, ANGED Y SISTEMA 4B S.A.
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 65/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **CONFEDERACION ESPAÑOLA DE COMERCIO** representada por el Procurador Sr. Villasante García frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 17 de diciembre de 2010, relativa a **expediente de vigilancia de resolución** siendo codemandados **SERVIRED** representada por la Procuradora Sra. Sampere Meneses, **ANGED** representada por el Procurador Sr. Villasante

García y **SISTEMA 4B S.A.** representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Puyol.
Siendo Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 1 de septiembre de 2011 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado, y declarando que procede mantener el pronunciamiento de la finalización de la vigencia del ATC en los compromisos num. 1 a 3 inclusive, resuelva declarando en vigor el compromiso num. 4 y no cumplido el compromiso num. 1, y que por todo ello procede seguir con la vigilancia del ATC hasta su completo cumplimiento.

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.

La representación procesal de Sistema 4B S.A. contestó a la demanda solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación.

La representación procesal de EURO 6000 S.A. contestó a la demanda solicitando se desestime íntegramente la pretensión del recurrente confirmando la resolución impugnada.

La representación procesal de SERVIRED igualmente contestó a la demanda e igualmente expuso cuanto consideró necesario para solicitar su desestimación.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, incluida ANGED quién no había contestado a la demanda para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

La representación procesal de ANGED quién no había contestado a la demanda, presentó escrito de conclusiones para solicitar la estimación del recurso.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 17 de mayo de 2.012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 17 de diciembre de 2010 en el Expediente **V TC 2457/03 del extinto Servicio de Defensa de la Competencia** con la siguiente parte dispositiva:

“Declarar que la vigencia del Acuerdo de Terminación Convencional de 16 de noviembre de 2006 finaliza el 31 de diciembre de 2010 y con ello dar por concluida la vigilancia del cumplimiento de la mencionada resolución”.

SEGUNDO- Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como recogidos por la misma son los siguientes:

- Con fecha 16 de noviembre de 2006, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, junto con los Sistemas de Medios de Pago SERVIREN, SISTEMA 4B Y EURO 6000 (en adelante, los Sistemas de Medios de Pago) y las asociaciones representativas del comercio ANGED, CAAVE, CEC, AVAD, CEHAT y FEHR (en adelante, comerciantes), suscribieron un Acuerdo de Terminación Convencional (ATC).

El Acuerdo Marco preveía la presentación por parte de los SMP de unos estudios de costes que sirvieran de base para el cálculo de las tasas de intercambio. De acuerdo con ello, la estipulación sexta del ATC indica que cada sistema de medios de pago encomendará a una empresa auditora la realización de un estudio de costes que calcule un valor máximo de las tasas de intercambio intra-sistema para cada una de las tarjetas, estudio que debía estar finalizado a 31/7/2008 y comenzaría a aplicarse el 1/1/2009.

El Acuerdo Marco preveía la aplicación de unos límites máximos para las tasas de intercambio con carácter transitorio.

- El Acuerdo Marco en el que se basa el ATC entró en vigor el 1 de enero de 2006 y estaba previsto que tuviera una duración de 5 años y que posteriormente se renovase por períodos sucesivos de 2 años.

Este ATC dio lugar a la apertura del correspondiente expediente de vigilancia por parte del extinto Servicio de Defensa de Competencia.

- El 29 de julio, 31 de julio y 4 de agosto de 2008, respectivamente, EURO 6000, SERVIREN y SISTEMA 4B comunicaron a la ya creada Dirección de Investigación que tenían a su disposición los estudios de costes exigidos por la estipulación sexta

del ATC. Tales estudios tuvieron entrada en la Dirección de Investigación el 19 de septiembre de 2008.

- El 19 de diciembre de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito de los SMP comunicando que, en caso de que las tasas resultantes de la aplicación de los costes de los estudios aportados en septiembre fueran superiores a los tramos establecidos en el ATC para 2008, a partir del 1 de enero de 2009 *"dichos valores límite por tramos seguirían siendo de aplicación como límites máximos concurrentes para los niveles de facturación establecidos"*.

