

Id. Cendoj: 28079230062009100515
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/12/2009
Nº de Recurso: 491/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRACTICAS RESTRICTIVAS. ACUERDOS DE REPARTO DE MERCADO Y DE FIJACION DE PRECIOS PROHIBIDOS POR EL ART. 1 DE LA LDC. APRECIACION DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS EN CONCRETO. DOCTRINA DE TJCE. NECESIDAD DE PRUEBA DE LOS EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. INFRACCION CONTINUADA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

SENTENCIA

Madrid, a uno de diciembre de dos mil nueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 491/07 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Isabel Covadonga Julia Corujo, en nombre y representación de CAJA DE

AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA Y SAN SEBASTIAN, contra Resolución de la Comisión Nacional de la

Competencia de 18 de octubre de 2007, sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 3 de diciembre de 2007, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"Que tenga por presentado este escrito, con sus documentos y copia de todo ello, y por formulada demanda interpuesta por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa eta Donostiako Auredki Kutxa y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que estime íntegramente la demanda y declare la nulidad de la resolución de la CNC de 18 de octubre de 2007, en el Expte. 617/06, Cajas Vascas y Navarra, o subsidiariamente que reduzca la sanción impuesta por infracción de entre otros el principio de proporcionalidad."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante."

3. No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de 3 de noviembre de 2009 se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2009; en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, dictada en el expediente sancionador 617/06, incoado de oficio el 24 de octubre de 2005 por presuntas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, cuya parte dispositiva tiene el siguiente tenor literal:

"RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en un pacto de no competencia entre Bilbao Bizcaya Kutxa, de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián-Guipuzkoa eta Donostiaki Aureki Kutxa, de Caja Vital y de Caja Navarra en las provincias de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra y en la coordinación de comportamientos competitivos frente a terceros.

SEGUNDO.- Intimar a cada una de las cajas sancionadas a que se abstengan de realizar dicha conducta en el futuro.

TERCERO.- Imponer a Bilbao Bizcaya Kutxa una sanción de SIETE millones de Euros (7.000.000 €).

CUARTO.- Imponer a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzkoa y San

Sebastián-Guipuzkoa eta Donostiako Aurredeki Kutxa una sanción de SIETE millones de Euros (7.000.000 €).

QUINTO.- Imponer a Caja Vital una sanción de CUATRO millones de Euros (4.000.000 €).

SEXTO.- Imponer a Caja Navarra una sanción de SEIS millones de Euros (6.000.000 €).

SEPTIMO.- Ordenar a las cuatro cajas de ahorros sancionadas la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional, y otro de ámbito provincial, en aquella provincia en la que cada una de las cuatro tiene su sede social. En caso de incumplimiento se impondrá a las cajas de ahorros sancionadas una multa coercitiva de seiscientos Euros por cada día de retraso.

OCTAVO.- Las cajas de ahorros sancionadas justificarán ante Dirección General de Defensa de la Competencia el pago de la multa impuesta y lo acordado en anterior apartado Sexto."

2. Son antecedentes fácticos relevantes para la decisión del presente litigio, tal y como resultan del expediente administrativo los siguientes:

1º) El 24 de octubre de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia, después de llevar a cabo determinadas diligencias previas para conocer la realidad de cierta información aparecida en prensa y relativa a un "posible pacto de reparto territorial del mercado" entre las entidades Cajas de Ahorros de Vitoria y Alava (Caja Vital), Bilbao Vizcaya Kutxa (BBK) y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (KUTKA), incoó expediente sancionador las tres entidades mencionadas, por presuntas conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley

Tras los trámites pertinentes, y después de emitir el informe el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 5.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación con las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia y tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, constituido ya el Consejo de la comisión Nacional de la Competencia, se dictó la resolución que ahora se impugna.

2º) La FEDERACION DE CAJAS DE AHORROS VASCO-NAVARRAS se constituyó en San Sebastián el 25 de agosto. Actualmente y tras diversas fusiones de instituciones municipales y provinciales, integran esta Federación las siguientes cajas de ahorros:

la misma constan como hechos acreditados los siguientes:

A)- Bilbao Bizkaia KUTXA, surge de la fusión de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, fundada en 1907 por el Excmo. Ayuntamiento de Bilbao y de la Caja de Ahorros de Vizcaya. La fusión se formalizó el 16 de febrero de 1990.

B)- Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián-Guipúzcoa eta

Donostialo Aurrezki KUTXA, que es el resultado de la fusión de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de San Sebastián y la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, formalizada mediante escritura otorgada el 1 de diciembre de 1990.

C)- Caja Vital, que se constituyó mediante fusión de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Vitoria y de la Caja Provincial de Ahorros de Alava formalizada el 18 de junio de 1990.

D)- Caja Navarra, resultante de la fusión por absorción de dos entidades de ámbito local: Caja de Ahorros de Navarra, de ámbito provincial y fundada en 1921, y Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Pamplona, de ámbito municipal y fundada en 1872. La fusión se produjo con efectos desde el 1 de enero de 2000, aprobándose los vigentes Estatutos en 2004.

3º) Las actas aprobadas por la Federación de las reuniones que se han desarrollado en su seno desde el año 1990 hasta 2005, momento en el que se incoó el expediente sancionador de actual referencia, acreditan los siguientes acuerdos:

- Limitación de la distribución de bienes y servicios mediante, de una parte, abstención de abrir sucursales en aquellos territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la comunidad Autónoma de Navarra distintos de la provincia en la que cada una de ellas tiene su sede territorial y, de otra parte, abstención o limitación de operar en territorios distintos a aquellos en los que tiene presencia mediante sucursales, como demuestra el contenido de las actas que en la propia resolución se detallan.

- Fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio mediante: De una parte, acuerdos sobre los tipos de interés aplicables en determinadas operaciones y, de otra, acuerdos sobre ciertos tipos de remuneración.

(06.02.90). "Préstamos a promotores en Alava. Por el Director de la Caja de Ahorros de Vitoria, en nombre de las Cajas Alavesas, se solicita de las cajas vizcaínas y guipuzcoanas que en tanto se soluciona el problema de las Oficinas que éstas tienen en Vitoria de forma definitiva se den instrucciones para que no incidan en el mercado de promotores de vivienda, concediendo préstamos a un tipo inferior al que para este tipo de operaciones tienen las Cajas de Alava.

Con esta ocasión por el Presidente de la Caja de Ahorros de Victoria se indica una vez más la necesidad de que las cajas guipuzcoanas y vizcaínas adopten decisiones respecto de las sucursales que tienen abiertas en Alava."

"Se analizan los datos presentados por la Federación referentes a la evolución que en los distintos mercados han tenido los tipos de interés durante los primeros meses del año, realizándose una ronda de intervenciones de cada una de las Cajas asistentes a esta reunión y en las que se exponen las diferentes medidas que tanto en el activo como en el pasivo se van a adoptar como consecuencia de la reducción de los tipos de interés.

