

Id Cendoj: 28079130032008100072
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 459 / 2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x

Resumen:

No se aprecia incongruencia omisiva en la sentencia de instancia. Acuerdo para establecer las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con tarjetas de crédito. Coordinación respecto de las practicas que se consideran irregulares. Se remite a los precedentes jurisprudenciales que resuelve supuestos similares.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil ocho.

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 459/2.005, interpuesto por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, representada por la Procuradora D^a Lucila Torres Rius, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 18 de noviembre de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 278/2.002, sobre denuncia por conductas supuestamente prohibidas por los *artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia*, consistentes en abuso de posición dominante, competencia desleal y realización de acuerdos colusorios (expte. 515/01 del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1955/99 del Servicio de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y PAES SKI, S.L., representada por el Procurador D. Juan Antonio Fernández Múgica.

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 18 de noviembre de 2.004, desestimatoria del recurso promovido por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2.002 recaída en el expediente 515/01 (1955/99 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por la denuncia formulada por la sociedad Paes Ski, S.L. por abuso de posición de dominio, por competencia desleal y por adopción de acuerdos anticompetitivos. Dicha resolución declara que la recurrente, entre otras sociedades, 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 en providencia de la Sala de instancia de fecha 17 de diciembre de 2.004, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo

emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid ha comparecido en forma en fecha 7 de febrero de 2.005, mediante escrito interponiendo recurso de casación que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del *apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del *artículo 24, en relación con el 120.3* , ambos de la Constitución, y del *artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* ;

- 2º, basado en el apartado 1.d) del mencionado *artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción* , por infracción del *artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 1 de julio, de Defensa de la Competencia* y de la jurisprudencia;

- 3º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, por infracción de la normativa comunitaria que recomienda la adopción de medidas de lucha contra el fraude existiendo ya antecedentes que demuestran que la cooperación contra el fraude no es restrictiva de la competencia;

- 4º, también basado en el apartado 1.d), por infracción del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* , y

- 5º, que igualmente se ampara en el apartado 1.d), por infracción de la jurisprudencia que entiende aplicables los principios penales al derecho administrativo sancionador.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se revoque la impugnada y, en consecuencia se declare nula de pleno derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2.002, dictada en el expediente 515/01, por haberse conculcado absolutamente el procedimiento legalmente establecido y por haberse producido indefensión, vulnerándose el *artículo 24* de la Constitución; subsidiariamente, que se anule o revoque y deje sin efecto la misma resolución, declarando no haber incurrido Caja Madrid en una práctica prohibida por el *artículo 1.1.a) de la Ley de la Competencia* o en su defecto declarando no haber lugar a sanción; subsidiariamente, que se anule o revoque y deje sin efecto la resolución en cuanto a la cuantía de la multa de 300.000 euros impuesta a Caja Madrid rebajando la misma e imponiendo en su lugar una cuantía mínima o muy inferior; que se condene al Tribunal de Defensa de la competencia a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con las consecuencias de que las mismas se deriven y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada, como entre otras, adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto las actuaciones llevadas a cabo en ejecución de la resolución impugnada, abonando los gastos ocasionados, así como los daños y perjuicios que se hayan provocado. En cuanto a las costas manifiesta que no procede en ningún caso su imposición.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 12 de abril de 2.007 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2.002 impugnada en autos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Paes Ski, S.L., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto.

QUINTO.- Por providencia de fecha 12 de noviembre de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 19 de febrero de 2.008, 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 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid impugna la Sentencia de 28 de noviembre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso entablado contra resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2.002.

La parte dispositiva de dicha resolución establecía lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar que VISA ESPAÑA-SERMEPA, SISTEMA 4B, CECA/SISTEMA 6000, Banco Central Hispano, Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), banco de Sabadell, Banco Popular, Banco de Santander, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), Caja Postal-Argentaria, Banco Atlántico y Banco Bilbao Vizcaya han incurrido en una práctica prohibidas 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 necesarias 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.

SEGUNDO.- Imponer a cada una de las sociedades de medios de pago imputadas, VISA ESPAÑA/SERMEPA, SISTEMA 4B, CECA/SISTEMA 6000, una multa de 600.000 euros, al Banco Santander Central Hispano S.A. 600.000 euros, como subrogado en las responsabilidades declaradas del Banco Central Hispano y del Banco de Santander, al Banco Española de Crédito S.A. (Banesto) una multa de 300.000 euros, al Banco de Sabadell S.A. una multa de 300.000 euros, al Banco Popular Español S.A. una multa de 300.000 euros, a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid) una multa de 300.000 euros, al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) 600.000 euros, como subrogado en las responsabilidades declaradas del Banco Bilbao Vizcaya y del Banco Argentaria Caja Postal y al Banco Atlántico S.A. una multa de 300.000 euros.