- En enero de 2009 la Dirección de Investigación manifestó a los SMP que, en virtud de lo dispuesto en la estipulación séptima del ATC, durante 2009 y a la espera de que la Comisión Europea se pronunciara sobre los expedientes que está tramitando en relación con tasas de intercambio, no se aplicaría el límite máximo derivado de los estudios de costes sino las tasas establecidas por defecto en la tabla de tasas por tramos del ATC.

- El día 16 de junio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de SISTEMA 4B comunicando que, a la vista de la resolución del Consejo de 29 de julio de 2009, entendía que no era necesario elaborar nuevos estudios de costes para dar cumplimiento al ATC. Sin embargo, con objeto de obtener la máxima seguridad jurídica, solicitaba a la Dirección de Investigación que confirmase que no era necesario poner a disposición de la CNC nuevos estudios de costes.

- El día 1 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de SERVIRED comunicando que, a la vista de la Resolución de la CNC de 29 de julio de 2009, entendía que ese Consejo había excluido el criterio de costes medios de los emisores para la fijación de los valores máximos de las tasas de intercambio intra-sistema y, en consecuencia, no consideraba necesario presentar a la CNC nuevos estudios de costes antes del 31 de julio de 2010. Sin embargo, con objeto de obtener la máxima seguridad jurídica solicitaba a la Dirección de Investigación que, en caso de no estar de acuerdo, se lo comunicase.

- El día 14 de julio de 2010, la Dirección de Investigación notificó a todos los interesados en el expediente que *"teniendo en cuenta que el Consejo de la CNC, en su resolución de 29 de julio de 2009, señaló que el 31 de diciembre de 2010 es el final del periodo de vigencia del ATC FD 5º e instó a los medios de pago a aplicar hasta esa fecha como máximo las tasas de intercambio intrasistema previstas en la cuarta columna de la tabla incluida en la estipulación séptima del ATC, esta Dirección considera que no procede la presentación a la CNC de estudios de costes en el marco de la vigilancia del expediente de referencia"*.

- Con fecha 21 de julio de 2010 tuvieron entrada en la Dirección de Investigación copia de los escritos que ANGED, AVAD y CEC remitieron el 20 de julio a los SMP solicitándoles información sobre los valores máximos de las tasas de intercambio intrasistema que aplicarían a partir del 1 de enero de 2011.

- Con fecha 28 de julio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia de la respuesta de EURO 6000 a esa carta, manifestando que su intención era continuar sometiendo las tasas a una evaluación continua teniendo en cuenta las

circunstancias del mercado, la legalidad vigente y las directrices de las autoridades competentes.

- El 30 de julio de 2010, EURO 6000 manifestó a la Dirección de Investigación sus reservas respecto de la interpretación que realizó en su notificación de 14 de julio del ATC y en particular de su vigencia. EURO 6000 manifestó que realiza rutinariamente el análisis de los costes de sus actividades y, entre ellos, de los relacionados con las tasas de intercambio y que consideraba oportuno poner a disposición de la Dirección de Investigación su estudio más reciente.

- El 30 de julio de 2010, SISTEMA 4B remitió a la Dirección de Investigación copia de la respuesta a la carta de la CEC, indicando que el ATC estaba plenamente vigente hasta el 31 de diciembre de 2010 (salvo prórroga) y que no podían anticiparles ninguna posición de futuro.

- Con fecha 2 de agosto de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia de la carta que ANGED, AVAD y CEC remitieron el 31 de julio a los SMP, manifestando su punto de vista sobre la vigencia del ATC e instándoles a facilitarles la información solicitada el 20 de julio sobre las tasas aplicables en 2011.

- Con fecha 5 de agosto de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación copia la respuesta de EURO 6000 a la carta de ANGED, AVAD y CEC, manifestando que aún no existía doctrina contrastada sobre tasas de intercambio y que estaba en su ánimo someterse a la legalidad y mantener soluciones equilibradas.

- Con fecha 10 de octubre de 2010, ANGED, AVAD y CEC remitieron a la Dirección de Investigación copia de su respuesta a SISTEMA 4B, aceptando su disposición a negociar las tasas de intercambio.

- Con fecha 28 de octubre de 2010, ANGED, AVAD y CEC remitieron a la Dirección de Investigación copia de las cartas enviadas a cada uno de los SMP proponiéndoles fechas para negociar las tasas aplicables a partir del 1 de enero de 2011.

