

Id. Cendoj: 28079130032007100043
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/02/2007
Nº de Recurso: 974/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DEFENSA COMPETENCIA (resolución 3-4-02): ACUERDO SOBRE 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 (expediente 515/99, 1955/99 del Servicio)Art. 43 Ley de Defensa de la CompetenciaAcuerdos colusorios contrarios al art. 1 de la Ley de Defensa de la CompetenciaDelitos sobre uso de tarjetas de pago; estado de necesidad: inexistencia. Tipicidad; antijuridicidad; falta de culpabilidadArbitrariedad y desproporción de las sanciones

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 974/2.004, interpuesto por SISTEMA 4-B, S.A., representado por la Procuradora D^a Paz Santamaría Zapata, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 12 de noviembre de 2.003 en el recurso contencioso-administrativo número 287/2.002, sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (expte. 515/99 del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1955/99 del Servicio de Defensa de la Competencia).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de noviembre de 2.003 , desestimatoria del recurso promovido por Sistema 4-B, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de

Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2.002 recaída en el expediente 515/99 (1955/99 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por dos denuncias por abuso de posición dominante, competencia desleal y realización de acuerdos colusorios. Dicha resolución declara que la citada sociedad, entre otras, ha incurrido en 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, y le impone una multa de 300.000 euros.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado por providencia de la Sala de instancia de fecha 14 de enero de 2.004, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Sistema 4-B, S.A. compareció en forma, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 43 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 20 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, produciéndose indefensión vulneradora del artículo 24 de la Constitución;
- 2º, por infracción del artículo 1 de la citada Ley de Defensa de la Competencia;
- 3º, por infracción de la normativa comunitaria, al considerar que la cooperación frente al fraude es restrictiva de la competencia;
- 4º, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 248.2 y 392 del Código Penal, así como de la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago;
- 5º, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación de principios penales al derecho administrativo sancionador;
- 6º, por infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por la imposición de sanciones a la cooperación contra el fraude en la que está ausente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad;
- 7º, por infracción del artículo 10 de la ya mencionada Ley 16/1989, por la absoluta arbitrariedad e irracionalidad de las sanciones impuestas, y
- 8º, por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la absoluta falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y,

en su lugar, dicte resolución de conformidad con las peticiones contenidas en el suplico del escrito de demanda de primera y única instancia contencioso-administrativa.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 31 de octubre de 2.005 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente según lo previsto en la Ley jurisdiccional.

QUINTO.- Por providencia de fecha 24 de noviembre de 2.006 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 6 de febrero de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La sociedad mercantil Sistema 4-B, S.A. impugna en casación la Sentencia de 12 de noviembre de 2.003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2.002. En dicha resolución se declaraba que la sociedad actora y otras entidades mercantiles habían incurrido en conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en la realización de acuerdos colusorios y se les imponían determinadas sanciones económicas, se les intimaba a abstenerse de realizar dichas prácticas y se les ordenaba la publicación de la parte dispositiva de la resolución.

El recurso de casación se articula mediante ocho motivos, todos ellos incardinados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se aduce la infracción del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y del artículo 20 del Reglamento sobre el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), con infracción del artículo 24 de la Constitución , al haber cambiado el Tribunal de Defensa de la Competencia la calificación de los hechos efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia. El segundo motivo se basa en la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , por haber considerado que la cooperación contra el fraude es restrictiva de la competencia. En el tercer motivo se considera infringida la normativa comunitaria por la misma razón.

El cuarto motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia interpretativa de los artículos 248.2 y 392 del Código Penal y de la normativa comunitaria que define los delitos en relación con el uso de las tarjetas de pago. En el quinto motivo se alega la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal en relación con el principio penal del estado de necesidad, que sería aplicable al procedimiento administrativo sancionador. El motivo sexto se basa en la supuesta infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la falta de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respecto de la cooperación contra el fraude en el uso de

las tarjetas de pago.

Finalmente, los motivos séptimo y octavo se refieren a la sanciones impuestas. En el séptimo se aduce la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia por la supuesta arbitrariedad e irracionalidad de dichas sanciones y en el octavo la del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, por la falta de proporcionalidad de las mismas.

SEGUNDO.- Sobre lo resuelto en la Sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2.007 (RC 1.904/2.005).

El presente recurso de casación ha sido deliberado junto con otros varios interpuestos por entidades mercantiles también sancionadas por la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2.002 contra la misma Sentencia aquí impugnada. La coincidencia en el planteamiento de algunos de los motivos que se han resumido en el anterior fundamento de derecho con los formulados en el recurso de casación 1.904/2.005, resuelto por la Sentencia de 14 de febrero de 2.007, hace conveniente reiterar respecto de dichos motivos lo dicho en esta última resolución.