Se incide en la conveniencia de que los responsables de las áreas de activo y pasivo de cada una de las Cajas se intercomunicuen las variaciones que respecto a los tipos se vayan aplicar con el fin de procurar una línea homogénea de actuación"...

(7.10.91). "Promoción de Ahorro a Plazo. Se hace constar cómo la campaña que próximamente va a iniciar la KUTXA de promoción de ahorro a plazo con retribución en

especie deja sin efecto el acuerdo por el que se comprometían las Cajas con los comerciantes a partir del año 1985 a no iniciar ningún tipo de campaña como la actual. Ello supone una ruptura de dicho pacto y por tanto un posible endurecimiento del mercado, produciéndose diversas intervenciones sobre ello".

- Coordinación de actuaciones frente a terceros competidores.

-02.01.1990. "ELKARGI.- En relación con este tema, tratado ya en sesión anterior, se presenta por la Secretaría de la Federación informe sobre el plan estratégico y nuevas actividades que dicha sociedad tiene previsto llevar a efecto a partir del presente ejercicio, iniciando la puesta en marcha de un departamento de asesoramiento e información y la promoción de una entidad de previsión social voluntaria para el sector empresarial, para posteriormente, a medio plazo, llevar a efecto la canalización de productos desarrollados por una correduría de Seguros previendo a largo plazo la intervención en el campo del leasing pagarés e incluso canalización de fondos de dinero para los excedentes empresariales. Dicha sociedad, pues, va a ampliar su objeto social introduciéndose en el mercado financiero, pudiendo ser asimilada esta nueva estrategia a la de un Merchant-bank, con lo que ello supone para las cajas al aparecer en el mercado un nuevo competidor respaldado en el capital por el sector público.

A la vista de ello, y tras cambiar impresiones sobre el alcance de este cambio de estrategia, se acuerda como primera medida remitir por parte de la Presidencia de la Federación al Presidente de Elkargi un escrito ofreciendo los servicios financieros actuales de las Cajas y las áreas financieras que se están impulsando desde las mismas.

Al mismo tiempo se encomienda al Secretario de la Federación que presente en próxima reunión datos sobre las aportaciones del sector público a Elkargi, con el fin de adoptar la estrategia a seguir con respecto a este tema, así como la conveniencia de comentar este tema con el responsable de Hacienda y Finanzas del Gobierno Vasco".

(01.7.91). "De acuerdo con lo aprobado en el Plan de Gestión para el presente ejercicio, se presenta por el Adjunto a la Secretaría de la Federación Sr. Gonzalo y por el Jefe de Proyectos Sr. D. Pascual, el Proyecto de Servicios Inmobiliarios que ha sido elaborado por el equipo de la Federación juntamente con los técnicos de las cajas, responsables de esta materia en cada una de ellas. previamente al desarrollo del proyecto, en el trabajo que se presenta, se justifica inicialmente el mismo, explicando en primer lugar la metodología utilizada, analizando de forma genérica el mercado inmobiliario, identificando las estrategias que en el mismo llevan a cabo las entidades financieras y concluyendo con los objetivos que las Cajas podrían alcanzar a través del indicado proyecto."

Dichos objetivos perseguirían, por un lado el incremento de la vinculación de los clientes de las Cajas con las mismas manteniendo la cuota de mercado que en este campo tienen conseguida, y por otro la oferta de nuevos productos y la diversificación de negocios, la generación de nuevas fuentes de beneficios, la creación de barreras competitivas y la diferenciación de oferta con la competencia.

-10.3.92. Con respecto al mercado de la intermediación inmobiliaria, se señala que:

"Estas opciones de actuación van desde la no intervención de las Cajas permaneciendo al margen de cuantas modificaciones puedan producirse en dicho mercado, hasta su

entrada plena en el mismo, convirtiéndose en puros intermediarios inmobiliarios.

Se comentan cada una de las opciones, coincidiendo los señores reunidos en que las Cajas no pueden mantenerse al margen de este mercado en el que decididamente hay que estar presentes. Por ello se hace especial hincapié en las alternativas que contemplen diversas formas de intervención en el mercado ... En cualquiera de los casos y sin adoptar una previa decisión sobre cuál de las opciones sea la más conveniente para las Cajas, se entiende que debe de avanzarse en el proyecto contrastando con cada una de las Entidades el informe que se ha presentado con el fin de conocer los criterios técnicos de los Departamentos relacionados con esta temática y la postura más conveniente a adoptar por las Cajas."

- De intercambio de información:

1) Acuerdos de intercambio de información estratégica para competir. El Informe-Propuesta del SDC contiene una pormenorizada lista de todos y cada uno de los actos que reflejan esta coordinación, señalando dándose en la resolución impugnada los siguientes:

"(26.07.90). se presenta a los reunidos el documento definitivo de orientaciones estratégicas en el que se recogen las líneas estratégicas básicas comunes a las Cajas y que coincide con el presentado a este Consejo en su sesión del pasado 10 de Julio, habiéndose introducido ligeras modificaciones en aspectos meramente formales y ampliado las conclusiones obtenidas en el campo de atención a las PYMES resaltando la prioridad que a las mismas debe dar se en un futuro.

Por sentado dicho documento, que es aprobado por los señores reunidos se entrega, de acuerdo con lo ya tratado en la última sesión de este Consejo, un nuevo documento en el que se recogen las necesidades de información derivadas de dichas líneas estratégicas y las implicaciones que las mismas originan sobre los sistemas de información.

(4.2.91). "Finalmente y para preparar convenientemente la negociación de condiciones financiación con el sector público vasco parece necesario y así se acuerda por los señores reunidos, elaborar el balance de operaciones de activo y pasivo' (canalizadas con el Sector Público Vasco para lo cual se hace preciso que por cada Caja se aporte los datos que sean requeridos por la Federación en la línea de los anexos que se apodan al Informe presentado'

'Previamente a este Consejo, se remitió a todos los Consejeros un estudio completo relativo a los costes de transformación de las Cajas de la Federación, con datos individualizados de cada una de ellas.

En este exhaustivo estudio comparativo se contienen una serie de datos generales, la conciliación de número de empleados y de gastos de personal, el análisis global de los costes de personal y de los costes informáticos, la distribución de plantilla y de los costes de personal, la relación de los costes de personal con el margen ordinario y con la media de acreedores del sector privado, la pormenorización de la partida gastos de explotación de la cuenta de resultado y una serie de ratios comparativos.

El estudio será analizado por cada una de las Cajas y en su caso plantearán a la Secretaría de la Federación las sugerencias oportunas".

(5.5:92). "Como continuación a lo ya tratado en sesiones anteriores y partiendo de las conclusiones obtenidas en el informe presentado a este Consejo sobre intermediación inmobiliaria, se presentan las dos alternativas entre las que se puede optar a la hora de constituir una base de datos de cara al mercado inmobiliario.

