

Id. Cendoj: 28079130032007100042
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 27/02/2007
Nº de Recurso: 7130/2005
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. ARTÍCULO 1.1 a) DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ACUERDOS CELEBRADOS ENTRE LAS SOCIEDADES DE MEDIOS DE PAGO Y ENTIDADES FINANCIERAS 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. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EXPEDIENTES TRAMITADOS ANTE LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ARTÍCULO 43 LDC. DERECHO A UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CON TODAS LAS GARANTÍAS. DOCTRINA CONSTITUCIONAL: STC 126/2005, DE 23 DE MAYO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: ARTÍCULO 25.1 CE. DOCTRINA CONSTITUCIONAL: STC 196/2006, DE 3 DE JULIO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 7130/2005, interpuesto por el Procurador Don Eduardo Codés Feijoo, en nombre y representación del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2005, dictada en el recurso contencioso- administrativo 296/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, sobre sanción por la realización de una conducta prohibida. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 296/2002, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 22 de julio de 2005 , cuyo fallo dice literalmente: «FALLO:

Desestimando el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 18 de octubre de 2005 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 5 de diciembre de 2005, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO: «que, habiendo por presentado este escrito junto con las copias que lo acompañan, nos tenga por comparecidos en la representación que ostento, y tenga por interpuesto y formalizado en tiempo y forma RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2005, que puso fin a los Autos del Recurso Contencioso-Administrativo nº 296/2002, interpuesto contra la Resolución del TDC de 3 de abril de 2002, sirviéndose admitirlo y, en su día, previos los trámites preceptivos, dicte sentencia por la cual se declare haber lugar al recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, dicte resolución de conformidad con las peticiones contenidas en el Suplico del escrito de demanda de primera y única instancia contencioso-administrativa, esto es,

1. Declare nula de pleno derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, dictada en el Expte. 515/01, Bancos, seguido ante ese Tribunal por haberse conculcado total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y por haberse producido indefensión, vulnerándose el artículo 24 de la Constitución Española.

2. Subsidiariamente al anterior, se anule o revoque y deje sin efecto, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, dictada en el Expte. 515/01 seguido ante ese Tribunal, por los argumentos contenidos en el Fundamento Jurídico VI de la demanda, declarando no haber incurrido Banco Popular Español en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia o en su defecto, declarando no haber lugar a sanción.

3. Más subsidiariamente a los dos anteriores, anule o revoque y deje sin efecto, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, dictada en el Expte. 515/01 seguido ante ese Tribunal, en cuanto a la cuantía de la multa de 300.000 euros impuesta a Banco Popular Español, rebajando la multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia e imponiendo, en su lugar, la misma, en una cuantía mínima o muy inferior.

4. Condene al Tribunal de Defensa de la Competencia a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con las consecuencias que de las mismas se deriven, y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada, como entre otras, adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto las actuaciones llevadas a cabo en ejecución de la Resolución impugnada, abonando los gastos ocasionados, así como los daños y perjuicios que se hayan provocado.

COSTAS. Debe señalarse que en la Sentencia de 22 de julio de 2005, no se hace condena en costas. De acuerdo con el artículo 139 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cualquiera que fuera el resultado de este pleito puede no imponerse las costas si se aprecian las circunstancias que justifican su no imposición. Entendemos que de todos los fundamentos expuestos en este escrito queda suficientemente demostrada la buena fe y la única intención de combatir el fraude que siempre ha presidido la conducta de mi representada, no debiéndose por ello en ningún caso (cualquiera que fuera el fallo) hacer imposición de costas.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 19 de junio de 2006, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 16 de octubre de 2006 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 26 de octubre de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado a nombre del Estado escrito de oposición al presente recurso ordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de 22 de julio de 2005, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (autos 296/2002); seguir el procedimiento por sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, impugnada en autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 27 de noviembre de 2006, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 13 de febrero de 2007, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto del recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2002, recaída en el expediente 515/01, que impuso a dicha Entidad bancaria una multa de 300.000 euros, por haber incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, 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.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el objeto de delimitar el «thema decidendi», procede transcribir los razonamientos de la sentencia recurrida en el extremo que, acogiendo los pronunciamientos dictados por esa misma Sala en la resolución de recursos contencioso-administrativos idénticos, considera ajustada a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, que impone a la Entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. la sanción de multa por importe de 300.000 euros, por la infracción de lo dispuesto en el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia, que se fundamenta con base a estimar que el Acuerdo suscrito entre las Sociedades de medios de pago Visa España, Sistema 4B y determinadas entidades financieras, el 20 de diciembre de 1994, con el objeto de definir criterios comunes en relación con las medidas a adoptar para la exclusión y rehabilitación como usuarios de los correspondientes sistemas de medios de pago de los establecimientos comerciales en los que se hubieren detectado actividades fraudulentas u otra clase de actuaciones irregulares en los pagos mediante tarjeta, constituye una práctica restrictiva de la competencia por tratar de unificar la reacción contra los establecimientos en los que se detectan determinados niveles de impago o irregularidades, que no puede ampararse en la finalidad de luchar contra el fraude, conforme a lo dispuesto en el Derecho de la Comunidad Europea, por no limitarse el contenido del acuerdo colusorio a un intercambio de información, según se razona, sustancialmente, en los fundamentos jurídicos primero y segundo, en los siguientes términos:

