

Id. Cendoj: 28079130032013100031
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/02/2013
Nº de Recurso: 4883/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: AUTORIZACIÓN SINGULAR PARA ESTABLECIMIENTO DE SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA TASA DE INTERCAMBIO EN OPERACIONES DISTINTAS A DISPOSICIONES DE EFECTIVO REALIZADAS CON TARJETAS DE DÉBITO Y CRÉDITO EN LA RED DE CAJEROS AUTOMÁTICOS DE TELEBANCO 4B.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil trece.

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 4.883/2.009, interpuesto por SISTEMA 4-B, S.A., representada por la Procuradora D^a Paz Santamaría Zapata, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de junio de 2.009 en el recurso contencioso-administrativo número 390/2.007 , sobre expediente de autorización singular A 368/07 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2.009 , desestimatoria del recurso promovido por Sistema 4-B, S.A. contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de agosto de 2.007 dictada en el expediente A 368/07 (2769/07 del Servicio de Defensa de la Competencia), que acuerda lo siguiente:

" **Primero.**- Conceder Autorización Singular para que las entidades participantes en SISTEMA 4B puedan fijar una tasa de intercambio multilateral para las operaciones diferentes de la retirada de efectivo con tarjetas de débito y de crédito en cajeros pertenecientes a la red TELEBANCO 4B, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, quedando dicha autorización sujeta a las condiciones que establecen el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 14 del Real decreto 278/2003 .

Segundo.- No autorizar el incremento de la tasa de intercambio propuesto por el solicitante, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos de derecho décimo y undécimo.

Tercero.- La tasa de intercambio multilateral se debe entender como máxima y aplicable por defecto, de manera que permita la existencia y aplicación de aquellas tasas más bajas que sean resultado de acuerdos bilaterales concluidos entre entidades financieras de la misma red TELEBANCO 4B.

Cuarto.- En el caso de que una entidad adquirente establezca cargos o comisiones a los usuarios de sus cajeros con motivo de las operaciones intrasistema objeto del acuerdo notificado, dicha entidad no recibirá la tasa de intercambio intrasistema.

Quinto.- Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la ejecución y funcionamiento de lo dispuesto en la presente Resolución."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 31 de julio de 2.009, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telebanco 4-B, S.A. ha comparecido en forma en fecha 19 de octubre de 2.009, mediante escrito por el que interpone su recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ;

- 2º, por infracción de la jurisprudencia;

- 3º, por infracción de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución y del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , así como del artículo 54.1 de esta última norma, y

- 4º, por infracción del artículo 14 de la Constitución .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y, en su lugar, se dicte resolución de conformidad con las peticiones contenidas en el suplico del escrito de demanda en primera instancia, sin que en ningún caso se le impongan las costas, dada su buena fe.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 25 de febrero de 2.010.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del mismo, confirme el auto que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente según lo previsto en el artículo 139 de la Ley jurisdiccional .

QUINTO .- Por providencia de fecha 11 de octubre de 2.012 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 22 de enero de 2.013, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad mercantil Sistema 4B, S.A., impugna en casación la Sentencia dictada el 17 de junio de 2.009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional . Dicha Sentencia desestima el recurso entablado por la citada mercantil contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de agosto de 2.007, por la que se concedía una autorización singular para que las entidades integrantes del Sistema 4B pudieran fijar una tasa de intercambio multilateral para las operaciones deferentes a la retirada de dinero en cajeros de la red Telebanco 4B, se denegaba el incremento de la citada tasa de intercambio y se imponían determinados requisitos y condiciones.

El recurso se articula mediante cuatro motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo se aduce la infracción del artículo 1.d) de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por entender la Sentencia impugnada que el acuerdo entre el Sistema 4B y la entidades integradas en el mismo era restrictivo de la competencia. En el segundo motivo se aduce la infracción de la jurisprudencia en relación con la valoración arbitraria de la prueba. El tercer motivo se funda en la supuesta infracción de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución , y 3 y 54.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), por vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Finalmente, el cuarto motivo se basa en la supuesta infracción del artículo 14 de la Constitución , en relación con la concesión de otras autorizaciones singulares sin limitar su duración hasta la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia de 2.007.

SEGUNDO .- Sobre la naturaleza restrictiva de la competencia del acuerdo.

Sobre la naturaleza del acuerdo desde el punto de vista de sus efectos sobre la competencia la Sentencia impugnada se pronuncia en los siguientes términos:

" **TERCERO**.- Según el suplico de la demanda, la primera cuestión que se ha de resolver en este pleito es examinar la legalidad o no del pronunciamiento primero del TDC sobre que el acuerdo notificado de fijación de la tasa de intercambio multilateral (en adelante TIM) en otras operaciones distintas de las disposiciones de efectivo

realizadas con tarjetas de crédito y débito en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B, en la que tanto la tarjeta como la adquirente y propietaria del cajero pertenecen a esta red (TIM intrasistema), es un acuerdo restrictivo de la libre competencia del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Se ha de precisar con carácter previo que en este acuerdo notificado la recurrente señala como operaciones afectadas por el mismo y las TIM notificadas para cada una :

.- Pago de recibos: 0,40 €

.- Recarga de Móviles: 0,39 €

.- Venta de entradas: 0,40 €

.- Consulta de saldo: 0,35 €

.- Consulta de movimientos: 0,35 €

(Distinta TIM según nº 1 mvts.)

.- Denegación y rechazos: 0,29 €.