Tal sucede, en concreto, con los motivos segundo, tercero, sexto y octavo. Respecto a las cuestiones que en ellos se suscita, la Sentencia impugnada en el presente recurso había dicho:

"CUARTO.- Respecto al fondo de la cuestión debatida, a la que la actora se refiere con carácter subsidiario, debe señalarse que la misma basa la esencia de su argumentación, en que los Acuerdos celebrados, cuya existencia no se discute, tuvieron un objeto básico y primordial, cual era la lucha contra el fraude en el uso de medios de pago, como las tarjetas electrónicas en establecimientos comerciales.

También a este respecto es necesario precisar: A) Que no corresponde a las entidades tales como la recurrente, determinar que conductas en el ámbito que nos ocupan, resultan o no fraudulentas.

La lucha contra el fraude en este ámbito y en cualquiera, debe ser una prioridad de todos los Estados, mediante las previsiones normativas que sean precisas en los Ordenamientos jurídicos y la oportuna tipificación en las leyes penales, pero obviamente no es competencia de la actora determinar cuando una conducta es fraudulenta, para incardinar o calificar una actuación como delictiva y para justificar los Acuerdos tomados en base a un supuesto estado de necesidad regulado en el Art. 20.5 del Código Penal, que lógicamente no corresponde a ella apreciar.

Sólo al Poder legislativo de ámbito comunitario o nacional corresponde aquella tipificación, no pudiendo en modo alguno aceptarse la consideración que realiza la actora, de que el bien jurídico de defensa de la competencia, en el modo y tiempo que ella pueda decidir, tenga que ceder ante el bien jurídico de reaccionar adecuadamente para evitar la comisión de un delito, pues ni a ella corresponde determinar cuando una conducta es o no delictiva, ni los medios o formas de luchar contra esta forma de criminalidad.

B) Tiene razón el TDC cuando en el fundamento jurídico cuarto de su Resolución señala:

"Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que excede estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1.998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude "intensificando la seguridad intrínseca al producto de pago ofrecido y a los sistemas de tramitación de las operaciones hechas mediante él, incluido el sistema electrónico de transmisión; perfeccionando la seguridad de los mecanismos de acceso condicional y selectivo a la utilización de sus productos de pago; creando estructuras para el intercambio de información; implantando programas de formación, especialmente destinados al propio personal de las entidades financieras", expresando además que "para garantizar el desarrollo armonioso y competitivo de los servicios de pago, se velará porque las medidas expuestas en los apartados a1 y a2 (las dos primeras de entre las transcritas) no obstaculicen injustificadamente la competencia". Ese texto, lo mismo que el contenido en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, también citada por las partes en sus escritos de conclusiones, que toma únicamente en consideración como medidas a adoptar por las entidades privadas en su lucha contra el fraude el intercambio de información (punto 2) y el empleo de las tecnologías y técnicas operativas más avanzadas (punto 4), ponen de relieve que la corporación que tratan de impulsar las Autoridades comunitarias se refiere exclusivamente al intercambio de información, dentro del respeto a los derechos individuales y a la libre competencia, sin que en ningún momento exista ninguna indicación o afirmación que permita suponer que se alienta la concertación o la adopción de políticas comerciales uniformes frente a los casos de fraudes e impagos."

C) Es sabido, que no sólo los Acuerdos de contenido estrictamente económico son prohibidos por el Art. 1 LDC, que tampoco exige que los Acuerdos que se reputen contrarios a la competencia produzcan efectos reales, ya que el mencionado precepto hace referencia a que "tengan por objeto, produzcan o puedan producir como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia". Ninguna duda hay de que unos Acuerdos como los contemplados, en cuanto que determina una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tienen un objeto restrictivo para la competencia, pues ni tienen base legal para luchar contra lo que se califica de delito, por quien no es competente para ello y además ninguna duda hay tampoco de que se están llevando a la práctica uniformemente por todas las entidades financieras en España.

Por lo demás, es evidente que los Acuerdos objeto de sanción hacen referencia a una modalidad de pago muy concreta, cual es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales y a ese mercado de medios de pago mediante tarjetas de crédito ha de estarse. En ese contexto, es obvio que las alegaciones que hace la actora al mercado geográfico o a la existencia cierta de otros medios de pago, ninguna trascendencia tienen a los efectos de la Resolución que nos ocupa.

La actora, pretende basar la procedencia de los Acuerdos en la supuesta lucha contra el fraude basándose en el propio Informe-Propuesta del SDC y en el ulterior Informe de 11 de Mayo de 2001, al que se ha hecho mención relativo a la autorización singular de los Acuerdos, pero como bien dice el TDC: a) la solicitud de autorización singular de Acuerdos posteriores no desvirtúa la calificación de los hechos o sus consecuencias, pues se presenta una vez concluida la instrucción del expediente que nos ocupa y

años más tarde de haberse adoptado los Acuerdos imputados; b) la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las prácticas comerciales de los operadores en un mercado determinado, en el caso de autos, el mercado de pago mediante tarjetas de crédito.