Por parte de la KUTXA se indica que, como consecuencia de un Convenio alcanzado con el Colegio de API's el año pasado, por el que se apoya económicamente la constitución de una Base de Datos para este colectivo, se ha mantenido nuevas conversaciones con el Colegio habiéndose obtenido el acuerdo de disponer dicha información inmobiliaria a través de toda la red de Sucursales. Asimismo se podrá ofertar en las terminales de API,s los diferentes productos que en relación con la Vivienda tiene la Caja como entidad financiera: créditos hipotecarios, seguros, etc....

En este sentido la Caja Vital indica que se encuentra elaborando un proyecto en la misma línea que KUTXA para su implantación en Álava, con el fin de evitar que puedan ser otros quienes tomen la iniciativa en este mercado con los problemas que ello generada para nuestras Instituciones.

La experiencia que la actuación de ambas Cajas pueda aportar servirá de base para la decisión de actuaciones futuras en este mercado.

(2) Intercambio de información sobre comisiones aplicables al empleo de tarjetas.

(3.5.99). Por otra parte se informa que C. Laboral ha adoptado un acuerdo en Guipúzcoa con La Federación Mercantil, estableciendo una comisión media 1,5%. Las Cajas de Ahorros Navarras comentan su experiencia en esta materia el acuerdo adoptado el año pasado, con las Asociaciones de Comerciantes".

(3) Intercambio de información sobre campañas publicitarias sobre Fondos de inversión

"Se entrega a los señores reunidos informe elaborado por Federación sobre Fondos de inversión, sus características, fiscalidad de los mismos y posibles estrategias de las Cajas de cara al mercado.

Se comenta dicho Informe y se indica por los reunidos que no se ha previsto realizar acciones publicitarias específicas de dicho producto, estimándose

conveniente sin embargo el comunicarse entre las Cajas Federadas cualquier cambio de actitud al respecto."

(4) Intercambio de información sobre las actuaciones frente a las supercuentas

(27.3.90). Información sobre Supercuentas. Se comenta la tabla de condiciones de las cuentas retribuidas con altos tipos de interés emitidas por las distintas entidades financieras, interviniendo cada una de las Cajas presentes en esta sesión y comentado los proyectos y estrategias que, con el fin de paliar los efectos que en los recursos ajenos y costes financieros de cada una de ellas pudieran producir dichas cuentas, se tiene adoptados."

(2.5.90). Situación Supercuentas. Nuevamente se plantea este tema en el Consejo de la Federación como consecuencia principalmente del último producto lanzado por el Banco Bilbao Vizcaya bajo la denominación superlibreta y que según declaraciones de

sus representantes en los medios de comunicación a dirigida directamente a la clientela tradicional de las Cajas de Ahorros.

Se comenta la postura que cada una de las entidades presentes en la Federación está adoptando con respecto a este tipo de productos y que tal como ya quedó expuesto en sesión anterior responde más a estrategias defensivas que al lanzamiento de productos similares.

Tras cambiar amplias impresiones sobre el tema se entiende conveniente se reúnan a nivel de Federación los responsables de Marketing y Productos de las distintas Cajas, con el fin de que por las mismas se analice la situación del mercado, los diversos productos emitidos por distintas instituciones financieras y se realicen a este Consejo las propuestas que entiendan convenientes, manteniendo una fluida comunicación de lo que está haciendo cada Caja en relación a este tema".

- De coordinación y fijación de posturas comunes en sociedades participadas.

- Coordinación de actuaciones en relación con nuevos productos o sectores de actividad.

Y ello tanto en el área de intermediación inmobiliaria y entidades financieras con fuerte presencia local, con el fin de generar barreras de entrada y sinergias comerciales en relación con los productos de financiación hipotecaria.

También en los servicios de las remesas de la inmigración, habiéndose identificado que la inmigración extranjera (no comunitaria) se ha multiplicado en el caso de la CAPV por 14 en los últimos doce años (de 500 en 1988 a 7000 en el 2002), siendo aún mayor en Navarra ya que el 90% de los inmigrantes envían dinero periódicamente a sus familiares a través de las empresas remesadoras colectivo que se caracteriza además por una baja bancarización.

4º) La instrucción realizada por el Servicio constató que desde 1990 hasta el 2005 ninguna de las 4 Cajas de la Federación había abierto sucursales en ninguna de las restantes provincias de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, todas ellas han cerrado sucursales en sus respectivos territorios históricos y todas ellas han procedido a abrir sucursales en el resto de España, como se observa en el cuadro siguiente:

Vizcaya Guipúzcoa Alava Navarra Resto España

BBK (-67) 0 (-1) 0 96

KUTXA 0 (-68) 0 0 97

VITAL 0 0 (-32) 0 14

NAVARRA 0 0 0 17 71

5º) También se refiere a la política de expansión territorial seguida por las 4 cuatro Cajas, que indica una estrategia basada en la expansión a núcleos de fuerte actividad económica como la Comunidad de Madrid, Barcelona en la Comunidad de Cataluña, Valencia en la Comunidad Valenciana y Zaragoza y mayoritariamente a las provincias limítrofes, como La Rioja, Burgos, Cantabria y Huesca, pero no en otras provincias del

País Vasco o Navarra.

Cuadro 2

Sucursales de BBK 1990-2005

1990 1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 2003 2004
Jun2005

Vizcaya 305 270 264 253 257 247 256 251 248 247 243 247 249 248 242 238

Guipúzcoa 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0

Álava 4 4 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3 3

Navarra 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0

Cantabria 0 1 1 2 3 2 3 4 5 5 7 10 11 13 13 13

Alicante 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 2 4 4

Valencia 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 2 4 4 5 8

Zaragoza 1 1 1 1 1 1 1 1 1 3 3 4 5 5 5 6

Madrid 7 7 7 9 22 25 26 31 31 34 43 46 46 48 52 56

Barcelona 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 2 1 1 1

Ciudad R 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1 1 1

Guadalaj 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1 1 1 1 1

Toledo 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1 1 1 1 1

Burgos 0 0 0 0 1 - 1 1 1 1 - - - - -

La Rioja 0 0 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 3 4 4

Málaga 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 3

Fuente: Elaboración del SDC a partir de los datos contenidos en el expediente

Cuadro 3

Sucursales de KUTXA 1991-2005

1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 2003 2004 Jul
2005

Guipúzcoa 191 182 180 162 159 163 135 135 132 130 128 128 128 128 128

Álava 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1

León 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1 1

Salamanca 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1

Fuente: Elaboración del SDC a partir de los datos contenidos en el expediente.

Cuadro 5

Sucursales de CAJA DE NAVARRA 1990-2005

1990 1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 2003 2004
Oct 2005

Álava 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0

Vizcaya 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0

Guipúzcoa 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0

Madrid 1 2 2 2 2 2 2 5 5 7 9 13 17 18 26

Guadalajara 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 0 1 1 1

Barcelona 2 2 2 2 2 2 2 3 3 6 8 11 14 15 17

Zaragoza 2 2 2 2 2 2 2 3 3 3 3 3 3 4 10

Huesca 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1

Rioja 2 3 3 3 3 3 3 4 4 5 6 6 7 8 15

Burgos 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1

Fuente: Elaboración del SDC a partir de los datos contenidos en el expediente.