Como bien apunta la resolución del TDC impugnada, siempre con base en la solicitud de autorización singular efectuada por la actora, este acuerdo notificado viene a establecer el nivel de la TIM que las entidades financieras miembros de la red TELEBANCO 4B se aplicarán a esas otras operaciones distintas de la disposición en efectivo realizadas con tarjeta de crédito o de débito por parte del titular de tarjeta cuya cuenta bancaria esté abierta en una entidad distinta a la propietaria del cajero, aunque ambas pertenezcan a esa misma red, siendo el resultado de cada TIM en función de la operación que se realice y según la relación arriba expuesta.

En esa misma solicitud también se indica que estas TIM son el resultado de un estudio de costes el año 2006 realizado por SISTEMA 4B según la información de las entidades adheridas a la red (Banco Santander, Banco Pastos, Banesto, Banco Popular) y de la obtenida de los registros internos de SISTEMA 4B. Estas TIM serán abonadas por la entidad emisora de la tarjeta a la entidad adquirente y ello se considerará un límite máximo, sólo a reducir si lo aconseja el mercado, y se aplicarán únicamente si no existe acuerdo bilateral entre entidades emisoras y adquirentes. Cada dos años se realizará una actualización del estudio y según el mismo se revisarán las TIM adoptadas en ese acuerdo.

Finalmente, dicha solicitud recalca que el acuerdo fija las mismas TIM para las tarjetas de crédito y de débito, dado que la TIM es un precio mayorista que la entidad emisora debe abonar a la entidad adquirente por el servicio que ésta última presta a la primera: con la tasa se remunera un servicio mayorista como es la posibilidad de acceso a una red de cajeros ajenos por parte de usuarios que no disponen de cuentas en la entidad propietaria del cajero.

La recurrente señala en su demanda que un acuerdo que establece una tasa de intercambio multilateral resulta mucho menos costoso que la negociación individual por cada transacción realizada en cajero, como lo ha admitido el SDC y el TDC en varias ocasiones. Se ha de tener cuenta también que el sistema empleado para determinar la

tasa, atendiendo al coste medio por operación en el que incurre el banco adquirente por el servicio solicitado con tarjetas de Sistema 4B en su cajero, incentiva a los bancos adquirentes a reducir sus costes, y en última instancia se reducen los costes globales del sistema. Además, el establecimiento de esta tasa a un puro nivel de costes permite trasladar al usuario los beneficios del sistema. Por ello, resulta evidente, continua la demandante, que el sistema de determinación de las tasas de intercambio intrasistema 4B no tiene efectos restrictivos de la competencia, siendo el único modo comercialmente viable de llevar a cabo las transacciones con tarjeta entre sus entidades financieras y al haber fijado el nivel de dichas tasas de intercambio en función de los costes de cada transacción. Por ello, entiende que el TDC se equivoca al considerar ese acuerdo como restrictivo de la competencia por cuanto el mismo no tiene ni un objeto ni efectos restrictivos.

Se ha de recordar que esta Sección, en su sentencia de 28 de noviembre de 2006 (recurso 25/06), confirmó el acuerdo del TDC de 7 de noviembre de 2005, que resuelve conceder la autorización singular solicitada por Euro 2000 S.A. y Sistema 4B S.A., en relación a un acuerdo por el que se establecen condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las respectivas redes de cajeros automáticos, al amparo del Art. 4 de la ley 16/89 , por un periodo de un año a contar desde la fecha de la resolución y sujeta a las condiciones que con carácter general establece dicho Art. 4 de la referida ley , y en particular a la obligación de solicitar autorización al SDC para cualquier revisión al alza de las tasas de intercambio o de las comisiones que se pretenda realizar en aplicación del Art. 5 del propio acuerdo que se autoriza. En esta sentencia decíamos, entre otras cosas y en relación al referido acuerdo de 7 de noviembre de 2005:

Esta Sala considera que el Acuerdo entre las actoras constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en cuanto dos empresas que agrupan a la práctica totalidad del sector bancario y de cajas de ahorro pactan las condiciones comerciales a aplicar en la totalidad del territorio nacional en las operaciones de extracción de efectivo realizadas en cajeros pertenecientes a las redes SISTEMA 4B y EURO 6000 siempre que la entidad emisora de la tarjeta no pertenezca a la misma red de cajeros que la entidad financiera adquirente.

Aún admitiendo que solo la tasa de intercambio única permitiese la interoperatividad, lo que no constituye sino una afirmación carente de prueba en el expediente y los autos, o que solo de este modo se pudiesen recuperar los costes de la prestación (como también se afirma en la demanda) esta Sala considera con la Administración que el hecho de que la práctica totalidad de los operadores del sector entidades de crédito establezca idénticas condiciones comerciales (tasa de intercambio y comisiones) elimina la competencia en este concreto sector de actividad.

Al tiempo, esta Sala comparte el criterio de la Administración y las alegaciones de la actora en el sentido de que el beneficio potencial para el consumidor, centrado en el momento de solicitarse la autorización en la bajada sustancial del importe de dicha comisión y tasa, es evidente, aunque desaparecería caso de que el pacto sostuviera un incremento notable de dichas tasa y comisión.

El presente acuerdo objeto de este recurso es, esencialmente, similar a dicho anterior de 7 de noviembre de 2005, si bien se refiere a otras operaciones a realizar con tarjeta de crédito y débito, y al hilo de lo que allí decíamos se ha de señalar con carácter previo que el artículo 1.1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela. Esto supone, como bien

apunta el acto recurrido, la existencia de una bilateralidad o pluralidad de voluntades económicamente independientes. En este caso SISTEMA 4B es una sociedad cuyos accionistas son entidades financieras activas y competidoras en el mercado de crédito y de servicios vinculados, y el que éstas sean independientes de aquella, que tiene personalidad jurídica diferenciada, supone que se cumple el requisito de pluralidad de partes en ese acuerdo notificado por el SISTEMA 4B.