Debe, por tanto, concluirse que efectivamente por la hoy recurrente, a la que se circunscribe la presente Sentencia, se ha incurrido en una práctica prohibida por el Art. 1.1.a) de la L.D.C

QUINTO.- Confirmado dicho extremo contenido en la Resolución impugnada, en relación a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, la actora alegó subsidiariamente que ésta era a todas luces, excesiva. Se fija para ello tanto en el tenor del Informe-Propuesta del SDC, como en la voluntad que les inspiraba de luchar contra el fraude, así como en el hecho de que los clientes no se hubieran visto perjudicados. También estima que debería haberse considerado elemento atenuante el que hubieran presentado una solicitud de autorización singular, sobre Acuerdo de similares características a los sancionados, suscrito por las tres SSMP en el año 2001, que recibió calificación favorable por parte del SDC el 11 de Mayo de 2001, y al que ya se ha hecho mención.

Igualmente considera, que no se han valorado los volúmenes de compras de cada una de las SSMP sancionadas, a las que se impone igual sanción, siendo así que SISTEMA 4B tiene un volumen de compras con tarjetas anuales de 8.663 millones de euros, frente a los 24.298 y 9.966 millones de euros de otras SSMP sancionadas.

La Resolución impugnada para argumentar la sanción que impone, dice:

"En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 1º con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En este caso, es necesario partir de la base de la gravedad de las conductas que se sancionan que, en el caso de los acuerdos entre entidades financieras, competidoras entre sí como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pagos mediante tarjetas, con aplicación de una política comercial común en la reacción frente a las incidencias definidas por ellas mismas como fraudulentas, restringiendo la libertad de cada una para fijar su propia estrategia, debe considerarse que incurre plenamente en la prohibición del artículo 1 LDC y, por tanto, es grave en cuanto que afecta al interés público que representa el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo y vulnera el principio de independencia de comportamiento de los agentes individuales que operan en el mercado afectado, que es un elemento esencial para el ejercicio de la libertad económica. Teniendo en cuenta las operaciones de concentración y fusión de las entidades financieras que se mencionan en el apartado 5 de los Hechos Probados, procede atribuir a las empresas o agrupaciones resultantes la responsabilidad correspondiente a cada una de las sociedades integradas, en cuyos derechos y obligaciones aquéllas se subrogan.

De la misma manera, debe considerarse grave la celebración de estos acuerdos entre las sociedades de medios de pago, no sólo en cuanto se trata de entidades directamente competidoras entre sí que unifican sus políticas comerciales, sino también por tratarse de grupos o asociaciones en las que se integran las propias

entidades financieras, sirviendo de lugar común para pactar las conductas de éstas en relación con los medios de pago.

Sobre esta base, es preciso considerar los demás elementos que el artículo 10 LDC establece como criterios determinantes para fijar la cuantía de la sanción y, como más destacados, la dimensión del mercado afectado, que es de alcance nacional, las cuotas de mercado de las empresas imputadas, que es casi del cien por cien para las sociedades de medios de pago y muy elevada para las entidades financieras imputadas y el efecto restrictivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido general, como se desprende de las propias alegaciones de las imputadas sobre su realidad y necesidad. De la misma manera, debe valorarse en su justa medida el dato favorable a las imputadas de tratar de combatir el fraude detectado en los sistemas de pagos por tarjeta, aunque, como ya se ha dicho, hayan acudido para ello a medios ilegítimos, prohibidos por el ordenamiento jurídico español y sin apoyo alguno en las prácticas y directrices comunitarias o internacionales".

SEXTO.- Ciertamente el SDC en su Informe-Propuesta, pese a calificar los Acuerdos que nos ocupan como prácticas contrarias al Art. 1.1. a) de la LDC no propone la imposición de sanciones.

Sin embargo, la Resolución impugnada con base en la argumentación que se ha transcrito, justifica las multas a imponer, distinguiendo las que corresponden a las entidades financieras y las que corresponden a las SSMP, entre ellas la actora, a las que impone la misma multa de 600.000 euros, sin distinguir los volúmenes de compras diferentes, tal y como pretendía la recurrente.

El TDC entiende procedente la imposición de sanciones y considera como dato favorable a la hora de fijar la multa, la tan alegada voluntad de la recurrente de combatir el fraude, que ciertamente se ha detectado en ocasiones, en los sistemas de pagos por tarjetas. Pero no cabe olvidar y así lo señala el TDC y es asumido por la Sala que las conductas contempladas tenían un claro efecto restrictivo de la competencia en el mercado contemplado y ese efecto restrictivo trascendente, hace ajustada a derecho la imposición de una sanción que tenga en cuenta dicha circunstancia de capital, importancia que en cuanto tal y por su naturaleza no se ve afectada por el hecho de que los volúmenes de compras con tarjetas pertenecientes a cada una de las SSMP sancionadas fuera diferente.