- Con fecha 3 de noviembre de 2010 la Dirección de Investigación dio traslado a las partes interesadas en el expediente de referencia de la siguiente propuesta de informe de vigilancia.

“Algo más de un año después de la decisión del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2009, persisten las dudas sobre la validez de la metodología de fijación de las tasas de intercambio en base a costes y continúa la revisión del enfoque de los casos relativos a sistemas de medios de pago en el ámbito de la aplicación del derecho comunitario, razones por las cuales esta Dirección de Investigación comunicó en julio de 2010 a los SMP y a los comerciantes que no procedía la presentación a la CNC de estudios de costes en el marco de la vigilancia del expediente de referencia.

A la vista de todo lo anterior, esta Dirección de Investigación ha elaborado este informe de vigilancia que, tras el análisis, de las alegaciones que, en su caso, formulen las partes, trasladará al Consejo de la CNC con las siguientes propuestas:

1. Los SMP deberían aplicar las tasas previstas en la cuarta columna de la estipulación séptima del ATC para 2009-2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, final del periodo de vigencia del ATC.

2. Esta Dirección de Investigación entiende necesario adelantar la propuesta de finalización de vigilancia del ATC y, en consecuencia, la resolución del Consejo que ponga fin a la vigilancia del expediente de referencia, por razones de eficiencia administrativa, para otorgar a las partes plazo suficiente para determinar las tasas de intercambio que se aplicarán desde el 1 de enero de 2011.

En caso de detectar indicios de prácticas restrictivas de la competencia, en virtud de los artículos 49 de la LDC y 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación podrá, a iniciativa propia, por denuncia o a instancias del Consejo de la CNC, iniciar el correspondiente expediente sancionador."

- Las partes interesadas, SERVIRED, SISTEMA 4B. ANGED, CEC y AVAD formularon sus alegaciones.

TERCERO- Constituye un antecedente de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el día dos de diciembre de dos mil once en el recurso contencioso administrativo núm. 665/09 igualmente promovido por la **CONFEDERACION ESPAÑOLA DE COMERCIO** sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 29 de julio de 2009, relativa a **ejecución de resolución**,

Se **impugnaba entonces** el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 29 de julio de 2009 en el mismo Expediente V TC 2457/03 del extinto Servicio de Defensa de la Competencia con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO. Declarar que no procede aplicar los límites máximos para las tasas de intercambio derivados de los estudios de costes que han sido presentados ante la Dirección de Investigación en base a lo previsto en el ATC. SEGUNDO. Instar a los sistemas de medios de pago a que, de acuerdo con lo previsto en la estipulación séptima del ATC, apliquen como máximo las tasas de intercambio intra-sistema previstas en la cuarta columna de la tabla incluida en dicha estipulación séptima del ATC hasta el 31 de diciembre de 2010. TERCERO. Se concede a los Sistemas de Medios de Pago el plazo improrrogable de 10 días para que ejecuten lo previsto en este apartado Segundo del Resuelve. En caso de retraso o incumplimiento se podrá imponer una sanción coercitiva de 600 Euros diarios. CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que continúe la vigilancia del cumplimiento del Acuerdo recaído en el expediente 2457/03 así como de lo previsto en esta Resolución de incidente de ejecución de la vigilancia."

En dicha sentencia, que no es firme, al haberse interpuesto contra la misma recurso de casación, se analizaba la alegación de que se había infringido lo dispuesto en los arts. 52 y 62 de la LDC y el art. 39 RDC al no proceder el Consejo a declarar el incumplimiento del ATC por parte de los SMP, ya que la Confederación, entonces y hoy actora, consideraba que *"los hechos realizados por los SMP forzosamente han de calificarse de incumplimiento del ATC"*.