Coincide también en este caso este Tribunal con el TDC en que la fijación de una tasa de intercambio intersistema como la objeto de autos constituye un claro caso de acuerdo restrictivo de la competencia. Y ello porque, en la línea de lo que decíamos en la citada sentencia pero aplicado al concreto caso de autos, se está hablando de la fijación de una tasa de intercambio intrasistema en que las entidades emisoras de tarjetas de una entidad se obligan a abonar a las entidades adquirentes de la misma red en calidad de pago por cada operación diferente de la extracción de efectivo que sus clientes realicen en los cajeros automáticos de dicha entidad adquirente. Con esta fijación de dicha tasa se sustituyen por un precio mayorista las estrategias unilaterales de las empresas propietarias de los cajeros automáticos, además de que el precio ha sido acordado entre empresas competidoras.

También se ha de coincidir con el TDC en que el hecho de que la TIM no afecte directamente a las relaciones banco-cliente (se habla de acuerdo sólo entre entidades incluso competidoras en ese mercado de crédito y servicios vinculados) no significa que ese acuerdo de fijación de una tasa multilateral por la prestación de un servicio conjunto no sea anticompetitivo. Estamos hablando de un acuerdo entre competidores sobre el precio, pues se trata, se reitera, de un acuerdo multilateral por la prestación de un servicio que las entidades financieras adheridas a un sistema de pago prestan a los titulares de tarjetas de crédito y débito a través de una red de cajeros automáticos de ese sistema. En definitiva, se está realizando un acuerdo de competidores sobre algo trascendental en la competencia como es el precio, por lo que constituye, obviamente, una práctica restrictiva de la competencia del artículo 1.1 de la LDC .

Por otro lado, se ha de recordar, y que esta Sala comparte, lo expuesto en su momento por el Consejo de Consumidores y Usuarios, de que el establecimiento de la TIM supone un factor limitador importante a la posible competencia entre las entidades integradas en el sistema 4B, de modo que dicha competencia pueda redundar a favor del usuario, que en caso contrario podría optar por la que la ofreciese mejores condiciones." (fundamento jurídico tercero)

La parte recurrente aduce en su motivo que el acuerdo no es restrictivo de la competencia ni en cuanto a su objeto ni en cuanto a sus efectos. Justifica su necesidad en la evitación de los costes e inconvenientes asociados a la negociación bilateral entre las entidades intervinientes, favoreciendo la utilización de las tarjetas de las entidades financieras participantes de la red en los cajeros. El acuerdo tendría una finalidad pro-competitiva, la de hacer posible la interoperabilidad entre las distintas entidades financieras adheridas a la red Telebanco 4B, permitiendo un sistema de cálculo de la tasa de intercambio con participación de todas las entidades en términos de igualdad, con independencia de su tamaño.

El motivo debe ser rechazado. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la materia en la Sentencia de 21 de octubre de 2.009 (RC 1.401/2.007), en la que dijimos:

" **Quinto.-** La primera de las cuestiones que centró y centra el debate procesal es la relativa a la naturaleza del acuerdo objeto de autorización. Las partes recurrentes

imputan a la Sala de instancia en su primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, haber vulnerado el artículo 1 de la Ley 16/1989 "al considerar erróneamente que el acuerdo de determinación de tasas de intercambio y comisiones máximas propuesto por Euro 6000 y Sistema 4B es restrictivo de la competencia".

La conducta enjuiciada, si bien consiste en un acuerdo entre las dos sociedades de sistemas de medios de pago, en realidad supone la concertación de las entidades financieras que participan en aquellos sistemas, esto es, de un significativo número de cajas de ahorro ("Euro 6000, S.A.") y bancos españoles ("Sistema 4B, S.A."). Unas y otros son o bien socios y accionistas o bien entidades financieras adheridas a los respectivos sistemas.

La Sala de instancia no hace sino computar, como ya lo hiciera el Tribunal de Defensa de la Competencia, el número de cajas de ahorro que los propios notificantes reconocen formaban parte de "Euro 6000, S.A." (treinta y cinco cajas de ahorro con implantación en la "práctica totalidad del territorio del Estado") y el número de entidades bancarias acogidas al "Sistema 4B, S.A." (doce bancos accionistas y otros diecisiete adheridos). Se trata, pues, de un acuerdo concertado por gran parte de las entidades que integran el sistema crediticio español.

La concertación o acuerdo de las entidades financieras, suscrita el 17 de mayo de 2001 y notificada el 11 de octubre siguiente al Servicio de Defensa de la Competencia, se extiende a dos relevantes magnitudes:

A) De un lado, aquellas entidades se ponen de acuerdo en fijar una única tasa interbancaria (0,45 euros) aplicable a las operaciones de retirada de efectivo realizadas en los cajeros pertenecientes a ambas redes. Todos los bancos y cajas de ahorros pertenecientes a los dos sistemas convienen, pues, que se cobrarán entre sí aquella tasa interbancaria cuando se trate de extracciones de metálico correspondientes a tarjetas de débito cuyas entidades emisoras (un banco, por ejemplo) no pertenezcan a la misma red que la entidad financiera "adquirente", esto es, la entidad que anticipa el pago al titular de la tarjeta (una caja de ahorros, por ejemplo).

El acuerdo no se refiere a las tasas de intercambio intrasistema que cada red fija por sí misma para sus propios integrantes (y que en el caso de "Euro 6000, S.A." fue objeto de otro expediente de autorización singular).

B) De otro lado, conciertan que cobrarán una comisión máxima de 0,50 euros por cada retirada de efectivo que los titulares de las tarjetas de débito lleven a cabo en cualquiera de los cajeros de ambas redes.