6º) El número de actas contenidas en el expediente corresponden a un total de 116 reuniones. En todas ellas se contó con la presencia de las tres Cajas Vascas y en 108 reuniones se contó con la presencia de al menos una de las Cajas Navarras. En distintas ocasiones se refleja en las actas el interés expresado por Caja Navarra de participar activamente en las actuaciones decididas por las demás Cajas en el seno de la de la Federación, así como su aportación y participación en las reuniones, tal y como también se hizo constar en las actas obrantes en el expediente.

6.1. (02.05.90). «Visita Cajas de Ahorros de Navarra. Por el Presidente de la Federación se da cuenta a los señores reunidos de la visita realizada en fechas recientes a las Cajas de Ahorros de Navarra y de las conversaciones mantenidas con sus Presidentes, de las que cabe destacar el interés manifestado por los mismos en nombre de sus Instituciones por continuar integrados en la Federación Vasco-Navarra, juntamente con las Cajas de la Comunidad Autónoma del País Vasco».

6.2. (08.04.91). «INFORME DE LA VISITA A LAS CAJAS DE AHORROS DE NAVARRA. Por el Presidente de la Federación Sr. B. se informa de la visita que en fechas recientes

realizó en compañía del Secretario de la Federación y en nombre de la misma a los Presidentes de las Cajas de Ahorros de Navarra y Municipal de Pamplona. En las conversaciones mantenidas con los mismos se reafirmaron los vínculos de identidad de planteamientos que mantienen las Cajas Navarras con el resto de las Cajas de la Federación Vasco-Navarra, así como sus deseos de participar e integrarse en proyectos comunes dentro de la Federación Vasco-Navarra».

6.3. (05.05.92). Visita Cajas de Navarra. «Por el Presidente de la Federación se informa de la visita que se ha llevado a cabo recientemente en compañía del Secretario General Técnico de la Federación y en nombre de la misma a los Presidentes de las Cajas de Ahorros de Navarras y Municipal de Pamplona.

En las reuniones se manifestó el interés de las Cajas de Navarra de continuar la estrecha vinculación con el resto de Cajas de la Federación».

6.4. (03.05.99) «Por otra parte se informa que C. Laboral ha adoptado un acuerdo en Guipúzcoa con la Federación Mercantil, estableciendo una comisión media del 1,5%. Las Cajas de Ahorros Navarras comentan su experiencia en esta materia y el acuerdo adoptado el año pasado, con las Asociaciones de Comerciantes».

6.5. (12.5.03) Propuesta de colaboración Servicios Remesas Inmigrantes

«Conforme a la decisión adoptada en el último Consejo se ha elaborado un informe sobre el servicio de remesas a inmigrantes, a la vista de la iniciativa puesta en marcha por Caja Navarra el pasado mes de marzo, y con el fin de evaluar el interés de propiciar una colaboración conjunta frente a las empresas «remesadoras».

La empresa seleccionada por CAN fue MoneyGram (2ª empresa a nivel mundial) y por el acuerdo suscrito percibe el 25% de la comisión del envío de transferencias (entre 3'3% y 12% s/cuantía), el 18% en la recepción y el 25% de la comisión de cambio de divisas.

MoneyGram proporciona un software a la entidad colaboradora en la que se soporta toda la operatoria. La extensión del acuerdo a más entidades miembros de la Federación permitiría la mejora de condiciones (liquidaciones de saldos en una cuenta de una Caja, períodos semanales de liquidación y un rappel conjunto por volumen del 2 por mil).

Las Cajas de Ahorros miembros interesados se pondrán en contacto con CAN para evaluar dicha posibilidad».

3. La resolución impugnada valora la cuestión relativa a si las conductas llevadas a cabo por las Cajas constituyen conductas prohibidas por el artículo 1 LDC , conductas que habrían consistido en la "celebración de acuerdos en materia de reparto geográfico, fijación de criterios comunes de actuación e intercambios de información".

La parte actora articula los siguientes motivos de recurso:

- Falta de tipicidad de la supuesta infracción cometida por Kutxa, negando que el acuerdo de las Cajas pueda calificarse como acuerdo secreto y afirmando que el contenido de las actas no refleja actuaciones contrarias al artículo 1 LDC

Además niega la actora que se cumplan los requisitos para calificar la conducta como reparto de mercados; que no se ha realizado el análisis de mercado relevante preceptivo; que no reúne los requisitos la infracción de una infracción única y continuada; finalmente, que los intercambios de información en el seno de la Federación no vulneran el derecho de la competencia, resultando de aplicación al caso la sentencia del TJCE en el asunto Asnef-Equifax.

- Prescripción de la infracción.
- Autorización legal de la conducta llevada a cabo por Kutxa.
- En todo caso, la conducta llevada por las Cajas sancionadas sería de "mínimis".
- Finalmente, falta de proporcionalidad de la multa impuesta.

El Abogado del Estado rechaza la fragmentación de la resolución que efectúa la parte recurrente y que puede inducir a error, destacando que los hechos probados en el expediente administrativo no han sido negados por la parte recurrente y que la sanción impuesta se establecen los mínimos que en el expediente referido a las Cajas Catalano-Baleares, cuya sanción fue confirmada por el Tribunal Supremo.

Además descarta el Abogado del Estado la aplicación de la sentencia invocada en la demanda (TJCE 200642), por no tratarse de un supuesto aplicable al caso en la medida en que se resolvió una cuestión prejudicial referida a la posible implantación de un registro en el ámbito financiero, cuestión muy distinta de la concertación de diferentes entidades financieras en un ámbito regional muy concreto en la prestación de sus servicios. En segundo lugar rechaza también la alegación de prescripción realizada desde la óptica únicamente de que el ilícito se comete exclusivamente por el contenido determinado en las actas, siendo éstas un elemento de los múltiples contenidos en el expediente administrativo y, destacando, concretamente que el respeto al statu quo territorial no ha sido objeto de ruptura por ninguna de las Cajas implicadas, lo que impide considerar la tesis de la demanda.

Por lo que se refiere a la autorización legal de la conducta, subraya que no se castiga a la parte recurrente por formar parte de la Federación, sino por constituirse la citada Federación no como un foro de cooperación para mejorar su eficiencia, sino en todo caso para coordinar sus comportamientos económicos y poder mantener sin sobresaltos su cuota de mercado. No existe, pues, amparo legal para la concertación.

Y, en último término, rechaza también la falta de proporcionalidad de la multa, citando en apoyo de su tesis, la SAN de 22 de septiembre de 2003 , señalando el Abogado del Estado que no es aplicable, pues dicha sentencia fue casada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de junio de 2006 considerando que la conducta no era sancionable.