La necesaria individualización y el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones, hace que deba analizarse individual y concretamente la actuación de cada entidad sancionada, en este caso la actora SISTEMA 4B y lo cierto es que en relación a la misma y dada la naturaleza y relevancia de los hechos determinantes de la sanción, debe asumirse la argumentación del TDC al analizar el efecto restrictivo de tales conductas en la competencia, que no se ve afectado para la fijación de la multa, por los volúmenes de compras a la que la recurrente alude. Por esta razón, valorando también el dato favorable de su alegada voluntad de luchar contra el fraude, debe reputarse ponderada la multa impuesta en el marco de las multas previstas en el Art. 10 de la L.D.C." (fundamentos jurídicos cuarto a sexto)

Pues bien, respecto de las cuestiones planteadas en los referidos motivos segundo, tercero, sexto y octavo, en la Sentencia citada de 14 de febrero hemos dicho:

"PRIMERO.- [...] Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, y que sucintamente pueden resumirse así:

a) La lucha contra el fraude no solo constituye delito, sino que, ante la gravedad de sus efectos, las instituciones comunitarias han solicitado a las sociedades de medios de pago (SMP) que mejoren la seguridad de las tarjetas y que intensifiquen su cooperación en la persecución de este delito, citando en particular las Comunicaciones sobre un marco de actuación contra el fraude de los medios de pago, sobre los pagos de poco valor en el mercado interior, y sobre la prevención del fraude de los medios de pago distintos del efectivo-Documento COM de 1/7/98 y documento COM de 31/1/2000, y Documento COM 9/2/2001-, y cita la Decisión de la Comisión 89/95/CEE de 19/12/88 en la que se dice que el art. 85.1 TCE no resultaba aplicable a unos acuerdos suscritos entre competidores justificados en la necesidad de dotar de mayor alto grado de seguridad el sistema de pago. Añade que la cooperación instaurada en este caso carece de contenido económico y no responde a la determinación de una respuesta comercial uniforme.

b) Inexistencia de culpabilidad, como elemento esencial de la infracción, al no tener las entidades que suscribieron el acuerdo intención alguna de restringir la competencia ni determinar una respuesta comercial uniforme, sino de luchar contra el fraude, conforme a lo instado por las autoridades comunitarias, como así lo entiende el SDC y el propio TDC al graduar la sanción con esta base, y la propia Sala de la Audiencia Nacional ya que el art. 10 LDC, no hace referencia al elemento volitivo para fijar la sanción.

c) Lesión del principio de proporcionalidad al imponérseles 600.000 euros a las sociedades recurrentes que son asociaciones empresariales sin volumen de ventas, siendo el máximo que se les podría imponer la de 901.518,16 €, mientras que la multa impuesta a las entidades financieras ascendió a 300.000 €, que sí tienen volumen de ventas, lo que evidencia la desproporción entre unas y otras.

Con esta fecha se dicta sentencias en los recursos de casación nºs 2241/2004 y 17/2005, cuyos fundamentos jurídicos deben ser tenidos en cuenta en el presente.

SEGUNDO.- Es interesante para comprender los mecanismos del sistema de pago mediante tarjetas de crédito o débito hacer su descripción, tal cual ha sido elaborado en el informe de 1 de julio de 1999 por el TDC:

<<"La mecánica más usual de funcionamiento de una tarjeta de crédito o débito es la siguiente:

Un cliente adquiere en un establecimiento comercial un producto o servicio determinados y paga mediante la exhibición y procesamiento de su tarjeta; el comerciante se resarce de dicho importe aplicando a su banco el mandato de pago hecho por el cliente a través de la tarjeta; ese banco, que recibe el nombre de banco adquirente cobra al comerciante un porcentaje de la cantidad anterior por prestar el servicio y a este porcentaje se le denomina tasa de descuento. El banco adquirente presenta a través del Sistema de compensación al banco emisor la suma antedicha disminuida en una cantidad que recibe nombre de tasa de intercambio. Esta tasa de intercambio es un porcentaje del valor de la transacción que cobra el banco emisor para resarcirse de todos los costes ajenos al proceso de emisión y pago final. Quien

responde ante el Sistema de pago de una tarjeta es siempre la entidad emisora, quien finalmente se lo repercutirá al titular de la misma. Por tanto, los elementos del Sistema son los siguientes:

a) Titular de la tarjeta. Es la persona cuyo nombre figura impreso en la tarjeta y que tiene derecho a utilizarla como medio de pago. Para ello suele abonar una cuota anual.

b) Establecimiento adherido. Es el establecimiento comercial cuya venta o servicio es abonado por el consumidor mediante tarjeta. El establecimiento adherido hace efectivo el importe de la operación mediante un ingreso que realiza en su favor la entidad de depósito adquirente.

c) Entidad emisora. Es la entidad de depósito que ha emitido la tarjeta y cuyo nombre figura también en la misma. Es el responsable ante el Sistema del buen fin de cualquier operación que se haga con cargo a la misma. La entidad o banco emisor es el banco del que es cliente el titular de la tarjeta.

d) Entidad adquirente. Es la entidad de depósito de la que es cliente el establecimiento comercial en el que efectúa sus compras el titular de la tarjeta. La entidad o banco adquirente paga al establecimiento comercial la transacción efectuada deduciendo del importe de ésta la tasa de descuento.

e) Sociedades de medios de pago. Son las entidades propietarias o concesionarias de la marca de las respectivas tarjetas y en su seno se realizan todas las operaciones de compensación de pagos. Respecto de las tarjetas bancarias en España son VISA ESPAÑA y SISTEMA 4B para las tarjetas VISA; SISTEMA 4B para las tarjetas 4B, Master Card y Maestro; y SISTEMA 6000 de la Confederación Española de Cajas de Ahorro para la Tarjeta 6000.

f) Tasas de descuento. Son las que cobran los bancos adquirentes a los comerciantes. Se negocian entre la entidad adquirente y el establecimiento adherido y se acuerdan, conforme a criterios comerciales, en un marco de libre competencia entre las entidades de crédito. Dicha negociación es la que permite, en cada caso concreto, la reducción o incluso la supresión de esa tasa.

g) Tasa de intercambio. Son las que la entidad emisora cobra a la entidad adquirente en el Sistema de compensación para cubrir los costes de sus servicios y riesgos de impago">>.

Se trata, por tanto, de un sistema libre en el que las entidades que lo instauran pueden seguir criterios comerciales diferentes de otras del mismo sector, dando mayores posibilidades de recuperación de los créditos impagados, o criterios más flexibles en el tratamiento de los establecimientos incurso en conductas morosas o menos rigurosos a la hora de controlar a los consumidores que usan el sistema de tarjetas de crédito. El establecimiento de comportamientos rígidos que impiden la conformación por los firmantes de un sistema diferente o más flexible, que pueda a su vez determinar la libertad de elección de las entidades de créditos, incluso, como dice el TDC, eliminando la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores, constituye sin duda un pacto colusorio incardinado en el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que se trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia, inclusión

que se extiende a las sociedades de medios de pago no solo por formar parte de ellas las entidades financieras, sino sobre todo por ser ellas las impulsoras de estos acuerdos.

La celebración del pacto colusorio, en cuanto tiene efectos en la competencia, es incardinable en el artículo primero, aunque no tenga una finalidad económica, ya que es suficiente que "produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia", y no cabe duda, como se dijo anteriormente, que ese efecto se consigue en el pacto en cuestión al impedir que cada sociedad de medios de pago actúe de diferente forma ante las irregularidades que puedan detectarse en los comercios adheridos.

El elemento de culpabilidad está presente en el pacto, y no puede excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el fraude, pues en ninguna de ellas se refiere al concierto entre empresas. En efecto como señala el TDC:

<<"Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que exceda estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude "intensificando la seguridad intrínseca al producto de pago ofrecido y a los sistemas de tramitación de las operaciones hechas mediante él, incluido el sistema electrónico de transmisión; perfeccionando la seguridad de los mecanismos de acceso condicional y selectivo a la utilización de sus productos de pago; creando estructuras para el intercambio de información; implantando programas de formación, especialmente destinados al propio personal de las entidades financieras", expresando además que "para garantizar el desarrollo armonioso y competitivo de los servicios de pago, se velará porque las medidas expuestas en los apartados a1 y a2 (las dos primeras de entre las transcritas) no obstaculicen injustificadamente la competencia". Ese texto, lo mismo que el contenido en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, también citada por las partes en sus escritos de conclusiones, que toma únicamente en consideración como medidas a adoptar por las entidades privadas en su lucha contra el fraude el intercambio de información (punto 2) y el empleo de las tecnologías y técnicas operativas más avanzadas (punto 4), ponen de relieve que la cooperación que tratan de impulsar las Autoridades comunitarias se refiere exclusivamente al intercambio de información, dentro del respeto a los derechos individuales y a la libre competencia, sin que en ningún momento exista ninguna indicación o afirmación que permita suponer que se alienta la concertación o la adopción de políticas comerciales uniformes frente a los casos de fraudes e impagos">>.

Se trata, por tanto, de recomendaciones en relación con el intercambio de información, pero que siempre respetan la libre competencia, pensando sin duda que es ésta la mejor fórmula, sobre cualquiera otra, en la lucha contra el fraude.