El objetivo confesado del acuerdo es "incentivar el uso integrado de ambas redes".

Sexto.- Desde cualquier ángulo que se analice, el acuerdo era en sí mismo restrictivo de la competencia. Podía, ello no obstante, estar justificado y tener validez en cuanto se tratara de una conducta sujeta pero exenta (empleando a estos efectos una terminología más propia del derecho tributario) o autorizable, por atenerse a los objetivos y finalidades que la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, contemplaba, pero repetimos que en su propio contenido el acuerdo caía bajo la órbita del artículo 1 de esta última Ley.

Precisamente el sistema de autorización previa que regulaban los artículos 3 y 4 de la

Ley 16/1989 , ya derogada, permitía al Tribunal de Defensa de la Competencia dispensar del "régimen común" de prohibición a determinados acuerdos restrictivos de la competencia que, sin ella, serían perseguibles como conductas colusorias. Autorización o dispensa que se podía reconocer si aquellos acuerdos contribuían a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico siempre que, a la vez, permitieran a los consumidores o usuarios participar adecuadamente de sus ventajas, no impusieran restricciones no indispensables para la consecución de los objetivos propuestos y no eliminasen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En la nueva Ley 15/2007, por el contrario, se suprime el régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos para convertirlo en un sistema de exención legal en línea con el nuevo modelo comunitario, de modo que la Comisión Nacional de Competencia no otorga ya autorizaciones singulares y son las propias empresas quienes han de autoevaluar la conformidad a derecho de sus acuerdos o conductas.

Situados en la perspectiva de la Ley 16/1989, es difícilmente rebatible que el acuerdo objeto de debate tuviera en principio carácter anticompetitivo aunque, precisamente a partir de esta premisa, pudiera ser objeto de una autorización singular, sujeta a determinadas condiciones y límites. En la dialéctica entre las conductas prohibidas de modo absoluto y las conductas prohibidas en principio pero autorizables (*ex lege* , tras la Ley 15/2007) los argumentos aducidos por las entidades recurrentes ponen el acento en las ventajas que justifican la autorización, pero no llegan a desvirtuar en absoluto que el acuerdo, por su propia naturaleza, careciera de efectos restrictivos de la competencia.

Y es que, en efecto, por mucho que el acuerdo pudiera favorecer la interoperatividad entre los sistemas y promover las disposiciones de efectivo realizadas con tarjeta de débito en las dos redes de cajeros automáticos, en sí mismo suponía una concertación de las entidades crediticias llamadas a competir, que fijan de consuno determinadas condiciones comerciales para sus servicios. Podrá discutirse si las tasas de intercambio en él fijadas eran más o menos adecuadas pero no cabe duda de que la mera fijación conjunta de aquéllas, aun cuando se hiciera para evitar una multitud de acuerdos bilaterales entre entidades emisoras y adquirentes, resultaba por sí misma susceptible de restringir la competencia. No otra cosa puede afirmarse de unos acuerdos entre una parte significativa de las entidades financieras españolas que convienen en unificar parte de las condiciones comerciales bajo las que operan.

De hecho, el Tribunal de Defensa de la Competencia no dejó de subrayar cómo las autoridades de competencia en otros países europeos (se refirió en concreto a las del Reino Unido en su decisión Link 2001 y de Italia en su decisión Bancomat 2002) habían llegado a análogas conclusiones. Esto es, habían partido del inicial carácter anticompetitivo del acuerdo para, acto seguido, autorizarlo tan sólo cuando se garantizase la "participación adecuada" de los usuarios en las ventajas de él derivadas, efecto que pudiera alcanzar si los precios de transacción acordados se aproximan suficientemente a los costes reales del sistema.

Prueba adicional del carácter anticompetitivo de este género de acuerdos es que, cuando las entidades recurrentes solicitaron la autorización singular, afirmaron que el efecto restrictivo quedaría excluido si la tasa de intercambio se situaba al mero nivel de costes. Esta era precisamente una de las cuestiones que habían de ser verificadas para decidir sobre su autorización singular. La autorización es posible tan sólo sobre la

base de las ventajas que el acuerdo mismo proporcionase al sistema financiero en su conjunto (incluidos los consumidores) y desde la premisa de que se trata de un acuerdo incluido en el ámbito del artículo 1 de la ley 16/1989 . Se ponía de relieve, pues, cómo un acuerdo de estas características sólo bajo determinadas condiciones es susceptible de autorización, lo que exige partir de la base de su naturaleza concertada y anticompetitiva de principio.

Aun cuando no se trata exactamente de las mismas tasas de intercambio, también la Comisión Europea consideró que la fijación concertada por una serie de entidades financieras -bajo la cobertura de una entidad como la de autos- de otras tasas multilaterales de intercambio (en aquel caso se trataba de las tasas intrarregionales correspondientes al uso de la tarjeta Visa para las transacciones en las que una tarjeta emitida por un Estado miembro se utilizaba en un establecimiento comercial de otro Estado) eran en principio restrictivas de la competencia, aunque podían ser autorizables al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento número 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

Las consideraciones de la Comisión Europea este respecto, plasmadas en los apartados 64 y siguientes de la Decisión de 24 de julio de 2002 (y reproducidas ulteriormente en otras decisiones análogas), son aplicables *mutatis mutandis* al caso de autos. En ellas se viene a afirmar que la fijación conjunta de este género de tasas de intercambio, acordada de manera conjunta por bancos competidores, constituye una restricción de la competencia aunque puede ser autorizada en la medida en que contribuya a hacer más eficiente el sistema de pagos con tarjeta, siempre que la fijación de aquellas tasas se haga con criterios razonables, al nivel del coste de los servicios proporcionados.

La intervención de las autoridades de competencia en este ámbito pone de manifiesto, pues, la convicción de que el acuerdo por el que se fija una misma tasa de intercambio (en este supuesto intersistema, pero igualmente en las tasas intrasistema) y a través del cual las entidades emisoras de tarjetas de un sistema se obligan a pagarla a las respectivas entidades adquirentes por cada extracción de efectivo realizada con tarjetas de débito que sus clientes realicen en los cajeros automáticos del otro sistema, dicho acuerdo, decimos, constituye una conducta restrictiva de la competencia. Convicción que esta Sala, al igual que la de instancia, considera correcta por cuanto ha sido expuesto.

El mismo efecto restrictivo de la competencia lo presenta, *a fortiori* , la fijación conjunta de unos precios (aunque sean máximos) pactados bajo la modalidad de comisiones que han de cobrar cada una de las entidades financieras por las operaciones consistentes en la retirada de efectivo que los titulares de las tarjetas de débito lleven a cabo en cualquiera de los cajeros de ambas redes. La naturaleza anticompetitiva de este segundo acuerdo es, si cabe, aún más clara por mucho que con él se modificaran a la baja las comisiones preexistentes. El concierto de las entidades financieras en la fijación máxima del precio (comisión) que sus clientes han de pagar por determinados servicios es una conducta típica de las encuadradas en el artículo primero de la Ley 16/1989 .

El primer motivo de casación debe, en suma, ser rechazado." (fundamentos de derecho quinto y sexto)

Las consideraciones expuestas en la Sentencia que se acaba de reproducir son

plenamente aplicables al supuesto presente. La sustitución de múltiples acuerdos bilaterales por uno conjunto entre entidades que compiten entre si constituye, por su propia naturaleza, un pacto anticompetitivo, pues sustituye las estrategias competitivas de los sujetos participantes por un acuerdo consensuado. Al igual que se argumenta en dicha Sentencia, las alegaciones formuladas por la recurrente (evitación de costes innecesarios, fomento del uso de las tarjetas, etc.) son las razones por las que el acuerdo litigioso fue objeto de una autorización singular en la normativa anteriormente vigente, pero no excluyen su naturaleza anticompetitiva.

TERCERO .- Sobre la valoración de la prueba.

La entidad recurrente considera que la Sentencia impugnada ha efectuado la valoración de la prueba relativa al estudio de costes de modo arbitrario, conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución . En primer lugar afirma que no se le puede restar valor al estudio de costes aportado por el hecho de no ser estrictamente una prueba pericial o por haber sido aportado previamente durante la tramitación del expediente administrativo. Y, en segundo lugar entiende que, en contra de lo que afirma la Sentencia recurrida, el referido estudio de costes no fue objeto de análisis en la resolución administrativa, sino que se valoró únicamente la conclusión de que en diversos supuestos los costes calculados para los distintos servicios eran superiores a los existentes con anterioridad, lo que llevó a rechazar de plano y de forma arbitraria dicho estudio.

En relación con la aportación y valoración de dicho estudio de costes, la Sentencia de instancia se refiere al mismo al rechazar que el Tribunal de Defensa de la Competencia hubiera efectuado un cambio inmotivado de criterio respecto al principio de orientación a costes de la tasa de intercambio. Así, afirma:

" **CUARTO**.- [...]

La resolución recurrida, tras hacer una aparente valoración positiva sobre el cumplimiento por el acuerdo notificado de los requisitos de autorización del artículo 3.1 de la LDC , sin embargo señala que, dado que el objeto de la solicitud no es tanto el nivel de las TIM concretas que se notifican como el de una metodología para el cálculo de dichas tasas a lo largo del tiempo, resulta indispensable conocer "El estudio de costes" completo que desarrolle dicha metodología, y como la interesada no lo ha aportado, concluye que no dispone de información suficiente para valorar el sistema utilizado para determinar la tasa de intercambio cuya autorización se solicita.

Tras una serie de trámites y dar audiencia al la interesada, que presentó un nuevo Estudio de Costes, el TDC efectúa una amplia exposición en sus fundamentos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, refiriéndose incluso a posiciones de economistas y experiencias en otros países, concluyendo que a la hora de valorar el cumplimiento del artículo 3.1 de la LDC necesita saber si el mecanismo propuesto en el acuerdo notificado genera eficiencias al sistema actual, si los consumidores pueden participar en esas mayores eficiencias, si éste es indispensable para generar dichas eficiencias, y si las partes implicadas no pueden a través del acuerdo eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos o servicios.

Añade el TDC que el sistema TIM supone, frente al de una tasa interbancaria bilateral, mayores eficiencias por el ahorro de costes de transacción, aunque es un acuerdo restrictivo, y si se demostrasen los resultados del modelo Donze y Dubec (2005), la TIM estaría siendo utilizada como mecanismo colusivo que reduce la competencia en el

mercado de los depósitos bancarios. En el caso de que el sistema de comisión cobrada por el emisor y el recargo cobrado por el adquirente generase una asignación tanto o más eficiente de distribución de cajeros, la TIM no cumpliría el art.3 de la LDC , puesto que habría otros mecanismos menos o nada restrictivos.

En definitiva, el TDC considera que todo lo anterior no permite concluir que la TIM cumpla con los requisitos del artículo 3.1 de la LDC , ni tampoco en el presente caso, en que los estudios de costes no son concluyentes. Por ello, entiende que sólo un análisis más profundo de los efectos que uno y otro modelo tendrán en el mercado español, haciendo uso de la información recopilada por el Banco de España, conjuntamente con los modelos más adaptados a la realidad de nuestro mercado, podrían poner de manifiesto los efectos de unos y otros sistemas, y ser entonces valorados desde la perspectiva de la competencia y/o de la regulación.