«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 relación al fondo del asunto, debemos remitirnos a nuestros anteriores 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.».

Previamente, la Sala de instancia rechaza que la resolución del Tribunal de Defensa de

la Competencia impugnada pueda ser declarada nula de pleno derecho por haberse prescindido de los trámites establecidos en el artículo 43 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 20 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, al considerar que la Entidad responsable dispuso plenamente de las facultades de alegar y probar inherentes al ejercicio del derecho de defensa, según se advierte en el fundamento jurídico primero:

«[...] con carácter previo debemos dar respuesta a las cuestiones de orden procedimental alegadas por la recurrente. En este punto compartimos el planteamiento de la Abogacía del Estado, y por lo tanto descartamos la existencia de la infracción denunciada. Ninguna infracción se ha causado a la recurrente cuando no ha existido divergencia entre los hechos fijados en el pliego de cargos aportados por el SDC y la sanción finalmente recaída (art. 138.2 Ley 30/1992) y tampoco se ha infringido el art. 43 de la LDC ya que el segundo trámite de audiencia que la misma impone no es necesario cuando el SDC y el TDC coinciden en la misma calificación de los hechos. En el presente caso, si bien es cierto que ha existido una divergencia de criterio entre el SDC y el TDC en orden a fijar la intensidad del reprocha que la actuación descrita merecía, lo cierto es que tanto el SDC como el TDC coincidieron en la calificación de los hechos, por lo que no puede afirmarse la infracción del precepto mencionado, sin que tampoco ese reprocha pueda extenderse al art. 20 del RD 1398/1993, pues con independencia de que dicha norma opera como supletoria del art. 43 LDC, el SDC calificó los hechos con la misma gravedad que el TDC, limitándose a añadir una opinión sobre la posibilidad de autorizar la conducta, planteamiento que parte del presupuesto de su naturaleza anticompetitiva. En estas circunstancias debe concluirse que no se privó a la recurrente de trámite de audiencia alguno y que en sede administrativa antes de que le fuera impuesta la sanción dispuso de la plenitud de medios probatorios y de fase de alegaciones, conociendo en todo momento los hechos y la gravedad de la conducta que se le imputaba.».

La Sala de instancia descarta que la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia resulte desproporcionada, atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, según se refiere en el fundamento jurídico tercero:

«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. [...]».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., se articula en la exposición de ocho motivos, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo de casación, se denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 43 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 20 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, al no apreciar que se ha producido indefensión, vulnerándose el artículo 24 de la Constitución, ante la imposibilidad de alegar en el procedimiento tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia respecto de la infracción grave considerada por dicho órgano, en relación con la calificación de infracción leve que propugnaba el Informe-Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de 23 de marzo de 2001.

El segundo motivo de casación imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por incurrir en error jurídico al considerar que la cooperación contra el fraude entablada por la Entidad financiera recurrente es restrictiva de la competencia, cuando resulta evidente que los acuerdos enjuiciados no tuvieron ningún efecto restrictivo de la competencia y debe interpretarse -según se aduce- que adoptar medidas de protección frente al fraude no constituye una política comercial de la que se obtenga un beneficio económico, sino que pretende evitar consecuencias graves que afectarían a las entidades financieras y a los consumidores en general, y que, en consecuencia, se derivan beneficios para el comercio.

El tercer motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción de la normativa comunitaria, concretamente la Comunicación de la Comisión Europea de 9 de febrero de 2001 y la Decisión Marco del Consejo Europeo de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que permiten considerar que la cooperación frente al fraude no es restrictiva de la competencia.