4. La Sala ya ha tenido ocasión de examinar las cuestiones planteadas con ocasión de los recursos promovidos por otras dos entidades sancionadas en la misma resolución objeto de recurso; en concreto, en sendas sentencias de 6 de noviembre de 2009, dictadas, respectivamente, en los recursos nº 524/2007 y nº 488/2007 a cuyos fundamentos nos atenemos a continuación por razones tanto de seguridad jurídica como de unidad de criterio.

Por razones metodológicas, alteramos el orden en el que aparecen en la demanda las distintas alegaciones de la parte recurrente, y tratamos en primer término la cuestión de la prescripción.

Para la parte recurrente, la mayor parte de las prácticas competitivas presuntamente desarrolladas por las imputadas habría prescrito en el momento de iniciarse el expediente sancionador, pues la Resolución impugnada realiza sus imputaciones sobre la base de afirmaciones contenidas en documentos que datan mayoritariamente de hace quince años.

Por el contrario, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en la Resolución impugnada, precisamente a propósito de la alegación de prescripción, rechaza que nos encontremos ante conductas separadas o aisladas (FD 4º):

Ese planteamiento de separar las conductas parece ir encaminado a enjuiciar cada una de las manifestaciones de la existencia de la colaboración por separado, con el propósito no oculto, de manifestar que algunas de los acuerdos que se analizan no tienen finalidad, o efectos anticompetitivos, que están amparados por la Comunicación de la Comisión de 2001, o que, en cualquier caso, están prescritos.

La CNC rechaza, como decimos, que nos encontremos ante conductas separadas o aisladas, susceptibles de enjuiciamiento individualizado, porque entiende que existe un acuerdo global de colaboración entre las cajas vascas y navarra, que constituye una única infracción (FD 4º):

Pero el Consejo no se puede dejar arrastrar por ese método de análisis individualizado, como si se tratara de conductas autónomas, sin conexión entre ellas, realizadas hace tiempo y que carecen de continuidad. El análisis de la conducta anticompetitiva sólo cobra sentido si se realiza en su conjunto, como, por cierto, realiza con acierto el SDC en el Informe- Propuesta, porque conductas que podrían tener justificación o no presentar perfiles de infracción anticompetitiva si se presentaran aisladamente, cuando se analizan en su conjunto, se evidencia que la justificación de tales conductas no se encuentra en una forma de colaboración lícita entre empresas, sino que sólo cobra sentido, en este caso concreto, como expresión de un grado de colaboración reforzado que forma parte de un acuerdo global de marcado carácter anticompetitivo. Y ese acuerdo global constituye una sola infracción contra las normas de la competencia de considerable gravedad.

Aunque la Resolución impugnada, utiliza esta expresión de "acuerdo global", con múltiples instrumentos, que constituye una única infracción, tanto el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), en su Informe Propuesta (folio 2696), como el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, califican la conducta de las cajas de ahorros vascas y navarra como una infracción continuada, con la evidente consecuencia entonces sobre la prescripción de que la misma no podría declararse hasta que no haya cesado la conducta.

Por tanto, a los efectos de apreciar o no la existencia de prescripción, hemos de decidir primero si nos encontramos ante una serie de actos aislados y desconectados entre sí, o por el contrario, ante una serie de actos o comportamiento que pueda calificarse de infracción continuada o acuerdo global, como sostiene la Resolución impugnada.

5. En concreto, los acuerdos o prácticas concertadas que, de acuerdo con los distintos epígrafes de la narración de hechos probados de la Resolución impugnada, realizó y

llevó a cabo la entidad recurrente, junto con las demás entidades de crédito imputadas, fueron las siguientes:

1) Limitación de la distribución de bienes y servicios mediante la abstención de abrir sucursales en aquellos territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Autónoma de Navarra distintos de la provincia en la que cada una de ellas tiene su sede territorial, y abstención o limitación de operar en territorios distintos a aquellos en los que tienen presencia mediante sucursales.

2) Fijación de precios de otras condiciones comerciales o de servicio, mediante acuerdos sobre los tipos de interés aplicables en determinadas operaciones y acuerdos sobre ciertos tipos de remuneración.

3) Coordinación de actuaciones frente a terceros competidores.

4) De intercambio de información: Acuerdos de intercambio de información estratégica para competir, intercambio de información sobre comisiones aplicables al empleo de tarjetas, intercambio de información sobre campañas publicitarias sobre Fondos de Inversión, intercambio de información sobre las actuaciones frente a las supercuentas.

5) De coordinación y fijación de posturas comunes en sociedades participadas.

6) Coordinación de actuaciones en relación con nuevos productos o sectores de actividad

6. El concepto de infracción continuada no es extraño al derecho administrativo sancionador, y está recogido en el artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS), que señala:

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Tampoco es la figura de la infracción continuada desconocida en el ámbito de la aplicación administrativa de las normas de defensa de la competencia, pues el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia ha hecho uso de la misma en diversas ocasiones, en Resoluciones de 27 de julio de 2000 (expediente 1468/1999, Texaco 2), 31 de octubre de 2000 (expediente 475/99, Prensa Vizcaya) y 31 de mayo de 2002 (expediente 520/2001, Disared).

También esta Sala, en sentencia de 28 de febrero de 2005 (recurso 134/2002), y el Tribunal Supremo, en sentencias entre otras de 10 de octubre de 2006 (recurso 5888/2003) y 19 de marzo de 2008 (recurso 3063/2005), han apreciado la existencia de infracciones continuadas en el ámbito de aplicación de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En el mismo sentido, los órganos jurisdiccionales comunitarios también han apreciado, en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la existencia de infracciones continuadas, así el Tribunal de Justicia (TJCE), en sentencia de 21 de septiembre de 2006 (asunto C-105/04, apartados 109 a 115) y el

Tribunal de Primera Instancia (TPI), en sentencia de 8 de julio de 2008 (asunto T-53/03, apartados 252 y 255).

En la primera de las sentencias citadas, dice el TJCE:

110.- Una infracción del artículo 81 CE , apartado 1 , puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las distintas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto

111.- De la sentencia recurrida se desprende que la calificación del Tribunal de Primera Instancia de las prácticas concertadas en materia de precios como constitutivas de una única infracción continuada se basa precisamente en dicho razonamiento.

De acuerdo, con el artículo 4.6 del RPEPS citado y la jurisprudencia invocada, la apreciación de una infracción continuada exige la presencia de los requisitos de: 1) pluralidad de acciones u omisiones, 2) que las acciones infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, y 3) que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Más adelante examinaremos la concurrencia de los citados requisitos en el presente caso.

7. En relación con la prescripción, el artículo 12 LDC establece que las infracciones descritas en su articulado prescriben a los cuatro años, si bien el mismo precepto, apartado 2 , añade que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Teniendo en cuenta el citado plazo cuatrienal y que el expediente sancionador se incoó el 24 de octubre de 2005, hemos de decidir si las infracciones anteriores al 24 de octubre de 2001 han prescrito.