La Sala desestimó esta alegación con fundamento en que:

“Tal conclusión se fundamenta en que se recogía el compromiso de que “los concretos elementos de coste se determinarán en un estudio de costes que será sometido a las Autoridades de Competencia a través del procedimiento más adecuado con arreglo a las normas sobre defensa de la competencia aplicables” con cita a continuación de la conclusión alcanzada por la Asesoría Económica de la CNC según la cual “Dada la arbitrariedad que existe en cuanto a las metodologías de asignación de costes así como a la disparidad de las cifras presentadas por los operadores, no es posible validar ni la metodología ni la cuantía de los costes presentados”. Pero como la propia actora recuerda, lo que se recomienda por la propia Asesoría Económica en la misma Nota es aplicar las tasas de intercambio por defecto “dado que la orientación a costes no resulta el método más adecuado para la determinación de las tasas de intercambio multilaterales y que, en todo caso, no existe una metodología apropiada para aplicarla”. Como puntualiza la representación de Servired, el problema lo ocasionaba la existencia de diferencias entre la metodología de asignación de costes utilizada por cada una de las tres empresas de medios de pago, diferencia que se encontraba igualmente justificada por referirse cada una a un colectivo de emisores diferente.

En consecuencia las empresas cumplieron el compromiso adquirido, y una vez cumplido, se ha podido constatar que el método elegido no era adecuado para el fin propuesto, y que en consecuencia debe utilizarse otro método, cuestión que la Administración encargada por el ordenamiento jurídico de la vigilancia de los acuerdos de terminación convencional no ha considerado constitutiva de la infracción prevista en el art. 37.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia.”

Tales consideraciones en cuanto están vinculadas a la cuestión debatida en autos han de tenerse en cuenta para resolver la presente controversia jurídica.

CUARTO- La codemandada SISTEMA 4B S.A. alega la falta de legitimación activa de la actora por inexistencia de discrepancia con los aspectos sustantivos de la resolución de la CNC, por entender que lo único que se está recurriendo es la omisión de un pronunciamiento sancionador cuya estimación o desestimación no va a afectar a sus derechos subjetivos o intereses patrimoniales legítimos.

La alegación no puede prosperar: la doctrina y la jurisprudencia (por ejemplo la STC 257/1988) definen el concepto de legitimación como la cualidad de quién aparece como demandante que consiste en hallarse en una específica relación con el objeto de las pretensiones que se ejercitan en el proceso, bien porque son titulares de un derecho bien porque son titulares de un interés legítimo que pudiera resultar afectado. El Tribunal Supremo ha señalado que la legitimación es una condición de la admisibilidad del proceso, no de la existencia misma de la pretensión en él deducida; es un derecho a ser demandante en un determinado pleito, no un derecho a una sentencia en el sentido pedido por la demanda; pues lo que condiciona el mero ejercicio de la acción no puede a la vez condicionar el resultado del proceso en que se conoce de ella.

En el supuesto enjuiciado, y con independencia de la pretensión ejercitada, la actora tiene legitimación, ya que fue una de las partes que promovieron el acuerdo

de terminación convencional, y suscribió el acuerdo cuya declaración de fin de vigencia se impugna, lo que revela prima facie un interés legítimo con una base sustantiva; en principio la estimación de su recurso produciría un efecto positivo en su esfera jurídica.

Debe en consecuencia desestimarse la alegación de inadmisibilidad efectuada por la representación procesal de Sistema 4B S.A.

La representación procesal de SERVIED igualmente considera que carece la recurrente de legitimación activa en lo relativo a la pretensión de que se declare el incumplimiento por los SMP del compromiso num. 1 pues entiende que la posición de la recurrente es la de mero denunciante en un procedimiento administrativo.

Como ya se ha razonado, la actora representa a los empresarios afectados por las diferentes cuestiones que se pactaron en el Acuerdo de Terminación convencional, del que fue parte, apreciándose un interés legítimo en su impugnación de la declaración de que ha finalizado la vigencia del mismo.

Debe en consecuencia desestimarse la alegación de inadmisibilidad parcial efectuada por la representación procesal de SERVIED.

Debe señalarse que la representación procesal de ANGED quién no había contestado a la demanda, presentó escrito de conclusiones para solicitar la estimación del recurso, solicitud inadmisibles en quién se ha personado como codemandada, y de quién no consta que haya impugnado el acto administrativo objeto de este litigio.

