

Id Cendoj: 28079130032007100057
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 2071/2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x CULPABILIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA x
- x INFRACCIÓN DE NORMAS (RECURSO DE CASACIÓN) x

Resumen:

Se reitera anterior jurisprudencia. Se considera pacto colusorio contrario a la libre competencia la coordinación de políticas comerciales, entre bancos y sociedades que gestionan el pago por tarjeta de crédito, destinada a combatir las irregularidades o actividades fraudulentas que puedan detectarse en los pagos con tarjeta en determinados establecimientos comerciales. Esta práctica colusoria no puede excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el fraude, pues en ellas tan solo se contemplan como mecanismos de lucha contra el fraude el intercambio de información entre empresas y el empleo de las tecnologías más avanzadas pero no la concertación comercial. Se rechaza la existencia de "estado de necesidad". Se rechaza también la falta de culpabilidad pues el pacto, además de luchar contra el fraude se extendía a cuestiones de política comercial y unificación de prácticas mercantiles ajenas al fraude. No se aprecia arbitrariedad y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. 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 de la sanción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete 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 2071/2005 interpuesto por "BANCO DE SABADELL, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 7 de febrero de 2005 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 299/2002, sobre **defensa de la competencia**; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Banco Atlántico, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 299/2002 contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01, que acordó:

"Primero.- Declarar que [...] Banco Atlántico [...] han incurrido en una 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.

Segundo.- Imponer [...] 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 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.- En su escrito de demanda, de 16 de octubre de 2003, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que: A. Se declare la nulidad en derecho de la resolución antes citada objeto del presente recurso contencioso- administrativo y se condene al Tribunal de **Defensa de la Competencia** a la devolución a mi representada del importe de la sanción incrementado en los intereses legales correspondientes. B. Se condene al Tribunal de **Defensa de la Competencia** demandado a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la publicación en prensa y revistas de los términos de la resolución recurrida".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 7 de noviembre de 2003, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto promovido por Banco Atlántico, S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Juan Antonio San Miguel Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fecha 3 de abril de 2002, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la resolución impugnada y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas".

Quinto.- Con fecha 9 de mayo de 2005 "Banco Sabadell, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2071/2005 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, el *artículo 1 de la Ley 16/89 de DefensadelaCompetencia* ".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, normativa comunitaria".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los *artículos 248.2 y 392 del Código Penal* así como la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago".

Cuarto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende plenamente aplicables los principios penales al derecho administrativo sancionador".

Quinto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al imponer sanciones a la cooperación contra el fraude en la que está ausente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad".

Sexto: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este

recurso, el artículo 10 de la Ley 16/89 de DefensadelaCompetencia , por la absoluta arbitrariedad e irracionalidad de las sanciones impuestas".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , "por infringir la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2005 , impugnada en este recurso, el apartado 3 del artículo 131 de la Ley 30/92, 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".

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 24 de noviembre de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 13 de febrero de 2007, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 7 de febrero de 2005, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Banco Atlántico, S.A." contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01.

Mediante dicha resolución el Tribunal de **Defensa de la Competencia** había declarado que diversas entidades (entre ellas el "Banco Atlántico, S.A.", más tarde absorbido por el "Banco de Sabadell, S.A.", que aparece como recurrente) se habían concertado para unificar las condiciones de acceso relativas a las tarjetas de pago y sus conductas respecto de los establecimientos comerciales en los que, según lo pactado, se detectaran determinadas prácticas irregulares.

El Tribunal de **Defensa de la Competencia** , en la resolución que sería declarada conforme a derecho por la Sala de instancia, consideró los hechos como prácticas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de DefensadelaCompetencia e impuso al "Banco Atlántico, S.A." una sanción pecuniaria de 300.000 euros.

Segundo.- La Sala de instancia desestimó el recurso ante ella interpuesto razonando el fallo con los siguientes fundamentos jurídicos:

"[...] El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: 'Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...'

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: 'El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150 .000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...'

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puedes ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el

precepto se refiere a un elemento intencional o negligente-, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

Este régimen no se vio alterado por la *Ley 52/1999 de 28 de diciembre*.

[...] 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.

[...] 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.

Por la misma razón tampoco puede amparar la conducta la regulación en materia de usuarios y consumidores, ya que no corresponde su defensa a la entidad recurrente y sin que ningún precepto con rango legal ampare la conducta sancionada."

Tercero.- Antes de analizar los motivos de casación del presente hemos de reseñar que esta misma Sala ha resuelto ya otros recursos análogos que deliberamos de modo simultáneo. En efecto, mediante nuestras sentencias de 14 de febrero de 2007 hemos desestimado los recursos de casación números 974/2004 (recurrente "Sistema 4-B, S.A."), 2241/2004 (recurrente "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A."), 1904/2005 (recurrentes "Visa España, S.C., Servicios para Medios de Pago, S.A." y Confederación Española de Cajas de Ahorro) y 17/2005 (recurrente "Banco Santander Central Hispano, S.A."). Con esta misma fecha de 27 de febrero de 2007 fallamos simultáneamente con el presente el recurso número 7130/2005 (recurrente "Banco Popular Español, S.A.").

Dado que las sentencias impugnadas en aquellos recursos de casación tienen la misma línea argumental (y que, obviamente, en todas ellas se analiza la misma resolución sancionadora emitida por el Tribunal de **Defensa de la Competencia**) nos limitaremos en ésta, cuando se trate de cuestiones comunes a motivos coincidentes con los de otros recursos, o bien a transcribir las consideraciones jurídicas ya expuestas en los fallos precedentes de esta Sala o bien a remitirnos a ellas en extenso, haciendo un somero resumen de su contenido.

Cuarto.- Con el mismo carácter previo al examen de cada uno de los motivos de casación es preciso poner de manifiesto que un buen número de ellos abordan cuestiones ajenas al debate en la instancia hasta el punto de que tienen carácter de "nuevas" respecto de aquél y deberían quedar, en puridad, extramuros de la casación. De modo inapropiado la sociedad recurrente plantea la infracción de determinados preceptos o principios legales a los que ni se refiere ni se pudo referir la Sala de instancia porque en la escueta demanda ante ella presentada (no hubo, por lo demás, escrito de conclusiones) no se habían alegado.

La parte demandante, en efecto, se limitó a afirmar exclusivamente que la conducta sancionada no constituía una infracción del *artículo 1 de la Ley 16/1989, de DefensadelaCompetencia* y que, en todo caso, se trataba de "conductas autorizadas por la Ley" (en concreto, por la *Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores*) con las que trataba de proteger la "seguridad" de estos últimos.

Siendo ello así, podríamos limitarnos en esta sentencia a declarar inadmisibles todos los motivos excepto aquellos que se refieren, propiamente, a la ilicitud de la conducta, pues el resto de cuestiones ahora planteadas ni fueron ni pudieron ser analizadas por el tribunal de instancia. Las consideraciones que hagamos, pues, sobre el resto de los motivos casacionales lo son a título complementario, para el caso de que en la instancia hubiesen sido debidamente planteadas las cuestiones correspondientes.

En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del *artículo 1 de la Ley 16/1989 de DefensadelaCompetencia*, "al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por Banco de Sabadell, S.A. es restrictiva de la competencia". Dada la estrecha relación de ambos, trataremos este motivo conjuntamente con el segundo, en el que se denuncia la infracción de la "normativa comunitaria" (con cita de una Comunicación de la Comisión 9 de febrero de 2001 y de la Decisión Marco del Consejo de 28 de mayo de 2001), de cuyo examen deduce la entidad recurrente que "la cooperación frente al fraude no es restrictiva de la competencia".

Los dos motivos han de ser desestimados como lo han sido en las sentencias que han puesto fin a los recursos antes reseñados. Nos remitimos, a estos efectos, a las consideraciones hechas en los fundamentos correspondientes de las sentencias dictadas el 14 de febrero de 2007 que, en síntesis, fueron las siguientes:

A) Afirmamos que en el sistema de pago a través de las tarjetas de crédito o débito las distintas

entidades que intervienen 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."

B) Descartamos en la conducta sancionada pudiera 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", acogiendo en este punto las siguientes afirmaciones de la resolución dictada por Tribunal de **Defensa de la Competencia** :

"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".

C) Subrayamos, por último, que las conductas colusorias iban más allá de lo que pudiera conceptuarse como lucha contra el fraude, pues "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.- En el tercer motivo de casación se alega que la Sala de instancia ha vulnerado "la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los *artículos 248.2 y 392 del Código Penal* así como la normativa comunitaria que define los delitos en las tarjetas de pago".

Es plenamente aplicable al motivo la respuesta que al correlativo, formulado en similares términos, dimos en la sentencia recaída en el recurso número 974/2004 (fundamento jurídico cuarto):

"El [...] 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."

