

Id. Cendoj: 28079130032009100211
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 02/06/2009
Nº de Recurso: 6191/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción por prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. Recurrente: BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil nueve

En el recurso de casación nº 6191/2006, interpuesto por el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., representado por el Procurador Don Emilio García Guillén, y asistido por letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de octubre de 2006, recaída en el recurso nº 280/2002, sobre sanción por prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2003 que sancionó al recurrente con una multa de 300.000 euros al haber incurrido en una práctica prohibida del 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 tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimiento en los que se detectes prácticas irregulares, intimando a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas y ordenando 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.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Entidad recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 27 de noviembre de 2006, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 17 de enero de 2007, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, considerándose vulnerados los artículos 120.3 y 24 de la Constitución, 11 de la LOPJ, 218 de la LEC y 33 y 67 de la Ley de la Jurisdicción, por falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia recurrida.

2) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del art. 12.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por prescripción de la infracción sancionada.

3) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por indebida aplicación, en relación con los artículos 127, 129 y 130 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, por no ser la conducta imputada al recurrente ni típica, ni antijurídica ni culpable.

4) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del principio de proporcionalidad sancionadora, considerándose vulnerados los artículos 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y 131 de la Ley 30/1992, así como la jurisprudencia recogida entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo.

Terminando por suplicar dicte sentencia declarando haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y anulando la resolución por no ser la misma conforme a Derecho.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 18 de julio de 2007, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 22 de noviembre de 2007 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo, lo que hizo mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2007, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 17 de febrero de 2009, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 26 de mayo siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Oscar Gonzalez Gonzalez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por el Banco Español de Crédito S.A. contra el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) que, en primer lugar, declaró que dicha entidad había incurrido en una práctica prohibida del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), por haber realizado acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimiento en los que se detecten prácticas irregulares, en segundo término, le impuso una multa de 300.000 euros, lo intima para que se abstenga en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas ilegales y le ordena en el plazo de dos meses a contar desde su notificación a la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

El Tribunal de instancia declaró probado los siguientes hechos:

"1) EL 20 de abril de 1994 se reúne en Madrid el llamado Grupo Mixto" que agrupa a Visa España, Sistema 4B, y entre otras entidades financieras, el "Banco Español de Crédito SA" para 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. Definieron en común los supuestos en los que podía realizarse un apercibimiento a los comerciantes, las condiciones para calificarlos como infractores, la forma, plazos y requisitos para la expulsión de los respectivos sistemas de los medios de pago, de los comercios infractores, que debía ser ejecutado por las entidades financieras adquirentes.

2) Estos acuerdos fueron puestos de forma inmediata en práctica, y han sido el marco de actuación de las entidades del sector.

3) El 3 de marzo de 1999 Paes Ski SL. denunció ante el SDC los hechos descritos aportando acta de la reunión de 20 de abril de 1994 en la que se fijaron los criterios objeto de enjuiciamiento. El Director del Servicio remitió el 23 de marzo de 2001 el expediente al TDC, calificando los hechos como constitutivos de conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) LDC por "Pactar condiciones de acceso al servicio de conexión necesario para poder operar con las tarjetas de los sistemas de medios de pago, intercambio de información y coordinación de las conductas respecto de establecimientos comerciales en los que se produzca fraude". No obstante, en atención a la posibilidad de que la conducta fuera objeto de autorización singular, el SDC no propuso la imposición de sanciones".

Basó su fallo en los siguientes fundamentos:

<<"La cuestión de fondo planteada en este proceso ya ha sido resuelta por este Tribunal en anteriores sentencias y de forma adversa a los intereses del recurrente, entre las que podemos citar la de 10 de febrero de 2005 dictada en el recurso nº 322/2002 a la que nos remitimos.

En primer lugar se plantea la posible prescripción del derecho de la

Administración para imponer la sanción, planteamiento que debemos rechazar por cuanto como señala el Abogado del Estado, el reproche de la administración no se contrae únicamente a la forma de un convenio anticompetitivo en 1994, sino a su ratificación posterior el 10 de junio 1999 y a su permanente ejecución (Hechos probados nº 3 y 4 de la resolución impugnada).

[...] Por lo que respecta a las demás cuestiones planteadas, debemos remitirnos a nuestros anterior pronunciamientos dictados en relación con esta misma cuestión en los que en esencia se sostiene que: 1) no corresponde a las entidades de crédito determinar las conductas que merecen la calificación de fraudulentas, pues esa es misión del Poder Legislativo nacional y comunitario, 2) De forma expresa se refiere 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 y a la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, limitando su contenido a una mera exhortación a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude mediante el intercambio de información y mediante la formación del personal, y el uso de las tecnologías más avanzadas, desde el más escrupuloso respeto a las leyes de la libre competencia. 3) Los acuerdos contemplados ofrecen una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones de forma restrictiva para la libre competencia, haciendo referencia a una modalidad de pago muy concreta como es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales, lo que delimita el mercado de referencia. 4) La solicitud de autorización singular formulada de acuerdo con el SDC no desvirtúa la realidad de los hechos o sus consecuencias ya que es posterior a la adopción de los Acuerdos, y la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las prácticas comerciales de las operaciones en un mercado determinado.

[...] En relación a la denunciada falta de proporcionalidad de la sanción, este Tribunal asumió la argumentación al respecto realizada por el TDC que se sintetiza en el siguiente razonamiento: 1) Recuerda que el art. 10 LDC establece dos tramos de responsabilidad en la imposición de la sanción de multa (hasta 150 millones de pesetas y hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio anterior), según la gravedad de la conducta. 2) Califica de grave la conducta descrita, delimita el mercado afectado al ámbito nacional, examina las cuotas de mercado que en general califica de muy elevadas, y el efecto restrictivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido general, sin perjuicio de valorar como dato favorable a la recurrente la voluntad de combatir un fraude. En estas circunstancias al haberse impuesto la sanción en su grado mínimo, dentro de la escala de menor gravedad, no puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad por lo que entendemos ajustada a derecho la sanción impuesta".>>

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- El motivo de casación que se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, al haber incurrido en incongruencia, debe ser estimado.

En efecto, nada se dice respecto del hecho alegado en la demanda de que la persona que figura en el acta de 20 de abril de 1994 junto a la razón del Banco Español de Crédito carecía de poder alguno para suscribir en nombre de dicha entidad el referido acuerdo, cuestión de indudable trascendencia pues con base en ello la entidad recurrente niega su participación en los actos sancionados. Tampoco se tratan los

problemas sobre tipicidad y antijurisdicción de la conducta, que fueron abordados ampliamente en la demanda.

Se ha incurrido, por tanto, en incongruencia omisiva, con infracción del artículo 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional, que obligan al juzgador a resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en sus escritos.

Ello impone estimar la casación, y conforme a lo previsto en el artículo 95.2.d) de dicha Ley, resolver las cuestiones planteadas en los términos en que ha sido planteado el debate en primera instancia.

TERCERO.- La entidad recurrente aduce en la demanda en su primer motivo de impugnación la prescripción de las infracciones que se sancionan porque, a su juicio, la infracción que se le imputa la constituyen los acuerdos llevados a cabo en el seno del denominado Grupo Mixto de 20 de abril de 1994 y el acuerdo de incoación del expediente se comunica a Banesto el día 4 de octubre de 1999, momento en el cual ya habían transcurrido cinco años y medio, plazo que supera el que para la prescripción señala el artículo 12 de LDC en su nueva redacción.

El motivo debe desestimarse conforme a lo que ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, resolviendo un asunto similar al presente, en la que se tuvo en cuenta, al igual que debe tenerse presente en el caso actual, que hubo una conducta reiterada en ejecución de dichos acuerdos y en que hubo un acuerdo posterior que ratificaba el anterior, hechos que interrumpieron la prescripción. Se dijo en dicha sentencia que:

<<"El argumento central del motivo no es tanto si la Sala acertó o no al considerar como plazo de prescripción el de cinco años (en vez de los cuatro propugnados por la entidad recurrente) sino que, en todo caso, la infracción estaría prescrita tomando como dies a quo la fecha del acuerdo adoptado en "el seno del denominado Grupo Mixto", esto es, el día 20 de abril de 1994.

Sostiene la recurrente que "si esta es la fecha [20 de abril de 1994] en que se considera cometida la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 16/89 el término de la prescripción empezó a correr desde ese día y el mismo se interrumpió, de conformidad con el apartado 2 del mismo precepto", cuando el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación del expediente (27 de septiembre de 1999) y lo notificó (6 de octubre siguiente) al Banco.

A juicio del recurrente, en este último momento (esto es, el 6 de octubre de 1999, fecha en que se comunica el acuerdo de incoación del expediente) "había transcurrido con exceso el plazo de [...] prescripción [...] cualquiera que sea el plazo de 4 o 5 años que se contemple."

El motivo no puede ser estimado. De un lado, porque no tiene en cuenta que en el relato de hechos probados de la sentencia, anteriormente transcrito, consta cómo después de la citada reunión del "Grupo Mixto", en fecha no determinada pero no posterior al 10 de junio de 1999, las entidades concertadas suscribieron un acuerdo sobre los criterios de exclusión de establecimientos. La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que "los hechos se cometieron durante los años 1.994 y siguientes". El dies a quo no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en

su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador".>>

CUARTO.- En segundo término se aduce que no existe tipicidad y antijurisdicción de la conducta imputada a Banesto porque falta el aspecto material efectivo de la lesión del bien jurídicamente protegido, al perseguirse con el acuerdo celebrado entre los intervinientes evitar el fraude en la utilización de las tarjetas de pago y de crédito, sin que el acuerdo sancionado restrinja la competencia entre las sociedades de medios de pago.

Esta cuestión también ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia de 14 de febrero de 2007, cuyos razonamientos son enteramente aplicables al presente supuesto, ya que los elementos de hecho de uno y otro son semejantes. Se dijo en ella que:

<<"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".>>

QUINTO.- Se hace referencia a que la entidad financiera recurrente no tuvo intervención alguna en los acuerdos colusorios, pues la persona que intervino en su nombre no tenía facultades para obligarla.

El motivo debe rechazarse, pues como consta en su escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia (folio 924 del expediente ante el SDC), se está reconociendo en él su asistencia a la reunión del Grupo Mixto, lo que contradice su afirmación de que no había participado en el Acuerdo. Pero, aunque esto no fuera así, lo cierto es que Banesto ejecutó dicho acuerdo, mediante actos concretos, evidenciando, por el juego de la prueba de presunciones, que se encontraba en el círculo de miembros que conformaron el acuerdo.

SEXTO.- En último lugar, se aduce que la sanción es desproporcionada dado el carácter del acuerdo dirigido a la lucha contra el fraude, y la inferior cuota de

mercado de la entidad respecto de las otras entidades de crédito firmantes del acuerdo.

Por lo que respecta a la primera alegación, ya esta Sala ha dicho, en su sentencia de 27 de febrero de 2007 que:

<<"Cabe considerar, en primer término, que la Sala de instancia ha atendido en la confirmación de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a los criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al tener en cuenta, como factor atenuante para fijar la multa, la intervención de la Entidad recurrente para tratar de combatir el fraude detectado en la utilización de los sistemas de pagos por tarjetas mediante la suscripción del Acuerdo, y valorar, para determinar la relevancia jurídica de la infracción, que se ha producido realmente un efecto restrictivo de la competencia sobre los competidores efectivos, como hemos declarado en los precedentes fundamentos jurídicos.

En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia con carácter ordinario -hasta 901.518,16 € (hasta 150.000.000 de pesetas)-, si la dividimos para su aplicación en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se aprecia que la sanción impuesta de 300.000 €, se encuentra en el grado mínimo en su tramo superior, lo que se ajusta a criterios razonables teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y la compensación que se induce de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia entre los criterios establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 10.2, por tratarse de acuerdos suscritos entre entidades financieras competidoras entre sí, como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pago mediante tarjetas, en referencia a la dimensión nacional del mercado afectado y las cuotas de mercado, y valorar como circunstancia atenuante la finalidad de tratar de combatir el fraude detectado en los sistemas de pagos por tarjetas, aunque sea por medios ilegítimos prohibidos por el Derecho de la Competencia">>.

En relación con el último punto, habiéndose demostrado que la entidad recurrente tiene una cuota de mercado inferior a la de las otras entidades financieras sancionadas con igual multa, es procedente, en aplicación del principio de proporcionalidad, rebajarla a la suma de 225.000 euros.

SÉPTIMO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 6191/2006, interpuesto por la Entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de octubre de 2006, debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº 280/2002, promovido por la Entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., y rebajar la sanción a la cuantía de 225.000 euros; sin expresa condena en costas.

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
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Oscar Gonzalez Gonzalez, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.