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

CUARTO.- Ordenar, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación, a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

En caso de incumplimiento se impondrá a cada uno de los sancionados una multa coercitiva de 900 euros por cada día de retraso en la publicación."

La Sentencia de instancia funda su fallo desestimatorio en las siguientes razones jurídicas:

"SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada, que pueden resumirse como sigue:

El día 20 de Abril de 1.994 se reunió en Madrid el llamado Grupo Mixto, integrado por representantes de varias entidades financieras, entre ellas la hoy actora, con objeto de aprobar unos criterios comunes para la exclusión y rehabilitación como usuarios de los correspondientes sistemas de medios de pago de los establecimientos comerciales en los que se hubieran detectado actividades fraudulentas u otra clase de actuaciones irregulares en los pagos mediante tarjetas.

En dicho Acuerdo, las partes definieron en común cuáles eran los casos en los que procedía hacer un apercibimiento a los comercios que reuniesen las condiciones acordadas por aquéllas para calificarlo como infractor, pactaron la forma, plazos y requisitos para la expulsión de los respectivos sistemas de medios de pago de los comercios infractores, que debía ser ejecutada por las entidades financieras adquirentes, que se comprometían a retirar de aquéllos la máquina facturadora, TPV y material adicional destinado a la aceptación de tarjetas y unificaron sus criterios sobre las condiciones y actuaciones exigibles para rehabilitar a comercios excluidos.

En fecha no exactamente determinada, no posterior al 10 de Junio de 1.999, las dos empresas titulares de los sistemas de medios de pago realizaron un acuerdo denominado "Criterios de exclusión y rehabilitación de establecimientos", en el que se pactaron las condiciones que debían guiar la actuación coordinada de ambos sistemas de medios de pago en relación con los establecimientos comerciales en los que se hubieran producido impagos en las ventas de bienes o servicios mediante tarjetas de crédito.

Los acuerdos adoptados fueron inmediatamente puestos en práctica, tanto por las sociedades de medios de pago como por las entidades adquirentes y han venido constituyendo el marco común de su actuación frente a las operaciones comerciales fallidas derivadas de irregularidades en los pagos mediante tarjetas.

TERCERO.- La lectura de la resolución impugnada, y el examen del expediente administrativo revelan que se ha acreditado no solo la adopción de un acuerdo sino la puesta en práctica de las decisiones correspondientes, con la constitución de un marco común de actuación de las entidades bancarias y las de medios de pago frente a las operaciones comerciales fallidas derivadas de irregularidades en los pagos mediante tarjetas.

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 un Acuerdo como el contemplado, en cuanto que determina una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tiene un objeto restrictivo para la competencia: como claramente razona el acto administrativo impugnado con este acuerdo los Bancos, no compiten sino que coordinan sus políticas comerciales, de manera que un establecimiento "castigado" no podrá acceder a otra entidad de crédito. Así todos ellos saben que el resultado de su actuación coordinada en el tratamiento de determinados clientes no va a propiciar la pérdida de un cliente por una entidad financiera en beneficio de otra.

En relación con la alegada finalidad "preventiva" de estas prácticas, el ordenamiento jurídico tiene medios para la prevención y punición del fraude, sin olvidar el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de Julio de 1.998, transcrito en la Resolución impugnada en el que, aún cuando se exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude se establece con toda claridad que las medidas que se tomen no pueden obstaculizar injustificadamente la competencia, no correspondiendo a entidades 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.

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.

CUARTO.- En cuanto a la falta de prueba, resulta contradictoria esta alegación con la siguiente, según la cual, no puede ordenarse el cese de una conducta (que previamente niegan haber cometido) porque "el cese de esta práctica traería como consecuencia el riesgo para el sector de que proliferen las operaciones fraudulentas", consideraciones vertidas en la demanda que igualmente contradicen la pretendida ausencia de dolo o culpa.

En cuanto a la alegada prescripción, si bien el acuerdo anticompetitivo se adoptó el 20 de abril de 1.994, con posterioridad tuvo lugar su puesta en práctica mediante el intercambio de información y coordinación de las conductas en relación con los establecimientos comerciales, que por otra parte es precisamente la acusación formulada por el Servicio de Defensa de la Competencia en el Pliego de concreción de hechos. En estos queda meridianamente claro que se acusa a los expedientados de ser autores de una conducta prohibida, por lo tanto, no puede prosperar la alegación de que se ha infringido su derecho de defensa porque no se propone la imposición de una concreta sanción: la expedientada hoy actora conoció con precisión los hechos que a juicio del S.D.C. eran constitutivos de una infracción, y el precepto que tipifica tales conductas como infracción acreedora de una sanción.