El cuarto motivo de casación censura que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta los artículos 248.2 y 392 del Código Penal, así como la normativa comunitaria que tipifica los delitos cometidos con las tarjetas de pago, al afirmar que «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».

En la formulación del quinto motivo de casación se aduce que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación en el Derecho administrativo sancionador de los principios penales, que implica la vigencia del estado de necesidad a que alude el artículo 20.5 del Código Penal, al deber tener en cuenta que las entidades financieras sancionadas se encontraban en la situación de evitar la comisión de delitos que causarían graves perjuicios a las sociedades de medios de pagos y entidades financieras y a los titulares de las tarjetas que se habían utilizado fraudulentamente.

El sexto motivo de casación, que se funda en la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, imputa a la Sala de

instancia la improcedencia de haber considerado ajustada a Derecho la imposición de la sanción, a pesar de que «están ausentes la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad», porque no existe una tipificación en Derecho español que permita sancionar como restrictiva de la competencia una conducta de colaboración frente a un delito, y la Entidad financiera no cooperó con la intención de afectar negativamente a los medios de pago o de obtener un beneficio económico.

El séptimo motivo censura que la sentencia infringe el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar que la sanción impuesta, en razón de la cuantía de la multa, es absolutamente arbitraria e irracional.

En el octavo motivo de casación se denuncia que la sentencia recurrida vulnera el 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 la sanción impuesta, en relación con la relevancia y naturaleza de los hechos concurrentes en la comisión de la infracción.

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación: las garantías jurídicas del procedimiento sancionador tramitado ante los órganos de Defensa de la Competencia.

Procede rechazar la prosperabilidad del primer motivo de casación al apreciarse que la Sala de instancia no ha vulnerado las garantías jurídicas del procedimiento sancionador establecidas en el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 20 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en razón de la valoración de las circunstancias concurrentes, que permiten considerar que no se ha producido indefensión material a la Entidad financiera responsable por el hecho de que el Tribunal de Defensa de la Competencia no convocara al Instructor del expediente ni diera un nuevo trámite de alegaciones antes de dictar la resolución.

En efecto, debe exponerse, en primer término, las características del procedimiento administrativo sancionador que rige en la represión de los actos que infrinjan los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuya tramitación y resolución se encomienda a los órganos de Defensa de la Competencia -el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia-, según la regulación establecida en el Título III de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El procedimiento sancionador, que constituye un único procedimiento, se desarrolla en dos fases, la fase de instrucción que se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia, que asume las funciones propias de instrucción del expediente sancionador practicando los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, redactando un pliego de concreción de hechos que se notifica a las partes infractoras para que puedan formular las alegaciones que estimen oportunas, proponer las pruebas que consideren pertinentes y, cerrado el periodo probatorio, efectuar su valoración; y una fase de resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en que se integra una fase probatoria y una fase de vista o escrito de conclusiones.

En este sentido, en la sentencia de esta misma Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), dijimos:

«Ha de tenerse en cuenta que, frente a las afirmaciones de varias de las recurrentes, desde que se incoa el expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que dicta su resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia hay un solo procedimiento administrativo. Tal como resuelven varias de las Sentencias impugnadas, no puede considerarse que la fase ante el Servicio, en la que se realiza la instrucción y que finaliza con un informe propuesta ante el Tribunal, y la que se desarrolla ante éste, en la que hay trámite de alegaciones y prueba y se produce la resolución del expediente, constituyan dos procedimientos distintos. La sola descripción del contenido esencial de dichas fases pone de relieve que se trata de un único procedimiento administrativo sancionador que precisamente se escinde en esas dos fases ante órganos distintos en cumplimiento de la constitucionalmente preceptiva separación entre instrucción y resolución en un procedimiento sancionador».

En esta última fase resolutoria, se inserta la audiencia del Instructor caracterizada como una facultad del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya ratio es garantizar el derecho de defensa del presunto infractor, en su proyección al derecho de ser informado de la acusación, que debe acordar cuando concurren determinadas circunstancias, según dispone el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia :

«1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.

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

Debe significarse que la Sala de instancia acierta al valorar que la divergencia entre el criterio del Servicio de Defensa de la Competencia y el del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la intensidad del reproche que la conducta imputada merece, no es de carácter sustancial para incardinar el supuesto previsto en el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia , que faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a que convoque al Instructor si estima que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha apreciado debidamente la cuestión sometida a su conocimiento, por ser susceptible de otra calificación, que autoriza a someter la nueva calificación a los interesados, al no haberse producido una extensión o ampliación del tipo ilícito en que es incardinable la conducta imputada.

