

Id. Cendoj: 28079130032007100041
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/02/2007
Nº de Recurso: 1904/2005
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción. Prácticas prohibidas por el art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia. Recurrente: VISA ESPAÑA, S.C. y otros.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil siete.

En el recurso de casación nº 1904/2005, interpuesto por las Entidades VISA ESPAÑA, S.C., SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO, S.A. y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS (CECA), representadas por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, y asistidas de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 10 de febrero de 2005, recaída en el recurso nº 322/2002, sobre sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989

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 las Entidades VISA ESPAÑA, S.C., SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO, S.A. (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO (CECA), contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de abril de 2002, que imponía a las recurrentes una multa a cada una de las sociedades imputadas de 600.000 euros, por incurrir en la conducta prohibida por el art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en "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", requiriendo a los citados autores de las conductas declaradas prohibidas anteriormente para que cesen de inmediato en las mismas y ordenando a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de la resolución impugnada 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.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por las Entidades VISA ESPAÑA, S.C., SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO, S.A. (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO (CECA), se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 15 de marzo de 2005, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, las recurrentes (VISA ESPAÑA, S.C., SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO, S.A. -SERMEPA- y la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO -CECA-) comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formularon en fecha 10 de mayo de 2005 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expusieron los siguientes motivos de casación:

- 1) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.
- 2) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del principio de culpabilidad.
- 3) Al amparo de lo preceptuado en el n° 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

Terminando por suplicar acuerde su admisión y, previos los trámites oportunos, lo estime, declare haber lugar al recurso y anule la sentencia recurrida por los siguientes motivos: (i) infracción del artículo 1.1.a) de la LDC; (ii) subsidiariamente, por infracción del principio de culpabilidad; y (iii) subsidiariamente por infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002 o, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia impugnada dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la sanción económica impuesta a cada una de las recurrentes, por importe de 600.000 euros, y por la que se acuerde no imponer ninguna otra sanción económica, o con segundo grado de subsidiariedad reduzca sustancialmente el importe de las citadas sanciones.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 2 de octubre de 2006, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, y no habiéndose personado parte recurrida alguna, por providencia de fecha 27 de noviembre de 2006 se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 6 de febrero de 2007, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de 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 la representación procesal de VISA ESPAÑA, SOCIEDAD CIVIL/SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO (CECA) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la

competencia de 8 de mayo de 2002, por la que se declaró:

<<"1) Declarar que VISA ESPAÑA/SERMEPA, CECA/SISTEMA 6000. ... 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.

2) Imponer a cada una de las sociedades de medios de pago imputadas, VISA ESPAÑA/SERMEPA,.... CECA/SISTEMA 6000, una multa de 600.000 euros...

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

4) 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">>.

El Tribunal de instancia declaró como hechos probados:

<<"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">>.

En relación con el argumento de los actores de que el objeto básico y primordial de los acuerdos fue la lucha contra el fraude, en la sentencia además de reproducir los

fundamentos del TDC respecto de esta cuestión, se razonó que:

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

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

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

Añade que:

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

Por lo demás, es evidente que los Acuerdos objeto de sanción hacen referencia a una modalidad de pago muy concreta, cual es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales y a ese mercado de medios de pago mediante tarjetas de crédito ha de estarse.

La procedencia de los Acuerdos en la supuesta lucha contra el fraude no puede basarse en el propio Informe-Propuesta del SDC y en el ulterior Informe de 11 de Mayo de 2001, relativo a la autorización singular de los Acuerdos, pues: a) la solicitud de autorización singular de Acuerdos posteriores no desvirtúa la calificación de los hechos o sus consecuencias, ya que se presenta una vez concluida la instrucción del expediente que nos ocupa y años más tarde de haberse adoptado los Acuerdos imputados, y b) la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las practicas comerciales de los operadores en un mercado determinado, en el caso de autos, el mercado de pago mediante tarjetas de crédito.

Debe, por tanto, concluirse que efectivamente por la hoy parte recurrente, a la que se circunscribe la presente Sentencia, se ha incurrido en una práctica prohibida por el

Art. 1.1.a) de la L.D.C.">>. En referencia a la falta de proporcionalidad de la sanción invocada por las actoras la sentencia después de reproducir la resolución impugnada en este extremo añadió:

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

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

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

La necesaria individualización y el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones, hace que deba analizarse individual y concretamente la actuación de cada entidad sancionada, ya que en el caso de las de sociedades de medios de pago, como es el caso de la actora, no sólo son directamente competidoras entre si que unifican sus políticas comerciales, sino que además se trata de grupos o asociaciones en las que se integran las propias entidades financieras, sirviendo de espacio común para pactar las políticas en relación con los medios de pago.