Añade el TDC que en el supuesto caso de que la TIM es un mecanismo de gestión de redes compartidas de cajeros que, no obstante incumplir el artículo 1.1 de la LDC , cumpliera los requisitos del artículo 3.1 de esa misma Ley , habría que resolver la cuestión del incremento en el nivel de precios propuesta por la actora en relación con la TIM por operaciones distintas de la extracción de efectivo, ya que ésta última considera que se ajusta a los costes tal como solicitaba el TDC en su anterior resolución de 7 de noviembre de 2005.

Si embargo, el TDC entiende que no nos encontramos en la misma situación porque en esa anterior solicitud la empresa notificante presentaba estudio de costes, como ahora, y manifestaba que la TIM propuesta se ajustaba a los costes reales, como ahora, y además en aquella solicitud se planteaba una reducción del nivel de la TIM de las tarjetas de débito, todo lo contrario que en esta ocasión, donde las TIM propuestas experimentan aumentos y el cobro de TIM en operaciones no gravadas. Concluye el TDC indicando que de aceptar las tasas propuestas, supondría que las TIM con las que habían operado en general las entidades integrantes de la red TELEBANCO 4B desde al menos 1990 eran inferiores a sus costes. Ello no resulta creíble y hace dudar, según el TDC, de los criterios y la cuantificación de costes que se han empleado en dicho estudio. De forma alternativa señala que si las TIM propuestas se ajustan realmente a los costes del sistema y el sistema de pago ha sido capaz de operar satisfactoriamente en el sentido de que esas TIM inferiores a sus costes no han impedido la proliferación de cajeros y su mejora tecnológica, habrá que entender que esas pérdidas no lo son y son una inversión en la lucha por captar clientes en un entorno multiproducto, por lo que habrá que plantearse abandonar la orientación a costes como el mejor sistema para fijar las TIM, a favor de otros sistemas, mas cuando nos encontramos en una situación en que los costes de los recursos necesarios para proveer el servicio muestran continuadas rebajas de precios en los últimos años y resultaría que la orientación a costes estaría llevando a TIM mayores que en ausencia de esta orientación. Por ello, termina resaltando que las actuales TIM resultan preferibles a las propuestas porque cumplen mejor los criterios del artículo 3.1 de la LDC , y en particular su letra a).

La parte recurrente señala que ha existido en este caso un rechazo injustificado por el TDC del estudio de costes presentado por la misma, lo cual pone de manifiesto una absoluta falta de rigor y motivación de la resolución. Además, se debería de haber aceptado la oferta de esa parte de presentar un estudio elaborado por una empresa consultora de reconocido prestigio, que si bien se había realizado en otro expediente, se habría extendido a este, por la clara conexión existente entre los mismos.

También se da por poco motivada para dicha parte la afirmación del TDC relativa a la posibilidad plantear el abandono de la orientación de costes como mecanismo para fijar la tasa de intercambio. En primer lugar, no se puede dar por sentado que la tasa de intercambio (TIM) que actualmente es de aplicación entre entidades adheridas a SISTEMA 4B es y ha sido desde que se estableció inferior a los cotes, porque ello no está sustentando por datos objetivos, dado que dicha entidad aportó al TDC un cuadro que reflejaba la evolución de las tasas de intercambio intrasistema e intersistemas para las operaciones de disposición de efectivo y para operaciones distintas de estas en la red de cajeros automáticos TELEBANCO 4B desde aproximadamente 1990. Y ello porque el carácter dinámico de ese sistema, con alzas y bajas, impide llegar a esa conclusión. Además, las entidades financieras despliegan una actividad multiproducto en el que, según el momento de que se trate, habrá unas actividades más rentables que otras, que se compensarían entre sí. Por otro lado, España es un mercado todavía incipiente en la utilización de la tarjeta, lo que explica que se haya optado por la reducción de cajeros por cuanto se habrían producido un claro descenso de las tarjetas y de su uso en comercios.

Igualmente, afirma la actora que el TDC no ha tenido en cuenta para deducir sus afirmaciones que últimamente ha habido un aumento de costes de alquiler de espacio, de personal y de vandalismo, y que el coste unitario por operación depende, a su vez, del volumen de operaciones, por lo que una reducción de costes no conlleva necesariamente un menor coste unitario. Tampoco se ha de olvidar que las entidades financieras han comenzado a realizar las inversiones necesarias para adaptar sus parques de cajeros al estándar de la tecnología EMV que el exige el nuevo marco SEPA (Single Euro Payments Área) para las tarjetas, lo que ha supuesto un aumento de costes.

Finalmente, indica que dicha parte aportó ante el TDC, el 18 de julio de 2007, un estudio de costes del SISTEMA 4B, cuyo autor se ratificó en el mismo ante esta Sala como prueba pericial, sin que ni el TDC ni ahora la Abogacía del Estado hubieran acreditado de forma objetiva que ese estudio de costes no fuera concluyente como ambos señalan.

En primer lugar, se ha de resaltar que, a tenor de los citados pronunciamientos expuestos de la referida resolución del TDC impugnada, y de las propias alegaciones expuestas por la demandante, en ningún caso se ha producido por parte del TDC un cambio de posición absolutamente inmotivada, pues de esos amplios razonamientos de la demanda expuestos en tal sentido se deduce claramente que la actora ha tenido conocimiento de las razones, también amplias y extensas, como arriba se ha expuesto, que el citado Tribunal ha esgrimido para llegar a las conclusiones ahora impugnadas. Otra cuestión es que no se esté de acuerdo con esas conclusiones y que se pretenda rebatirlas, pero ello nada tiene que ver con una falta de absoluta motivación que suponga concluir que la resolución es arbitraria.