QUINTO- A fin de valorar las alegaciones de las partes es igualmente necesario recordar que el elemento fundamental de cualquier terminación convencional de un procedimiento administrativo, especialmente de un procedimiento administrativo sancionador, es la configuración de unos compromisos. Estos por otra parte deben ser claros, y por su tenor literal, susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la Administración, a quién el ordenamiento jurídico encomienda dicha vigilancia específicamente, en este caso, la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia. Los compromisos deben garantizar el interés público constitucional de la libre competencia, y evitar, prevenir o compensar los posibles perjuicios que para este interés público puedan derivarse de las conductas que, hasta que se acordó la terminación convencional, estaban siendo investigadas por ser contrarias a la LDC.

En este caso, y en los concretos extremos objeto de la pretensión actora, se trata tanto de un compromisos que conlleva la asunción de obligaciones de comportamiento, el núm. 1 (compromiso de los Sistemas de Medios de Pago de ajustar su sistema de fijación de tasa máximas de intercambio a lo acordado en el Acuerdo Marco) como de un compromiso que conlleva el establecimiento de garantías sobre la futura actuación, el num. 4 (las entidades procesadoras se comprometen a dotar un fondo destinado a realizar acciones dirigidas a impulsar la utilización de las tarjetas como medios de pago).

La CNC tiene encomendada por los artículos 41, 34 y 35 pfo. 2 letra c) de la Ley de Defensa de la Competencia y el art. 42 del Reglamento la vigilancia del

cumplimiento de las resoluciones que se adopten en cumplimiento de lo dispuesto en la propia ley.

En el ejercicio de la función de vigilancia de un acuerdo de terminación convencional, la Administración está en la misma posición que cuando vigila el cumplimiento de una resolución sancionadora: el acuerdo es la materialización de una potestad de la CNC, en la que actúa en su condición de poder público con los privilegios que el ordenamiento jurídico le atribuye para un eficaz servicio del interés general. Como ha señalado la doctrina, interpretando las previsiones del art. 88 de la Ley 30/1992, la Administración, titular de la potestad, sigue siendo la única responsable de satisfacer el interés público que le ha sido encomendado. El hecho de que el procedimiento administrativo haya finalizado de esta forma, mediante un acuerdo, no priva a la Administración de las prerrogativas que le atribuye la ley, ni cesa por ello su responsabilidad en el ejercicio de estas prerrogativas al servicio del interés público.

En el caso de la autoridad administrativa de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas por la LDC debe cohonestar la Libertad de Empresa y la Defensa de la Libre Competencia, y en este ámbito de actuación se ha adoptado la resolución, que le corresponde según la ley, de declarar que ha finalizado la vigencia del Acuerdo de Terminación convencional litigioso.

SEXTO- El Abogado del Estado y las codemandadas ponen de relieve que el acto administrativo resuelve la finalización de la vigencia del Acuerdo, y que en consecuencia, la pretensión que se ejercita no es congruente en cuanto que, como resulta del suplico de la demanda, la actora solicita lo que no procede en un procedimiento de control de un concreto acto administrativo.

El examen de los escritos de la actora pone de manifiesto que se impugna la parte dispositiva del acuerdo impugnado que declara que el día 31 de diciembre de 2010 termina la vigencia del acuerdo. En consecuencia, se da por concluida la vigilancia del cumplimiento de la mencionada resolución.

Y la actora pide que se anule este acto administrativo, pero además:

- a) que se anule *“la declaración de su cumplimiento”*,
- b) se declare que debe mantenerse el pronunciamiento de que ha finalizado el acuerdo en relación con los puntos 1 a 3,
- c) se declare que no se ha cumplido el compromiso 1,
- d) se declare en vigor el compromiso 4,
- e) se declare que debe continuar la vigilancia del acuerdo *“hasta su completo cumplimiento”*.

La lectura del acto administrativo impugnado revela que en el fundamento jurídico tercero se razona:

“Puesto que no procede aplicar a las tasas de intercambio intra-sistema los límites máximos derivados de los estudios de costes, el ATC suscrito el 16 de noviembre de 2006 pierde su objeto una vez finalizada la aplicación de los límites máximos para las tasas de intercambio que se previeron con carácter transitorio. La

consecuencia lógica de ello es la finalización de la vigencia de la terminación convencional coincidiendo con el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que expiran los límites transitorios acordados para las tasas de intercambio”.

A continuación la CNC recuerda, en conclusión compartida plenamente por esta Sala, que el ATC no tiene vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico, se caracteriza por tener una duración determinada, más o menos extensa, y en este caso, se concretó en su día la fecha en que debe entenderse concluida. Como se razonó más arriba es a la Administración a quién corresponde establecer esta duración o vigencia del acuerdo que, como señala la CNC, es un acto administrativo.

No aparece en ningún momento declaración alguna de cumplimiento. La Administración estableció una fecha de fin de vigencia, aprecia que tal fecha continúa teniendo sentido, y da por concluida la vigencia del ATC.

Esta Sala considera que los incumplimientos deben ser denunciados mientras el acuerdo está vigente: en este caso, la actora se opuso en el marco del expediente en cuestión a la decisión de que no se aplicaran los límites máximos derivados de los estudios de costes presentados por los Sistemas de Medios de Pago, acudiendo ante esta jurisdicción en defensa de su pretensión, habiendo sido desestimado su recurso.

La Administración ha valorado que en el acuerdo se fijó un plazo de cinco años, si bien se admitió la posibilidad de renovación por periodos sucesivos de dos años. En el propio Acuerdo se resolvió que *“los compromisos del ATC estarán en vigor desde la firma del mismo y se mantendrán mientras no se produjeran cambios relevantes que pudieran afectarles, correspondiendo a las Autoridades de Competencia en exclusiva la valoración de dichos cambios”.*

Las consideraciones que efectúa la CNC sobre sus obligaciones en el marco de un expediente de vigilancia son igualmente compartidas por este Tribunal: la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia puede demandar que en el marco del correspondiente procedimiento se acepten compromisos y se finalice el mismo no mediante la imposición de una sanción sino mediante un acuerdo de terminación convencional. Pero esto no significa que amparándose en su papel de vigilancia, intervenga en el mercado y menos que tal intervención se concrete, como resultaría de aceptarse la pretensión actora, en la fijación de las tasas de intercambio y menos aún que tal fijación se prolongue indefinidamente.

La actora en su escrito de conclusiones defiende que en realidad no está solicitando una declaración formal de incumplimiento sino que demanda la improcedencia de dar por finalizado el Acuerdo sin que se haya cumplido. El Acuerdo tenía un plazo de vigencia que ha finalizado, la Administración a quién la ley encomienda la decisión correspondiente ha determinado motivadamente la improcedencia de ampliar dicho plazo, y fue durante el mismo que la actora pudo y debió hacer uso de su derecho a instar actuaciones concretas del órgano encargado de la vigilancia del ATC.

Por las consideraciones expuestas hasta ahora la Sala estima que no ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno en relación con las pretensiones de la actora relativas a la declaración de incumplimiento de compromisos. Tal declaración es

improcedente en el marco de un recurso que controla la legalidad del acuerdo en los términos que se han reflejado en los fundamentos jurídicos anteriores.

Por las mismas razones considera que no procede estimar la demanda en el extremo relativo a la pretendida declaración de que debe continuar la vigilancia del acuerdo *"hasta su completo cumplimiento"*.

En este supuesto, de los antecedentes obrantes en el expediente resulta que durante los cinco años de vigencia del Acuerdo, la Administración ejercitó sus facultades/obligación de vigilancia del mismo, con participación en dicha actividad de las partes implicadas, sin que la ahora recurrente, salvo en el extremo que fue objeto del recurso resuelto por la sentencia de 2 de diciembre de 2011, ejercitara acciones dirigidas a poner de manifiesto los incumplimientos que denuncia al impugnar el acuerdo que pone fin a la vigencia del mismo. El hecho de que concluya la vigencia implica necesariamente la conclusión de la vigilancia, y como señala la CNC, a partir del 1 de enero de 2011 las partes tienen libertad para determinar las tasas de intercambio, libertad de la que carecían durante la vigencia del ATC, siempre sometidas a las obligaciones que comporta la Ley de Defensa de la Competencia.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEPTIMO- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COMERCIO** contra el Acuerdo dictado el día 17 de diciembre de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos. 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 de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Itma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.