Basta una simple lectura de los acuerdos sancionados para darse cuenta de que muchas de las situaciones que contempla no son constitutivas de fraude, sino de protección al Sistema. En efecto, bajo el epígrafe "Exclusión inmediata", se contemplan situaciones de simple estrategia comercial, como son las referentes a la

autofinanciación, no ajuste al tipo de venta del establecimiento, actividad no autorizada (teléfono erótico, tarot, etc), que, aunque en algunos casos puedan ser encubridores de estas conductas ilícitas, no siempre es así, y cabe que se realicen por establecimientos comerciales y que unas entidades financieras las admitan y otras no.

TERCERO.- En relación con la lesión del principio de proporcionalidad, cabe señalar que si se divide la multa que el art. 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas -hasta 901.518,16 €- en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se observa que la impuesta se encuentra en el grado medio, lo que se ajusta a criterios razonables, teniendo en cuenta la compensación que se induce de la resolución del TDC entre las agravantes de los apartados a), b) y c) del apartado 2. del artículo 10 -tratarse de entidades competidoras entre sí, el alcance nacional del mercado afectado y sus cuotas de mercado-, y la atenuante de tratar de combatir el fraude, por lo que debe considerarse proporcional la imposición de la sanción en su grado medio alto, al ser mayor el número de agravantes. Desde la otra perspectiva que denuncia la recurrente, no existe tratamiento discriminatorio con las entidades financieras sancionadas, pues la Ley no expresa que deba atenderse al grado de solvencia o suficiencia económica del infractor, por lo que este dato resulta irrelevante a los pretendidos efectos de adecuar el importe.

El límite del 10% del volumen de ventas opera no como restricción de aquella cuantía máxima, que sigue siendo de 150 millones de pesetas, sino de su posibilidad de incremento, que, aunque factible, tiene ese techo porcentual. Ahora bien, el TDC pone de manifiesto en su resolución la razón, por lo demás lógica, de las diferencias entre las entidades financieras y las sociedades de medios de pago en relación con la dimensión del mercado afectado que es de alcance nacional. Pues bien, dentro de este mercado las cuotas en él de las entidades imputadas son diferentes, casi el cien por cien para las sociedades de medios de pago, sin llegar a este extremo el de las otras entidades financieras. Estas distintas cuotas justifican sobradamente las diferentes cuantías de las multas, por lo que tampoco aquí es apreciable lesión del principio de proporcionalidad." (fundamentos primero a tercero)

Estas razones conducen a la desestimación de los motivos señalados.

TERCERO.- Sobre el motivo primero, relativo al cambio en la calificación de los hechos.

En el motivo primero del recurso de casación se aduce la infracción del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y del artículo 20 del Reglamento sobre el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), con infracción del artículo 24 de la Constitución , al haber cambiado el Tribunal de Defensa de la Competencia la calificación de los hechos efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia. Arguye la parte que el Servicio de Defensa de la Competencia había planteado en su informe la posibilidad de que los acuerdos investigados no fueran contrarios a la competencia; que los calificó, en todo caso, de infracción leve; y que, en definitiva, no propuso la imposición de sanción alguna. Por todo ello se debía haber hecho uso de la posibilidad contemplada en el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia de dar ocasión a los interesados para que alegasen en relación con el cambio en la calificación, sin lo cual se le ha causado a la entidad actora una indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución .

Sobre esta cuestión, la Sentencia impugnada había expresado lo siguiente:

"TERCERO.- El expediente que culmina en la Resolución impugnada, se inicia por denuncia de PAES SKI, presentada el 3 de Marzo de 1.999 ante el SDC contra SERMEPA y Deutsche Bank, a la primera se le acusaba de haber abusado de su posición de dominio al haber retirado el TPV de su comercio y al segundo de haber promovido dicha exclusión. Posteriormente el 26 de Mayo de 1.999 PAES SKI, amplió la denuncia a determinadas entidades financieras y a la recurrente y otras dos entidades SSMP aportando un acta de la precitada reunión del Grupo Mixto de 20 de Abril de 1.994.

Seguida la tramitación oportuna el 23 de Marzo de 2001, el SDC emitió Informe-Propuesta que elevó al TDC, en el que además de sobreseer la parte relativa a supuestas infracciones de los Arts. 6 y 7 de la LDC, consideraba los dos Acuerdos de 20 de Abril de 1.994 y el anterior al 10 de Junio de 1.999, como practicas contrarias al Art. 1.1.a) de la LDC, pero sin embargo no los consideraba sancionables.

Con base en este Informe del SDC, la recurrente alega en primer lugar que se habrían infringido los Arts. 43 de la LDC y 20 del Real Decreto 1398/93, habiéndose prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que sería motivo de nulidad y le habría generado indefensión.