Como primera consideración, la prescripción no puede apreciarse en ningún caso respecto de la conducta de descrita en primer lugar en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia, de limitación de la distribución de bienes y servicios mediante la abstención de abrir sucursales en aquellos territorios distintos de la provincia en la que cada una de ellas tiene su sede territorial, o acuerdos de reparto de mercado, porque el plazo de prescripción de 4 años no ha llegado a completarse, al haber persistido tal conducta, como detallaremos más adelante, desde 1990 hasta 2005, tal y como resulta de los datos y cuadros sobre sucursales que se recogen en el apartado 4 de la narración fáctica.

En los casos en los que la práctica prohibida consiste no en la suscripción de un mero acuerdo, sino en su ejecución prolongada durante el tiempo, el dies a quo del cómputo

de la prescripción habrá de situarse en el momento en que cese la práctica prohibida. Así resulta de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007 (recurso 17/2005):

La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que «los hechos se cometieron durante los años 1994 y siguientes». El dies a quo no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador.

Igualmente, en los casos de infracción continuada, y tal y como señala el Abogado del Estado en su contestación, no puede declararse la prescripción mientras no haya cesado la conducta.

En el ámbito del Derecho Penal, de donde procede la construcción de la infracción continuada, la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene señalando que el cómputo de la prescripción de los delitos continuados no se inicia hasta la realización del último de los actos integrantes de la continuidad delictiva. Así resulta reconocido en la sentencia de 30 de septiembre de 2008 (recurso 2305/2007, de la Sala 2ª):

y es doctrina jurisprudencial reiterada que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo en prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las torpes actuaciones del acusado será la que cuente.

8. Así pues, si todos los acuerdos y prácticas descritos en el fundamento de derecho nº 5 de esta sentencia constituyen una infracción continuada, no cabría apreciar la prescripción, incluso aunque muchos de dichos acuerdos figuren adoptados a principios de 1990, esto es, quince años antes del inicio del expediente sancionador, porque todos ellos integrarían una única infracción, que no había cesado cuando se inició el expediente sancionador en el año 2005.

Pero antes de pronunciarnos sobre si las conductas descritas constituyen hechos aislados o, por el contrario, puede apreciarse que integran una infracción continuada por obedecer a un plan preconcebido o aprovechar idéntica ocasión, hemos de examinar cada uno de dichos actos, a fin de ponderar su aptitud para restringir o limitar la competencia, dando respuesta así a las cuestiones que plantea la demanda en la primera de sus alegaciones.

El artículo 1 LDC dispone:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...

En muy similares términos, el artículo 81.1 del Tratado de la UE establece:

Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

En la aplicación de este precepto, el TJCE viene señalando que los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada son términos que, desde el punto de vista subjetivo, recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en que se manifiestan.

El TJCE ha facilitado determinados criterios para analizar si un acuerdo, una decisión o una práctica concertada son contrarios a la competencia. En concreto, ha distinguido entre prácticas con un objeto contrario a la competencia y prácticas con efectos contrarios a la competencia, porque en el texto del artículo 81 CE, el objeto y el efecto contrarios a la competencia no son condiciones acumulativas, sino alternativas, para apreciar si una práctica es contraria a la competencia, como resulta de la conjunción "o" que las separa.

Lo anterior exige llevar a cabo, en primer término, un examen del objeto de la práctica prohibida, con la consecuencia de que si resulta que el acuerdo que estamos examinando tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, entonces el examen de sus efectos concretos es innecesario o superfluo.

Tal distinción entre infracciones por objeto e infracciones por efecto, se basa en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el funcionamiento del juego normal de la competencia.

Lo anterior resulta recogido en las sentencias del TJCE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07), apartados 15 a 17, y de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/2008), apartados 28 a 30. Esta última sentencia dice lo siguiente:

28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1 , la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496 ; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.

A "sensu contrario", cuando no pueda considerarse que los acuerdos tengan por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces debe examinarse si tales acuerdos producen el efecto de restringir la competencia.

Tal delimitación entre los análisis alternativos del objeto y de los efectos de los acuerdos está igualmente presente en la sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 2006 (asunto C-238/05), dictada a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (caso Asnef-Equifax), cuyo apartado 48 dice lo siguiente:

48.- Así pues, dado que los registros como el controvertido en el litigio principal no tienen por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1 , incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si no producen tal efecto.

La apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo no puede realizarse en abstracto, sino que exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias que en que se producen las prácticas, así en el caso que acabamos de citar de la cuestión prejudicial planteada por el TS, el TJCE señaló que debía tomarse en consideración el marco concreto en el que se producen los acuerdos, y en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados pertinentes (apartado 49 de la citada STJCE de 25 de noviembre de 2006).

9. A fin de decidir si los acuerdos entre las Cajas de Ahorros imputadas, descritos en el precedente fundamento jurídico nº 5, tiene por objeto restringir la competencia, tendremos en cuenta los criterios orientadores que contienen las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 2001/C - 3/02) y las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DOCE 2004/C - 101/08).

De acuerdo con las Directrices de 2001, son acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia, por su propia naturaleza, los de fijación de precios, limitación de la producción y reparto del mercado. En cambio, en caso de otros acuerdos entre competidores que no tengan por objeto restringir la competencia, habrá de examinarse el alcance restrictivo de sus efectos.

18. En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados o la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos negativos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar que están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.

19. Sin embargo, muchos acuerdos de cooperación no tienen como objeto la restricción de la competencia. Por tanto, es necesario analizar los efectos del acuerdo. Para ello, no basta con que el acuerdo limite la competencia entre las partes. Es necesario también que pueda afectar a la competencia en el mercado en una medida tal que se pueda esperar que produzca efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación, o la diversidad y calidad de los productos o servicios.

Las Directrices de 2004 insisten en los criterios anteriores, de considerar innecesario el examen de los efectos anticompetitivos de un acuerdo, cuando resulte claro que tiene por objeto restringir la competencia:

20.- Una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos (25). Dicho de otro modo, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia.

23. Los reglamentos de exención por categorías, las directrices y las comunicaciones de la Comisión ofrecen orientaciones no exhaustivas a fin de determinar qué constituye restricción por objeto. En general, la Comisión considera restricciones por objeto aquéllas que se prohíben en los reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones. En el caso de los acuerdos horizontales, entre las restricciones de la competencia por objeto se incluyen la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes.

Y alternativamente, para el caso de que lleguemos a la conclusión de que el acuerdo de que se trate no tiene por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces hemos de acudir al examen de sus efectos, reales y potenciales, lo que exige precisar el marco económico en el que se producen los acuerdos, esto es, definir el mercado afectado, los productos, los competidores y demás circunstancias concurrentes, como señaló el TJCE en el asunto ASNEF-EQUIFAX antes citado, y como señalan también las Directrices de 2004:

27. Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia (35). También debe en principio examinarse y evaluarse,

entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada.