En relación con la infracción del principio non bis in idem, la circunstancia de que las entidades financieras sancionadas sean accionistas de las empresas de medios de pago electrónicos no supone que unas y otras deban ser considerados como una única persona jurídica acreedora de una única sanción.

Finalmente, las propias autoridades de competencia acordaron sobreseer el expediente en relación con la posible infracción del *artículo 7 L.D.C.* por lo que no altera el resultado de este recurso la circunstancia de que la Audiencia Provincial de Madrid haya considerado igualmente en un litigio civil seguido entre la empresa denunciante y un tercero la falta de prueba de competencia desleal.

QUINTO.- Finalmente se alega que es frecuente la reducción del importe de la sanción y que su imposición, daña el sistema de prevención. Tanto la sanción como su importe se encuentran, a juicio de esta Sala absolutamente justificados: la comisión de una infracción con dolo o culpa del autor debe ser sancionada. En cuanto al importe de la multa, según lo dispuesto por el *artículo 10 L.D.C.*, la resolución impugnada recoge la afectación del interés público, la dimensión del mercado afectado, de alcance nacional, las cuotas de mercado de las empresas imputadas, muy elevado en el caso de las entidades financieras y del 100% (casi) en el de las sociedades de medios de pago, el efecto restrictivo de la competencia que ha sido general, y "el dato favorable de tratar de combatir el fraude" aunque sea con medios ilegítimos, lo que a juicio de esta Sala constituye una motivación razonable y suficiente.

Igualmente, la Ley impone su publicación, precisamente por tratarse de un tipo de conductas donde se aprecia una especial afectación del interés público, y en concreto, de la libre competencia, lo que aconseja especialmente el conocimiento por los administrados de la actuación administrativa de represión de unas prácticas que son contrarias a la misma." (fundamentos de derecho segundo a quinto)

El recurso de casación se articula en cinco motivos. El primero de ellos se ampara en el *apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley* jurisdiccional, y se basa en la alegación de una supuesta falta de motivación contraria a los *artículos 24 y 120.3 de la Constitución* y el *218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Los restantes cuatro motivos se acogen al *apartado 1.d)* de la citada Ley de la Jurisdicción y en ellos se aducen las siguientes infracciones: en el segundo motivo, la del *artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio)*, por no estar comprendida la conducta sancionada entre las prohibidas por dicho precepto; el tercer motivo se funda en la supuesta vulneración de la normativa comunitaria que recomienda la adopción de medidas de lucha contra el fraude; en el cuarto motivo se alega la infracción del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia*, por vulneración del principio de proporcionalidad; finalmente, el quinto motivo se basa en la infracción de la jurisprudencia que considera aplicables los principios penales al derecho administrativo sancionador.

SEGUNDO.- Sobre los precedentes del presente asunto.

Antes de entrar en el examen de los motivos que se han sintetizado en el fundamento jurídico anterior, conviene señalar que con anterioridad al presente asunto esta Sala se ha pronunciado ya sobre otras Sentencias de la Audiencia Nacional en las que se impugnaba la misma resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia a instancias de otras entidades igualmente sancionadas. Por ello, podemos anticipar ya que todas las cuestiones planteadas en los motivos en que se funda el presente recurso han sido examinadas y resueltas en dichas Sentencias, a cuya doctrina hemos de atenernos, sin perjuicio del análisis específico de los términos en que se plantea el recurso formulado por la entidad Caja Madrid.

Las Sentencias a las que nos referimos son las siguientes: en primer lugar, cuatro deliberadas conjuntamente y que son de la misma fecha, el 14 de febrero de 2.007, recaídas en los recursos de casación 1.904/2.005, 974/2.004, 224/2.004 y 17/2.005; es en la primera de ellas en la que se incorpora el examen de la mayor parte de las cuestiones planteadas, en términos esencialmente similares, en la generalidad de los recursos. A las anteriores les siguen las dos Sentencias dictadas también de forma simultánea el 27 de febrero de 2.007, las recaídas en los asuntos 2.071/2.005 y 7.130/2.005.

TERCERO.- Sobre el primer motivo, relativo a la incongruencia omisiva.

Afirma la entidad actora que la Sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva por no haber dado respuesta a una serie de cuestiones diversas, que se pueden agrupar en las relativas a la antijuridicidad de la conducta sancionada (en esencia, que se trata de prácticas habituales y toleradas por la Administración encaminadas a luchar contra el fraude) y las referidas a la diferencia de criterio entre el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que debería haber conducido a una profundización del expediente instructor, con trámite de alegaciones a la recurrente; la irregularidad en el procedimiento habría originado que Caja Madrid no conociera la gravedad de la infracción imputada hasta la resolución de 3 de abril de 2.002, con la consiguiente indefensión.