La lectura del Informe-Propuesta elaborado por el Instructor del expediente de 23 de marzo de 2001, en que se propone que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción del artículo 1.1 a) de la LDC consistente en pactar las 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, de la que se considera responsable, entre otras entidades financieras, al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., aunque no se estime procedente la imposición de multa, debido a que los acuerdos van encaminados a luchar contra el fraude, evidencia que no existe contradicción entre los hechos imputados que determine una nueva calificación jurídica de la conducta, ya que el Tribunal de Defensa de la Competencia conserva la potestad de modular la

responsabilidad del presunto responsable en el momento de dictar la resolución, una vez concluidas las actuaciones.

El artículo 20.3 del Reglamento que aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, que establece que «en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días», que constituye un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el caso del procedimiento con independencia de su diferente valoración jurídica, no ha sido infringido por la Sala de instancia, en razón de la coincidencia del contenido garantista de este precepto con lo dispuesto en el artículo 43 de la LDC, que resulta directamente aplicable en virtud del principio de *lex specialis*, y de las consideraciones jurídicas expuestas que evidencian la innecesariedad de conceder un nuevo trámite de audiencia cuando la Entidad financiera imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia ha conocido plenamente los hechos que se le imputaban y ha podido formular sin restricción alguna las alegaciones que para su defensa jurídica ha estimado oportunas.

Las garantías constitucionales consagradas en el artículo 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, «son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo expuesto comporta, también, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador, pues, de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE (por todas, STC 59/2004, de 19 de abril, F. 3) ».

Debe significarse que, según es doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 3754/2003), los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos. En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material

probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

En consecuencia, proyectando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas a la presente litis, cabe rechazar que la Sala de instancia haya producido lesión de los derechos de defensa en la tramitación del expediente sancionador ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, al haberse respetado en la tramitación del expediente sancionador el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora.

Cabe concluir el análisis de este primer motivo de casación observando que el examen de las actuaciones procedimentales promovidas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, no revela que a la Entidad recurrente se le haya producido indefensión en su significado material que se caracteriza por suponer una privación o restricción sustancial del derecho de defensa, por significar un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes, que impide o dificulta gravemente la posibilidad de alegar y acreditar los derechos en el procedimiento, que produce que tenga relevancia constitucional lesiva del artículo 24 de la Constitución, según aprecia el Tribunal Constitucional en la sentencia 237/2001 (RA 2183/1997), porque ha podido participar en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, proponiendo pruebas y efectuando las alegaciones que estimó oportunas según se constata en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- Sobre el segundo, el tercer y el sexto motivos de casación: la tipicidad y antijuridicidad de la práctica imputada.

El segundo, el tercer y el sexto motivos de casación, en cuyo planteamiento se cuestiona de forma coincidente la concurrencia de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta imputada, al considerar la defensa letrada de la Entidad recurrente que el acuerdo suscrito entre las sociedades de medios de pago y las entidades financieras con el objeto de cooperar contra el fraude no puede caracterizarse como práctica anticompetitiva, subsumible en la prohibición del artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no pueden ser acogidos.

Procede, en primer término, para contribuir a una mejor comprensión del presupuesto en que se sustenta este motivo, reproducir la exposición de las características del sistema de pago mediante tarjetas de crédito o débito, que se refiere en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de julio de 1999, según lo expuesto en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, (RC 1904/2005):

«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".».

Acogiendo la fundamentación jurídica expuesta en la mencionada sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, hemos de rechazar que la conducta imputada no pueda ser tachada de antijurídica, al incardinarse por sus efectos

colusorios en la prohibición del artículo 1.1. a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia :

«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.

SEXTO.- Sobre el cuarto y el quinto motivos de casación: la eximente de estado de necesidad.

El cuarto y el quinto motivos de casación, que se fundan en la infracción de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de los artículos 20.5, 248.2 y 392 del Código Penal , que censuran la fundamentación del argumento expuesto en la sentencia recurrida, concerniente a que «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», deben ser rechazados, al tratarse de un "obiter dicta" que no resulta trascendente para sustentar la pretensión casacional de revocación de la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional.