10. Aplicando los anteriores criterios a los acuerdos y prácticas de las Cajas de Ahorros imputadas, no nos cabe duda que son acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia los dos primeros de los descritos en el fundamento jurídico nº 5 de esta sentencia, esto es, el acuerdo de reparto del mercado y el de fijación de precios.

En cuanto al primero, el acuerdo de reparto de mercados está acreditado por escrito en las actas de las reuniones que celebraban las Cajas de Ahorro imputadas en el seno de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, en las que se recogen expresiones, todas ellas citadas textualmente en los hechos probados, que no dejan lugar a duda sobre la existencia del indicado acuerdo, pues llaman a respetar al máximo el principio de respeto a los territorios históricos en los que cada Entidad debe ejercer su actividad, a no romper el principio de status quo básico fijado en la Federación, captando clientes de otras entidades, reafirman el compromiso de mantener el statu quo territorial actual en cuanto al ámbito de actuación de cada Caja, evitando así la competencia entre ellas, resuelven compartir decisiones en materia de expansión, tanto en la forma tradicional de apertura de nuevas oficinas como en las formas actuales relacionadas con sociedades filiales especializadas (valores, seguros), y otros acuerdos similares.

No estamos ante presunciones basadas en indicios insuficientes, como afirma la Caja de Ahorros recurrente en su demanda, sino ante hechos plenamente acreditados, a partir de las citadas actas donde se recoge por escrito el acuerdo de reparto de mercados, tal y como acaba de verse, lo que se corrobora además por la prueba directa de la ejecución del indicado acuerdo, que se recoge en los datos y cuadros que se expresan en la anterior relación de hechos probados, el hecho que pone de manifiesto que la Caja de Ahorros recurrente cumplió escrupulosamente lo pactado en relación con el mantenimiento del "status quo" y reparto del mercado, pues se abstuvo de abrir sucursales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Navarra, y en aquellos territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco distintos de la provincia de Álava.

Así, la Caja de Ahorros recurrente tenía en 2005, fecha de inicio del expediente sancionador, 211 sucursales, de ellas 128 en Guipúzcoa y 83 en el resto de España, si bien de estas 83 últimas, ninguna se encontraba en los territorios de Navarra y Vizcaya y tan sólo una en Alava. Es más, en el período considerado, entre 1991 y 2005, pasó de tener 6 sucursales fuera de Guipúzcoa a las citadas 83 sucursales, si bien su expansión en dicho período, que se dirigió a diversas provincias no afectó a Navarra y Vizcaya, donde como se dice, Caja Vital no abrió ninguna sucursal.

Este acuerdo de mantenimiento del "status quo" y reparto de mercado y su ejecución queda corroborado si se examina la política de expansión territorial desarrollada en su conjunto por las 4 Cajas de Ahorro sancionadas, que se detalla en los cuadros y datos más arriba reflejados, en los que se aprecia que, en el período 1990 a 2005, dichas Cajas de Ahorros efectuaron una importante expansión territorial, con apertura de oficinas en otras provincias distintas a aquella en la que tenían su respectiva sede, y así BBK pasó de 15 a 94 sucursales fuera de Vizcaya, KUTXA, como acabamos de reseñar, pasó de 6 a 83 sucursales fuera de Guipúzcoa, CAJA VITAL pasó de 3 a 16 sucursales fuera de Álava, y CAJA NAVARRA pasó de 9 a 71 fuera de Navarra, si bien - en cumplimiento escrupuloso a lo pactado-, aunque buena parte de las nuevas

sucursales se establecieron en las provincias limítrofes o cercanas (Cantabria, Burgos, La Rioja, Zaragoza), ninguna de las Cajas de Ahorros citadas abrió, en los 15 años contemplados, una sola sucursal en las provincias o Comunidad donde las demás Cajas de Ahorros tienen su sede.

El acuerdo de fijación de precios también está documentado por escrito en las actas que se citan en los hechos probados. En efecto, en las actas se recoge de forma textual que las Cajas Alavesas solicitaron de las vizcaínas y guipuzcoanas que se dieran instrucciones para que no incidan en el mercado de promotores de vivienda, concediendo préstamos a un tipo inferior al que para estas operaciones tienen las Cajas de Álava, se examinan en conjunto las diferentes medidas que las Cajas van a adoptar como consecuencia de la reducción de los tipos de interés, y en concreto se incide en la conveniencia de que los responsables de las áreas de activo y pasivo de cada una de las Cajas se intercomunicuen las variaciones que respecto a los tipos se vayan a aplicar, con el fin de procurar una línea homogénea de actuación. En fin, se deja constancia como una campaña que va próximamente a iniciar una de las Cajas, de promoción del ahorro a plazo con retribución en especie, deja sin efecto un acuerdo anterior sobre no iniciar ningún tipo de campaña de ese tipo.

Estos dos acuerdos, de reparto de mercado y de fijación de precios, tienen por objeto, restringir la competencia, y sin necesidad de ninguna acreditación sobre sus efectos, según hemos razonado anteriormente, deben considerarse acuerdos anticompetitivos prohibidos por el artículo 1 LDC

11. Por el contrario, en relación con los demás acuerdos que se incluyen en la narración de hechos probados de la Resolución impugnada, de coordinación de actuaciones frente a terceros competidores, intercambio de información, coordinación y fijación de posturas comunes en sociedades participadas, y coordinación de actuaciones en relación con nuevos productos o sectores de actividad (acuerdos 3, 4, 5 y 6 de los enumerados en el fundamento jurídico nº 5, no puede presumirse que tengan por objeto, por su naturaleza, infringir la competencia, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales del TJCE y Directrices de la Comisión Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 2001/C - 3/02) y las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DOCE 2004/C - 101/08), previamente citadas, que como se ha visto extienden la presunción de ser restrictivos de la competencia por su objeto únicamente a los acuerdos de fijación de precios, limitación de la producción y reparto del mercado.

Tratándose de otra clase de acuerdos, se hace el necesario comprobar si los mismos producen efectos contrarios a la competencia, sin que esta apreciación pueda realizarse de forma desligada de las circunstancias concurrentes en el caso, tales como el contexto económico, estructura y condiciones de funcionamiento del mercado pertinente, naturaleza de los bienes o servicios afectados, y otras.

La apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo no puede realizarse en abstracto, sino que exige tomar en consideración las condiciones y circunstancias que en que se producen las prácticas, Así en el caso citado de la cuestión prejudicial planteada por el TS, el TJCE señaló que para apreciar los efectos anticompetitivos de los acuerdos contemplando en aquella ocasión, debía tomarse en consideración el marco concreto en el que se producen los acuerdo, y en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y

servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados pertinentes (apartado 49 de la citada STJCE de 25 de noviembre de 2006).

Sin embargo, en el presente caso, el expediente no muestra ningún examen de esta naturaleza, ni existe ningún dato ni elemento que permitan el conocimiento del alcance de la ejecución de los acuerdos y sus consecuencias sobre la competencia, o al menos, un estudio sobre los efectos potenciales que los repetidos acuerdos hubieran podido producir sobre la competencia en el mercado afectado. Así las cosas, sin ninguna acreditación ni prueba, siquiera indiciaria, sobre los efectos restrictivos de la competencia, reales o potenciales, de los acuerdos que citamos, no es posible presumir que se trate de acuerdos prohibidos por el artículo 1 LDC por razón de sus efectos restrictivos de la competencia.