Debe señalarse que la actora yuxtapone en este motivo quejas que responden a la formulación del

motivo sobre incongruencia omisiva con otras relativas a supuestas infracciones cometidas en el procedimiento administrativo sancionador, que deberían formularse en motivos amparados en el *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En cuanto al planteamiento propio de este primer motivo, por la supuesta incongruencia omisiva o falta de respuesta en la Sentencia recurrida, el mismo ha de ser rechazado. Con respecto a las alegaciones relativas a la antijuridicidad de la conducta sancionada, es en todo punto evidente que al considerar la Sala juzgadora que la actuación por la que se sancionó a la actora y a las demás entidades crediticias constituían conductas prohibidas por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, se están descartando expresamente todos los argumentos encaminados a impugnar la antijuridicidad de dicha conducta, al margen de que, incluso en su literalidad, la Sentencia se refiere a las cuestiones expresadas por la recurrente.

En cuanto a las quejas relativas al procedimiento, realmente no achacan una incongruencia omisiva a la Sentencia recurrida, sino que denuncian la irregularidad mencionada más arriba respecto a las consecuencias de la diferencia de criterio entre el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. En todo caso, aun si se interpreta esta alegación en el sentido de que la Sentencia de instancia no se pronuncia sobre tal cuestión, la queja tampoco puede prosperar. En efecto, en el fundamento de derecho cuarto queda claro que la Sala sentenciadora tuvo presente dicha circunstancia, a la que se refiere de forma expresa; así, al rechazar la existencia de prescripción, pone de relieve que no hubo indefensión alguna, puesto que la actora conoció en todo caso los hechos que el propio Servicio consideró constitutivos de infracción -aunque no propusiera sanción-, que son los mismos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución sancionadora. Estas consideraciones suponen ya un rechazo más que suficiente a la queja por la alegada infracción procedimental.

CUARTO.- Sobre los motivos segundo y tercero, relativos a la antijuridicidad de la conducta.

En relación con la antijuridicidad de la conducta, la actora invoca la infracción del *artículo 1.1.a) de la Ley de la Competencia*, por no estar comprendida la conducta sancionadas entre las prohibidas por dicho precepto (segundo motivo), y la de la normativa comunitaria que recomienda la adopción de medidas contra el fraude (tercer motivo).

Respecto a la antijuridicidad de la conducta, la Sentencia recurrida respondía en los fundamentos ya reproducidos supra. Y esta Sala ya se pronunció frente a alegaciones semejantes en nuestra Sentencia de 14 de febrero de 2.007 (RC 1.904/2.005), en la que dijimos lo siguiente:

"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 incursos 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." (fundamento de derecho segundo)

Las mismas consideraciones conducen a la desestimación de ambos motivos.

QUINTO.- Sobre el motivo cuarto, relativo al principio de proporcionalidad.

En el motivo cuarto la actora denuncia la infracción del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia*, por no tener en cuenta los criterios estipulados en el mismo al determinar la multa impuesta.

En relación con el principio de proporcionalidad cuya infracción se aduce, en definitiva, en este motivo, la Sentencia impugnada se pronunciaba en el fundamento de derecho quinto, igualmente transcrito. Y frente a una queja análoga, en nuestra Sentencia ya citada de 14 de febrero de 2.007, dijimos:

"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." (fundamento de derecho tercero)

Por las razones expuestas en ambas Sentencias, la de instancia y la propia de esta Sala que se ha reproducido, el motivo debe ser rechazado.

SEXTO.- Sobre el motivo quinto, relativo a la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador.

Aduce la actora que la Sentencia recurrida ha infringido determinados principios penales que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, son aplicables al procedimiento administrativo sancionador. En concreto, la parte se refiere a los principios de culpabilidad, tipicidad y prueba.

El motivo debe ser rechazado, por las razones ya expuestas en los anteriores fundamentos de derecho. No está en duda la virtualidad de dichos principios en el procedimiento administrativo sancionador, y los mismos han sido considerados y aplicados correctamente tanto por la resolución administrativa sancionadora de la que trae causa el presente recurso como por la Sentencia impugnada en el mismo. Así

se deriva de las razones expuestas en nuestra retiradamente citada Sentencia de 14 de febrero de 2.007 , así como en las restantes mencionadas en el fundamento de derecho segundo de ésta, razones perfectamente aplicables a la queja formulada por la parte en este motivo.

SÉPTIMO.- Conclusiones y costas.

La desestimación de todos los motivos en que se funda el recurso conlleva la de éste. Se imponen las costas a la sociedad recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* .

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 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra la sentencia de 18 de noviembre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 278/2.002 . Se imponen las costas 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-Cruza.-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.-