Se advierte que la Sala de instancia se limita a recordar el significado del principio de legalidad sancionadora consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución , en la dimensión en que impone al poder legislativo, como presupuesto de la legitimidad democrática de la intervención punitiva, con base en la observancia del principio de reserva de ley, tipificar las infracciones que describen los comportamientos ilícitos y determinar las sanciones aplicables (STC 196/2006, de 3 de julio).

La circunstancia de que determinados establecimientos comerciales puedan realizar actividades delictivas mediante la utilización fraudulenta de las tarjetas de crédito, que sean subsumibles en el delito de estafa, tipificado en el artículo 248.2 del Código Penal y en el delito de falsedad documental previsto en el artículo 392 del Código Penal , no interfiere en el presupuesto que delimita la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia para perseguir y sancionar aquellas conductas derivadas de la suscripción de un Acuerdo entre las Sociedades de medios de pago y las Entidades financieras si considera que son restrictivas de la competencia y se incardinan en las prácticas prohibidas por el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia , con base en el principio de separación de las legislaciones penal y administrativa.

El argumento de la sentencia recurrida sobre las competencias de los órganos legislativos del Estado español y de la Unión Europea para determinar los modos e instrumentos penales y administrativos de lucha contra el fraude en el uso de tarjetas de crédito, que considera la Entidad financiera recurrente censurable, resume la fundamentación jurídica expuesta en la precedente sentencia dictada por esa misma Sala al resolver la impugnación de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia:

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

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

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

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

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

"Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que excede estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 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 corporación que tratan de impulsar las Autoridades comunitarias se refiere exclusivamente al intercambio de información, dentro del respeto a los derechos individuales y a la libre competencia, sin que en ningún momento exista ninguna indicación o afirmación que permita suponer que se alienta la concertación o la adopción de políticas comerciales uniformes frente a los casos de fraudes e impagos".».

Cabe por tanto rechazar que la Sala de instancia haya infringido los principios constitucionales inherentes al Derecho administrativo sancionador, al no estimar aplicable como causa de exención de la responsabilidad administrativa el estado de necesidad, al no poder eludir que en este proceso se debaten los efectos anticompetitivos de un acuerdo de cooperación que, aunque tiene, entre otros objetivos, luchar contra las prácticas fraudulentas en la utilización de las tarjetas de crédito, produce efectos lesivos de la competencia, que como hemos razonado en el precedente fundamento jurídico, no se justifican en que la práctica colusoria sea necesaria e inevitable para tratar de evitar un mal propio o ajeno, que ampararía la lesión de un bien jurídico, al exigirse que concurren los requisitos establecidos en dicho precepto del Código Penal.

En efecto, no cabe estimar que tenga virtualidad exculpatoria la intención legítima que motiva la suscripción del acuerdo enjuiciado, porque el ámbito aplicativo de la circunstancia eximente de estado de necesidad queda delimitado por la exigencia del presupuesto de que exista una situación de conflicto de intereses que propicia de forma imperiosa la realización de una conducta típica con el objeto de evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, que no concurre en este supuesto, al poder combatir el fraude derivado de la utilización de tarjetas de crédito por otros medios que no resulten lesivos para el Derecho de la competencia.

SÉPTIMO.- Sobre el séptimo y el octavo motivos de casación: El principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas.

El séptimo y el octavo motivos de casación, que censuran que la Sala de instancia ha infringido el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece los criterios de graduación de las sanciones, y el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que garantiza el principio de proporcionalidad, en la proyección de que la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia es arbitraria e irracional porque no guarda relación con la gravedad de la conducta infractora, que tenía como finalidad cooperar contra el fraude y, al no haberse producido un perjuicio efectivo de la competencia, deben ser desestimados.

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.

La Sala de instancia realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, porque no cabe eludir que como consecuencia de la conducta sancionada se ha producido un efecto lesivo del Derecho de la Competencia, que menoscaba el interés público tutelado, representado por el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo, al vulnerar el principio de libertad empresarial de los agentes económicos que operan en el mercado efectivo, en razón de las concretas circunstancias concurrentes en la reacción uniforme acordada por las sociedades de medios de pago y entidades financieras, por la utilización de las tarjetas de crédito o de débito en establecimientos comerciales, sin que se haya prescindido de la aplicación del principio de individualización de la sanción.

Debe concluirse, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha respetado las directrices jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad expresadas en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000):

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.».

En consecuencia, al desestimarse los ocho motivos de casación articulados, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 296/2002.

OCTAVO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 296/2002.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

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