Para esta Sala las alegaciones efectuadas por la recurrente carecen de sustento probatorio pues la prueba pericial practicada, que no se puede entender desde un punto de vista procesal estricto como una pericia, aunque nominalmente se haya admitido en tal sentido, sino como una documental técnica que además ya se aportó en el expediente administrativo y fue objeto de estudio en la resolución recurrida, no aporta, como luego se verá, dato relevante en tal sentido, y en ningún caso ha podido desvirtuar esa presunción de validez de la que goza la resolución del TDC en cuanto acto administrativo (artículo 57 de la Ley 30/1992).

Al hilo de lo anteriormente expuesto, se ha de señalar que el informe de costes emitido por D. Pedro Enrique se aportó en su momento por la recurrente en el expediente administrativo que culminó con la resolución del TDC objeto de este procedimiento y su autor lo ratificó ante esta Sala. Como prueba pericial se solicitó por la actora el sometimiento de dicho informe a las preguntas de las partes y así se acordó, efectuando dicho autor de ese informe una breve exposición de su contenido. Sin embargo, como arriba ya se anticipó, no nos encontramos en este caso, en sentido estricto, con el informe pericial, ya sea de parte o de designación judicial, a que se refieren los artículos 335 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en ambos casos la pericial se ha de efectuar "ad hoc" para la resolución de las cuestiones planteadas en el pleito y con unos criterios de imparcialidad y objetividad en el perito que no sucede en este caso, en el que simplemente el autor de un informe, que se emite por encargo de una de las partes y que se aportó en el expediente administrativo, se ratificó en su contenido ante esta Sala. De ahí también que en dicho acto de ratificación se acordara que no procedían preguntas de las partes, limitándose el perito a ese mero informe de su contenido.

Pero es que además, y contrariamente a lo expuesto por la recurrente, en este caso el TDC sí valora ese estudio de costes porque, y como arriba se ha expuesto, señala que se aportó el mismo, como ocurrió en la autorización singular de 7 noviembre de 2005, lo que ocurre es que ahora, y frente a la reducción del nivel de las TIM de las tarjetas de crédito, las TIM aumentan y el cobro de las mismas se produce en operaciones antes no gravadas. Es decir, se produce un hecho diferente que conlleva a que el TDC tenga que adoptar otra decisión, de ahí que a continuación deduzca que de aceptar las tasas propuestas significaría que la TIM con la que ha venido operando esas entidades de dicha red desde al menos 1990 era inferior a los costes. Por ello, a continuación el TDC efectúa una propuesta alternativa que conlleva la conclusión de que habría que abandonar la orientación a costes como el mejor mecanismo para fijar la TIM.

En consecuencia, el TDC ha valorado el contenido de dicho informe, y de ahí que haya, tras esos razonamientos, concluido que las actuales TIM resultan preferibles a las propuestas porque cumplen mejor los criterios recogidos en el artículo 3.1 de la LDC, en particular su letra A), pero en ningún caso está poniendo en duda el contenido de dicho informe de costes y de que el mismo puede concluir con crecimiento de estos costes, sino que, y por lo arriba expuesto, entiende que, si el régimen de autorización singular previsto en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia se mantuviera en vigor con la nueva LDC, dicho Tribunal resolvería no conceder ese incremento de la TIM solicitado, al no encontrar, por lo también arriba expuesto, justificación a esa subida, y otorgaría autorización singular para unas TIM que se aplicasen en el nivel actual durante un año, con el fin de valorar los términos en que la fijación de las TIM orientadas a costes cumplen en su caso los criterios del artículo 3.1 LDC, y caso de que haya dudas sobre su adecuación eficaz a los criterios de dicho precepto legal, se aplicarán métodos alternativos que resulten menos restrictivos o que aseguren en mayor medida el traspaso de eficiencias a los consumidores.

Sin embargo, y como arriba ya se especificó, la recurrente no desvirtúa la citada conclusión de la resolución del TDC recurrida y que a criterio de esta Sala se ajusta plenamente a los referidos preceptos de la LDC aplicables al caso de autos, por lo que la autorización singular en estos términos que luego se concretan en la parte dispositiva de esa resolución se acomoda también a nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, y por todos los razonamientos anteriormente expuestos, en el

presente caso no se da ese cambio inmotivado por parte del TDC que haya supuesto a la interesada, como la misma alega, una vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (arts. 9.3 y 103.1 de la C), ni tampoco vulneración del artículo 54.1 de la Ley 39/1992 , incurriendo en arbitrariedad." (fundamento jurídico cuarto *in fine*)

El motivo carece por completo de fundamento. Como se puede comprobar con la lectura del fundamento transcrito de la Sentencia impugnada, la Sala de instancia no rechaza el estudio por no ser una pericial técnica ni por sus resultados. En primer lugar, expone la dudas del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto a la metodología seguida dado que los costes proporcionados eran superiores a los que se venían aplicando, y seguidamente expone con amplitud las alegaciones de la parte. Finalmente, en los seis últimos párrafos del fundamento de derecho reproducido, expone su criterio: subraya la diferencia entre el estudio aportado y una prueba pericial propiamente dicha, pero ello no supone que niegue todo valor al mismo; seguidamente explica el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia, avalando su corrección y afirmando que no se debería al rechazo del contenido del informe, sino a la consideración de que para una autorización singular otorgada conforme a la Ley de 1989 resultaba más adecuado otorgarla por un plazo limitado de un año y con las tarifas vigentes hasta ese momento.