El Art. 43 de la LDC establece: "Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver".

La actora, considera que el TDC debió haber convocado al Instructor del expediente en el SDC, por cuanto en éste se consideraba que no era adecuada la imposición de sanción, por razones similares a las que en el Informe ulterior de 11 de Mayo de 2001, se informaba favorablemente a la posible autorización singular de los Acuerdos, habiéndosele generado indefensión al no haber podido conocer la gravedad de la infracción y de la sanción impuesta hasta la Resolución hoy impugnada.

Pese a las alegaciones efectuadas y atendidos los preceptos señalados por la recurrente, debe precisarse: A) Que la omisión de cualquier trámite procedimental sólo puede comportar la Nulidad del procedimiento cuando haya tenido una relevancia tal que haya generado indefensión; B) Que el Informe-Propuesta del SDC, contiene la misma calificación que la Resolución impugnada, a saber "acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el Art. 1 de la LDC", aún cuando exista diferente criterio respecto a la procedencia de sanción, y es lo cierto, que el Art. 43 de la LDC citado, hace referencia a la modificación de la calificación, precepto éste al que habrá de estarse, en cuanto específico en la regulación de los procedimientos en el marco de la Ley de la Competencia, sin que por tanto resulte aplicable la normativa genérica establecida en el Art. 20 del Real Decreto 1398/93, que regula el procedimiento general para el ejercicio de la potestad sancionadora, al que alude la recurrente.

Por lo demás y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá respecto a la sanción impuesta, lo cierto es, que la recurrente pudo alegar y alegó y así consta documentado, cuanto estimó oportuno tanto en relación a los hechos, como en lo referente a la calificación que de los mismos se hacía, por lo que no cabe apreciar

ninguna indefensión. El tenor del Art. 43 LDC, al que se refiere la actora hace referencia a la calificación efectuada por el SDC, discrepante de la contemplada por el TDC, y es lo cierto, que en el caso de autos el SDC decide sobreseer por las supuestas infracciones de los Arts. 6 y 7 (lo que confirmó el TDC por Resolución de 3 de Abril de 2002), y sin embargo, aunque los reputa no sancionables los Acuerdos, los califica igual que el TDC en la Resolución impugnada como practicas contrarias al Art. 1.1.a) de la LDC. No ha existido, pues, ni indefensión al haber alegado la recurrente lo que estimó oportuno en relación a esa infracción, ni se da el supuesto del Art. 43 de la LDC, por lo que no cabe apreciar que se hubiera prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido." (fundamento jurídico tercero)

El motivo ha de ser rechazado, puesto que no se ha producido el supuesto de cambio de calificación contemplado en el citado artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, lo que dicho precepto prevé es la necesidad de que las partes se pronuncien cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia haya optado por un cambio en la calificación jurídica de los hechos respecto a la efectuada por el Servicio que suponga una alteración de los términos del debate tal como éste se ha producido tanto ante el Servicio como ante el propio Tribunal. De hecho, el trámite de alegaciones contemplado en el artículo invocado se produce ya finalizado el procedimiento ante el Tribunal y con suspensión del plazo para resolver.

Pues bien, nada de ello se ha producido en el presente caso, en el que ni siquiera se ha producido un cambio en la calificación jurídica de los hechos sometidos a investigación, sino tan sólo una divergencia respecto a la gravedad de la infracción y a la pertinencia o no de sanción. En efecto, en todo momento se ha discutido ante el Servicio y ante el Tribunal y respecto a ello han alegado las partes, sobre si los acuerdos entre las entidades mercantiles finalmente sancionadas eran o no contrarios al derecho de la competencia por constituir acuerdos colusorios prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Así pues, las argumentaciones de las partes, tanto ante el Servicio como ante el propio Tribunal, eran perfectamente idóneas para su derecho de defensa, que han ejercido sin cortapisas y sin que se haya producido el más mínimo asomo de indefensión.

CUARTO.- Sobre el motivo cuarto, relativo a los tipos penales sobre el uso de las tarjetas de pago.

El cuarto motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia interpretativa de los artículos 248.2 y 392 del Código Penal y de la normativa comunitaria que define los delitos en relación con el uso de las tarjetas de pago. Expone la parte actora en este motivo que los citados preceptos sancionan expresamente el fraude a través de las tarjetas de pago -el uso de una tarjeta robada, extraviada o falsificada por quien no es su titular- como una actividad delictiva, tipificándola como delito de estafa en el primero de ellos y como delito de falsedad en documento mercantil en el artículo 392 en relación con el 390.1.3º del Código Penal, citando jurisprudencia aplicativa de dichos preceptos. Seguidamente se extiende sobre la necesaria cooperación en la lucha contra dichas actividades delictivas por parte de las entidades responsables de las tarjetas de pago, colaboración requerida por las autoridades judiciales y policiales nacionales así como por la normativa comunitaria. Por todo ello entiende que, en contra de lo que se afirma en la Sentencia impugnada, la actora no se está "inventando" las conductas que son o no fraudulentas, y que la referida resolución de instancia es contraria a la jurisprudencia que interpreta los artículos citados del Código Penal y a la normativa comunitaria que define los delitos en las

tarjetas de pago.