Dada la naturaleza y relevancia de los hechos determinantes de la sanción, debe asumirse la argumentación del TDC al analizar el efecto restrictivo de tales conductas en la competencia, que no se ve afectado para la fijación de la multa, por los volúmenes de compras a la que la recurrente alude. Por esta razón, valorando también el dato favorable de su alegada voluntad de luchar contra el fraude, debe reputarse ponderada la multa impuesta en el marco de las multas previstas en el Art. 10 de la L.D.C.">>. Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, y que sucintamente pueden resumirse así:

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

dotar de mayor alto grado de seguridad el sistema de pago. Añade que la cooperación instaurada en este caso carece de contenido económico y no responde a la determinación de una respuesta comercial uniforme.

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Entidad emisora. Es la entidad de depósito que ha emitido la tarjeta y cuyo nombre

figura también en la misma. Es el responsable ante el Sistema del buen fin de cualquier operación que se haga con cargo a la misma. La entidad o banco emisor es el banco del que es cliente el titular de la tarjeta.

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

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

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

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

Se trata, por tanto, de un sistema libre en el que las entidades que lo instauran pueden seguir criterios comerciales diferentes de otras del mismo sector, dando mayores posibilidades de recuperación de los créditos impagados, o criterios más flexibles en el tratamiento de los establecimientos incurso en conductas morosas o menos rigurosos a la hora de controlar a los consumidores que usan el sistema de tarjetas de crédito. El establecimiento de comportamientos rígidos que impiden la conformación por los firmantes de un sistema diferente o más flexible, que pueda a su vez determinar la libertad de elección de las entidades de créditos, incluso, como dice el TDC, eliminando la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores, constituye sin duda un pacto colusorio incardinado en el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia , ya que se trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia, inclusión que se extiende a las sociedades de medios de pago no solo por formar parte de ellas las entidades financieras, sino sobre todo por ser ellas las impulsoras de estos acuerdos.

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

El elemento de culpabilidad está presente en el pacto, y no puede excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el

fraude, pues en ninguna de ellas se refiere al concierto entre empresas. En efecto como señala el TDC:

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

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

Basta una simple lectura de los acuerdos sancionados para darse cuenta de que muchas de las situaciones que contempla no son constitutivas de fraude, sino de protección al Sistema. En efecto, bajo el epígrafe "Exclusión inmediata", se contemplan situaciones de simple estrategia comercial, como son las referentes a la autofinanciación, no ajuste al tipo de venta del establecimiento, actividad no autorizada (teléfono erótico, tarot, etc), que, aunque en algunos casos puedan ser encubridores de estas conductas ilícitas, no siempre es así, y cabe que se realicen por establecimientos comerciales y que unas entidades financieras las admitan y otras no.

TERCERO.- En relación con la lesión del principio de proporcionalidad, cabe señalar que si se divide la multa que el art. 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas -hasta 901.518,16 €- en tres grados -máximo, medio y mínimo-, se observa que la impuesta se encuentra en el grado medio, lo que se ajusta a criterios razonables, teniendo en cuenta la compensación que se induce de la resolución del TDC entre las agravantes de los apartados a), b) y c) del apartado 2. del artículo 10 -tratarse de entidades competidoras entre sí, el alcance nacional del mercado afectado y sus cuotas de mercado-, y la atenuante de tratar de combatir el fraude, por lo que debe considerarse proporcional la imposición de la sanción en su grado

medio alto, al ser mayor el número de agravantes. Desde la otra perspectiva que denuncia la recurrente, no existe tratamiento discriminatorio con las entidades financieras sancionadas, pues la Ley no expresa que deba atenderse al grado de solvencia o suficiencia económica del infractor, por lo que este dato resulta irrelevante a los pretendidos efectos de adecuar el importe.

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

CUARTO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional , procede la condena en costas del recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 1904/2005, interpuesto por las Entidades VISA ESPAÑA, S.C., SERVICIOS PARA MEDIOS DE PAGO, S.A (SERMEPA) y CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS (CECA), contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 10 de febrero de 2005 , recaída en el recurso nº 322/2002; con condena a las partes recurrentes en las costas del mismo.

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. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.