En definitiva, resulta evidente que la Sala avala de forma razonada el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el informe y justifica la decisión a la que llega dicho órgano. Tal posición en modo alguno cabe calificarla como una apreciación arbitraria de la prueba, aunque la parte pueda legítimamente discrepar del razonamiento y valoraciones de hecho y de derecho efectuadas por la Sala de instancia.

CUARTO .- Sobre el motivo tercero, relativo a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en relación con la orientación a costes.

Considera la entidad recurrente que la Sentencia impugnada ha vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima al admitir que el Tribunal de Defensa de la Competencia se apartase de sus precedentes sin motivación alguna, incurriendo con ello en arbitrariedad. Así, afirma, en supuestos anteriores el Tribunal de Defensa de la Competencia había mantenido el criterio de que las tasas de intercambio deben responder a los costes reales; en consecuencia la entidad recurrente presentó una solicitud de autorización singular de conformidad con el criterio seguido en dichos precedentes En esta ocasión, sin embargo, el citado Tribunal se ha apartado de forma injustificada de dichos precedentes a la vista de que el resultado del estudio de costes aportado por Sistema 4B conducía a un aumento de la tasa.

El motivo no puede prosperar. Como se indica en el pasado fundamento de derecho, la Sala juzgadora explica ampliamente en el fundamento transcrito de la Sentencia de instancia la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia en relación con la solicitud de autorización singular, poniendo de relieve que no es que se deje de valorar como relevante el criterio de la adecuación a los costes en la fijación de la tasa de intercambio, sino que los resultados del estudio justificativo de la propuesta de tasa, con diversos incrementos de la misma, le lleva a adoptar en las circunstancias concurrentes la solución de autorizar el acuerdo manteniendo durante un periodo limitado las tasas anteriores.

Lo anterior es suficiente para rechazar que la Sentencia recurrido haya infringido los principios de seguridad jurídica o confianza legítima, que no se pueden hacer equivalentes en el caso concreto a que se respetaran las expectativas de la recurrente de que se fuera a admitir su propuesta de tasas de intercambio sin modificación alguna por ajustarse al criterio de orientación a costes. Ni la mercantil recurrente se ha visto inducida por el comportamiento anterior de la Administración a actuaciones que le hayan producido perjuicios indebidos, ni la formulación de una solicitud de autorización singular de un comportamiento en sí mismo contrario a la competencia hacía inevitable que la Administración siguiese el criterio de que las tasas de intercambio se acomodasen exactamente a los costes reales proporcionados por la entidad solicitante, con total independencia de cualquier otro factor a considerar. Los costes aportados le ofrecían a la Administración dudas razonables al ser superiores a los que estaban vigentes, por lo que optó por mantener éstos últimos, lo que supone una decisión sobre una solicitud que no puede calificarse como inesperada o sorpresiva. Por último, no debe dejarse de subrayar la circunstancia de que la mercantil recurrente obtuvo la autorización singular pretendida, si bien con las mismas tasas de intercambio a las que venían rigiendo hasta ese momento, y por un tiempo limitado por la entrada en vigor de la nueva Ley, por lo que difícilmente puede argumentar que se le hayan causado graves perjuicios.

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

En el cuarto y último motivo, Sistema 4B denuncia la vulneración del principio de igualdad por limitar la duración de la autorización concedida hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, de forma contraria a lo hecho en otros expedientes tramitados en la misma fecha.

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, se trata de supuestos distintos en otros campos de actividad empresarial (contrato-tipo de suministro de hormigón preparado y establecimiento de un sistema de recopilación de datos estadísticos referidos a la producción y comercialización de cerveza). En efecto, la argumentación de la recurrente trata de demostrar la identidad sustancial de supuestos por ser expedientes en los que se solicita una autorización singular siendo conocida la entrada en vigor de la nueva Ley. Sin embargo, en modo alguno esa coincidencia es suficiente pues lo esencial sería acreditar que la problemática competitiva en la que se insertan las diversas autorizaciones era sustancialmente igual, algo que la parte ni siquiera pretende.

Pero es que además en último término, la diferencia que la recurrente denuncia carece realmente de trascendencia. Fuesen cual fuesen los términos de los diferentes acuerdos, lo cierto es que la entrada en vigor de la nueva Ley afectaba igualmente a todos ellos. A partir de ese momento el sistema cambia y las autorizaciones singulares habrían de perder vigencia, rigiendo a partir de ese momento la previsión del artículo 1.3, que establece que la prohibición de acuerdos colisorios no se aplica en determinados supuestos que coinciden con los que antes eran objeto de autorizaciones singulares; serán las propias empresas, por consiguiente, las que habrán de valorar si los acuerdos cumplen o no las exigencias legales, sin perjuicio de la posible adopción de un acuerdo al efecto por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, según dispone el artículo 6 de la Ley. La disposición transitoria primera declara caducadas las solicitudes de autorización presentadas en aplicación del artículo 4 de la Ley de 1989, sin que se haga ninguna referencia a las autorizaciones ya concedidas; esto supone una plena entrada en vigor de la nueva regulación en todos los casos en los que hubiera autorizaciones anteriores, por lo que en definitiva y con independencia de la

duración por la que se concedieran las autorizaciones vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley, no existe diferencia alguna de trato respecto a los supuestos esgrimidos por la recurrente, pues a todos ellos les afecta la nueva Ley en iguales términos.

SEXTO .- Conclusión y costas.

Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos conducen a la desestimación de todos los motivos y del recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos legales.

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

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Sistema 4-B, S.A. contra la sentencia de 17 de junio de 2.009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 390/2007. Se imponen las costas de la 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 .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-