El motivo debe ser rechazado de plano, puesto que toda la argumentación que se ha sintetizado es por completo ajena a la denuncia de preceptos o jurisprudencia concreta que tenga que ver con la aplicada por la Sentencia recurrida. En efecto, no es precisa una argumentación muy desarrollada para poner en evidencia que una cosa son los preceptos citados, que sancionan unas determinadas conductas tipificadas en el Código Penal, así como la jurisprudencia aplicativa de los mismos, y otra perfectamente distinta el que determinados acuerdos entre sociedades mercantiles puedan resultar contrarios al derecho de la competencia. Y el hecho de que tales acuerdos se celebrasen con la intención de cooperar con la lucha contra dichos tipos delictivos no hace que la sanción administrativa de aquéllos pueda reputarse contraria ni a la citada jurisprudencia, ni a la legislación nacional o comunitaria que tipifica dichos delitos. Y ello con independencia de que, como es natural, tanto dicha jurisprudencia como la normativa alegada invoquen la colaboración de las entidades responsables de las tarjetas de pago. La cuestión en debate, totalmente ajena a la argumentación de la parte en este motivo, es que en su actuación encaminada a combatir el fraude con las tarjetas de pago, las entidades sancionadas han incurrido en conductas prohibidas por el derecho de la competencia, en concreto por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y es esta infracción la que ha determinado la imposición de sanciones.

QUINTO.- Sobre el motivo quinto, relativo al estado de necesidad.

Entiende la parte actora en este motivo que se ha infringido la jurisprudencia de este Tribunal en relación con el principio penal del estado de necesidad, que sería aplicable al procedimiento administrativo sancionador. Al igual que el anterior motivo, debe ser rechazado de plano por ser totalmente infundado. Tal como dice la Sentencia recurrida y en contra de lo que parece creer la actora, una cosa es la colaboración contra el fraude y otra que determinados acuerdos con competidoras sean medios legítimos en la lucha contra el fraude. Resulta en todo punto evidente que tal cooperación, como la propia lucha contra el delito por parte de los que tienen encomendada semejante tarea, debe hacerse dentro de la legalidad. Y la determinación por parte de la Sentencia impugnada de que la entidad recurrente transgredió la legislación de defensa de la competencia ni resulta contraria a la previsión legal de los tipos penales que se trataba de combatir -lo que se tuvo en cuenta como elemento atenuante en la determinación de la sanción- ni, en modo alguno, puede hablarse de estado de necesidad para evitar la comisión de determinados delitos. Sin necesidad de entrar detenidamente en la configuración de lo que se define como estado de necesidad en el Código Penal y en su jurisprudencia aplicativa, es evidente que dicha figura se delimita como una causa de exclusión de la antijuridicidad determinada por una situación concreta y perentoria, supuesto completamente al margen de unos acuerdos que no se celebran "para evitar un mal propio o ajeno" concreto y determinado, sino como una forma de asegurar de manera genérica el uso adecuado de las tarjetas de pago.

SEXTO.- Sobre el motivo de casación séptimo, relativo a la supuesta arbitrariedad de las sanciones impuestas.

En el motivo séptimo del recurso de casación la parte aduce la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia por la supuesta arbitrariedad e irracionalidad de dichas sanciones. Aunque distinto en su argumentación, el motivo debe ser desestimado por las mismas razones expuestas en relación con el octavo,

referido al principio de proporcionalidad. En efecto, ni se ha infringido el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia ni el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución. El Tribunal de Defensa de la Competencia razonó sobre los criterios que le llevaban a imponer las sanciones que se impusieron, y lo mismo hace la Sentencia impugnada en su fundamento de derecho quinto, reproducido supra. Pues bien, tales razonamientos ponen de relieve no solamente que no se infringió el principio de proporcionalidad, sino que la determinación de las sanciones respondió a argumentos razonables y plausibles, de los que la parte puede legítimamente discrepar, pero que en modo alguno pueden tacharse de arbitrarios o irracionales.

SÉPTIMO.- Conclusión y costas.

Al no prosperar ninguno de los motivos en que se funda el recurso de casación, éste debe ser desestimado. En aplicación de lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen la costas a la parte que ha sostenido el recurso.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Sistema 4-B, S.A. contra la sentencia de 12 de noviembre de 2.003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 287/2.002. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez- Cruzat.-Firmado.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-