Sexto.- En el cuarto motivo de casación se aduce que el tribunal de instancia no ha respetado "la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende plenamente aplicables los principios penales al derecho administrativo sancionador", con específica referencia a la recaída acerca del estado de necesidad.

El motivo coincide también con el correlativo invocado en el recurso de casación número 974/2004, al que hemos dado la siguiente respuesta (fundamento jurídico quinto):

"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."

Séptimo.- En el quinto motivo de casación aduce la entidad recurrente que el tribunal de instancia ha vulnerado "la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al imponer sanciones a la cooperación contra el fraude en la que está ausente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad".

En cuanto a la tipificación y antijuridicidad de la conducta, la recurrente no hace en realidad sino repetir sus alegaciones de los motivos iniciales, que ya han sido desestimadas. Y en cuanto a la culpabilidad de la entidad financiera, ésta se limita a afirmar que su propósito era el de luchar contra el fraude y no el de restringir la competencia. Alegación que, para ser estimada, debería corresponder a la suscripción de unos acuerdos limitados a aquel objetivo en cuanto tal y no extensivos, como fueron -y ya ha sido dicho- a cuestiones de política comercial y a la unificación de prácticas mercantiles relativas a situaciones y actuaciones de clientes ajenas a lo que es propiamente fraude. Por lo demás, en la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** se valoró como atenuante (pero no, lógicamente, como circunstancia que excluyera la culpabilidad) el hecho de que las entidades concertadas trataran, entre otras finalidades, de combatir el fraude. El motivo, pues, no puede ser estimado.

Octavo.- En el sexto motivo de casación se denuncia la vulneración del *artículo 10 de la Ley 16/1989, de DefensadelaCompetencia* , "por la absoluta arbitrariedad e irracionalidad de las sanciones impuestas".

Podía esperarse que el desarrollo del motivo se limitara a hacer una crítica de la cuantía de las multas en función de los criterios que para la fijación de este tipo de sanciones pecuniarias establece el citado *artículo 10 de la Ley 16/1989* . La recurrente, por el contrario, vuelve a insistir en que la conducta no era sancionable por no suponer una restricción de la competencia y tratarse tan sólo de la lucha contra el fraude para la cual las políticas coordinadas son "las únicas realmente eficaces", alegaciones que ya hemos rechazado.

En lo que se refiere, propiamente, a la aplicación específica de aquellos criterios se imputa a la sentencia no haber definido el mercado relevante ni valorado que los pagos con tarjeta afectan tan sólo al diez por ciento de los pagos por consumo privado, no haber "demostrado" los efectos negativos que se hubieran producido ni los perjuicios resultantes de las conductas concertadas y haber omitido que las sociedades de medios de pago solicitaron una autorización singular a las autoridades de **defensa de la competencia** .

La imputación a la Sala es descartable desde el momento en que sobre la cuantía de la sanción y la aplicación del *artículo 10 de la Ley 16/1989* nada se dijo en la demanda. Además de ello, las alegaciones de este motivo deben ser rechazadas en la medida en que no lo han sido ya (así, por ejemplo, las relativas a los efectos potencialmente restrictivos de la competencia), pues el Tribunal de **Defensa de la Competencia** tuvo en cuenta todas aquellas circunstancias en el apartado noveno de su resolución.

Noveno.- En su último motivo de casación afirma la sociedad recurrente que se ha vulnerado el *apartado 3 del artículo 131 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".

Una vez más el motivo comienza -incluso remitiéndose de modo expreso a los anteriores- con la afirmación de que "ni el objeto o naturaleza de los acuerdos era restrictivo ni tampoco los efectos de los mismos", premisa de la que deduce el carácter desproporcionado de la sanción. Vuelve a reiterar la falta de intencionalidad, la ausencia de perjuicios y los efectos beneficiosos de los acuerdos sancionados, añadiendo algunas otras alegaciones (como la relativa a la falta de reincidencia en la conducta, que nadie le había imputado, o a la distinta participación de las entidades concertadas, sin explicar en qué grado fue la suya por diferencia a las del resto) referidas, como las precedentes, a la calificación jurídica y a la gravedad de la conducta más que, propiamente, a la intensidad o proporcionalidad de la respuesta sancionadora.

Planteado en estos términos el motivo no puede ser estimado. Hemos afirmado en las sentencias de 14 de febrero de 2007 , a estos efectos, lo siguiente:

"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".

Décimo.- Procede, en suma, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 2071/2005, interpuesto por "Banco de Sabadell, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2004 recaída en el recurso número 299 de 2002. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.