12. Volvemos nuevamente a los acuerdos de reparto del mercado y de fijación de precios, que hemos tenido por acreditados a la vista de las actas de las reuniones de las Cajas de Ahorro y por los datos sobre su expansión territorial durante 15 años.

La Sala coincide con la Resolución impugnada en la consideración que estos dos acuerdos forman parte de un "acuerdo global" de colaboración de las Cajas vascas y navarra, que constituye una única infracción.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 (recurso de casación 6573/2001), la infracción continuada, al igual que su modelo, el delito continuado, es unidad jurídica formada por varios actos cada uno de los cuales, aisladamente considerado revive las características de un ilícito consumado o intentado, pese a lo cual se califican conjuntamente como si constituyeran un solo ilícito.

Estimamos que concurren los requisitos antes comentados para la apreciación de una infracción continuada: pluralidad de acciones u omisiones, que infringen el mismo o semejante precepto administrativo, realizadas en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Dichos acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios forman una unidad psicológica y material, pues se adoptaron por las mismas entidades, en el ámbito de las reuniones que periódicamente celebraban en la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, con la finalidad preconcebida y continuada a lo largo del tiempo, de mantenimiento del status quo territorial y presencia respectiva en el mercado, mediante la renuncia a competir.

13. En la demanda también se razona ampliamente (fundamento jurídico "Quinto") sobre la disconformidad a derecho de la sanción de multa de siete millones de euros, por infringir el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el deber de motivación.

La Sala estima que procede la reducción de la cuantía de la multa, como lógica consecuencia de lo que hasta aquí se ha razonado, pues la infracción continuada que hemos tenido por acreditada no presenta las dimensiones apreciadas por la Resolución impugnada.

Hemos de tener en cuenta en este punto las dos consideraciones siguientes, de un lado, que la Resolución impugnada contemplaba una infracción continuada o acuerdo global, integrada por distintos "instrumentos", siendo tales instrumentos los acuerdos anticompetitivos que se detallan -en número de seis- en los hechos probados,

resumidos en el Fundamento Jurídico Quinto de esta sentencia, si bien hemos razonado que la infracción continuada que aprecia esta Sala únicamente está integrada por los acuerdos de reparto del mercado y de fijación de precios, y de otro lado, que inequívocamente, de todos los instrumentos que conforman ese acuerdo global, la Resolución impugnada considera el reparto de precios como el de mayor relevancia, siendo definido como "...el instrumento básico..." para llevar a cabo el pacto de no competencia, hasta el punto de que la existencia del acuerdo global "...carecería de sentido sin ese aspecto del respeto territorial..." (F.D. 4º).

Buena prueba de la importancia dada al acuerdo de reparto de mercado en la determinación de las sanciones es que la circunstancia de la larga duración, al menos 15 años, de la infracción continuada, que lleva a la CNC a imponer un porcentaje alto sobre la cifra de negocios, únicamente está acreditada respecto de ese concreto hecho integrante de la infracción continuada.

Con las matizaciones indicadas, la Sala comparte con la Resolución impugnada la apreciación de la gravedad de la infracción, que califica de un acuerdo de cártel, lo que lo sitúa en una infracción de las más graves en el derecho de la competencia, con una larga duración, al menos 15 años, lo que lleva a imponer un porcentaje significativo sobre la cifra de negocios, así como las demás circunstancias tenidas en cuenta para la determinación de la cuantía de las sanciones.

A la vista de tales circunstancias, esto es, un menor número de hechos integrantes de la infracción continuada, pero presencia del hecho principal y determinante de la sanción impuesta por la CNC, la Sala estima que procede la reducción de la sanción impuesta a su mitad, esto es, a tres millones y medio de euros.

14. Como la Sala ha adoptado el criterio de reducir todas las sanciones en igual proporción, hemos de pronunciarnos sobre la alegación de la entidad recurrente relativa al carácter discriminatorio y contrario al principio de igualdad de la sanción impuesta, que estima desproporcionada en relación con las impuestas a las demás Cajas de Ahorros sancionadas.

El artículo 10 LDC sitúa el límite superior de la cuantía de la sanción en el 10 por ciento del volumen de ventas del ejercicio económico anterior a la Resolución de la CNC, que en el caso de entidades de crédito y, con arreglo a los precedentes que cita la Resolución impugnada, está constituido por el volumen de negocios.

La LDC se limita a fijar ese límite máximo, y a señalar los criterios que han de tenerse en cuenta para individualizar la concreta cuantía de la multa, sin ninguna referencia a una división de ese límite máximo en diferentes tramos o a una mayor precisión para fijar las cuantías.

En este caso, la Resolución impugnada indicó cual era el volumen de ventas sobre el que debía aplicarse el porcentaje del 10 por ciento de límite máximo de las sanciones:

KUTXA 853,2 millones de euros

BBK 671,9 millones de euros

Caja Navarra: 558,6 millones de euros

Caja Vital 323,9 millones de euros

Las opciones de la CNC eran, dentro de los límites máximos de las sanciones constituidos por el 10% de las anteriores cifras, y a la vista de los criterios de ponderación concurrentes, bien imponer como sanción una cantidad alzada, bien un concreto porcentaje.

Así, en este caso, las multas impuestas consistieron en una cifra o número redondo. De acuerdo con los cálculos efectuados por la entidad recurrente, las multas impuestas equivalen a los siguientes porcentajes:

KUTXA 7 millones de euros 0,82% del volumen de ventas

BBK 7 millones de euros 1,04% del volumen de ventas

Caja Navarra: 6 millones de euros 1,07% del volumen de ventas

Caja Vital 4 millones de euros 1,23% del volumen de ventas

Se aprecia con facilidad que todas las multas se sitúan en las proximidades del 1% del respectivo volumen de ventas, por lo que no se aprecia la infracción del principio de igualdad denunciado, siendo conforme a derecho el modo de proceder de la CNC de fijar las sanciones en una cifra o número redondo, en lugar de señalar un particular porcentaje sobre una base, lo que responde además a una práctica reiterada a lo largo del tiempo por diversas Administraciones, que los Tribunales han encontrado conforme a derecho.

De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar parcialmente el presente recurso con la paralela anulación de la Resolución impugnada exclusivamente en lo referente a la cuantía de la sanción impuesta, confirmándola en lo demás por su conformidad a derecho.

15. No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA Y SAN SEBASTIAN, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007 , a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada exclusivamente en el extremo referente a la cuantía de la multa impuesta, que debe reducirse a la suma de 3.500.000 euros (TRES MILLONES QUINIENTOS MIL EUROS), confirmándola en todo lo demás por su conformidad a derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el

artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo