

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación:	26/10/2010
Fecha Sentencia:	23/11/2010
Núm. de Recurso:	0000496/2007
Tipo de Recurso:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General:	05805/2007
Materia Recurso:	CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:	
Fecha Casación:	
Ponente Ilma. Sra. :	D ^a . LUCÍA ACÍN AGUADO
Demandante:	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA (CAJA NAVARRA)
Procurador:	D ^a MARÍA JOSÉ BUENO MARTÍNEZ
Letrado:	
Demandado:	COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:	
Abogado Del Estado	
Resolución de la Sentencia:	ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

Defensa de la Competencia. Cajas Vascas y Navarro. Reparto territorial del mercado.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000496/2007
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05805/2007
Demandante: CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA (CAJA NAVARRA)
Procurador: D^a MARÍA JOSÉ BUENO MARTÍNEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintitres de noviembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 496/07 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA (CAJA NAVARRA)** representada por la Procuradora D^a María José Bueno Martínez contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 18 de octubre de 2007 (expediente 617/06) sobre conductas prohibidas por el artículo 1

de la LDC (Ley 1671989). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del recurso de seis millones de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 5 de diciembre de 2007 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección Sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 22 de junio de 2009 la parte solicitó dicte sentencia *“por la que estimando el presente recurso contencioso-administrativo, declare la nulidad de la resolución de 18 de octubre de 2007 del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia o, subsidiariamente, la declaración de nulidad de la resolución de 18 de octubre de 2007 del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en todos los extremos en que se refiere a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra”*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda así lo hizo en escrito en el que solicitó la desestimación del recurso.

Solicitado el recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y presentadas conclusiones quedaron el 14 de julio de 2010 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 26 de octubre de 2010.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 20078 (expediente 617/06 Cajas Vascas y Navarra número 2643/05 del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), incoado de oficio contra las entidades Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (Caja Vital), Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK), Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzkoa y San Sebastián (KUTXA) y Caja de Ahorros de Navarra (CAN), por presuntas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia LDC) con la siguiente parte dispositiva:

"Primero. – Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en un pacto de no competencia entre Bilbao Bizkaia Kutxa, de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzkoa y San Sebastián y San Sebastián-Guipuzkoa eta Donostiako Aurrezki 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 Bizkaia Kutxa una sanción de siete millones de euros (7.000.000 de €).

Cuarto.– Imponer a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipuzkoa y San Sebastián-Guipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa una sanción de siete millones de euros (7.000.000 de €).

Quinto.– Imponer a Caja Vital una sanción de cuatro millones de euros (4.000.000 de €).

Sexto.– Imponer a Caja Navarra una sanción de seis millones de euros (6.000.000 de €).

Séptimo.– Ordenar a las cuatro de cajas de ahorro 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 del 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 la Dirección General de Defensa de la Competencia el pago de la multa impuesta y lo acordado en el anterior apartado Sexto."

La parte recurrente solicita se declare la nulidad de la resolución de 18 de octubre de 2007 del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia o, subsidiariamente, la declaración de nulidad de la resolución de 18 de octubre de 2007 del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en todos los extremos en que se refiere a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra.

SEGUNDO: Los hechos que la resolución recurrida considera que constituyen una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son los siguientes:

- 1) Limitación de la distribución de bienes y servicios mediante: (1) 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 (2) Abstención o limitación de operar en territorios distintos a aquellos en los que tienen presencia mediante sucursales (actas de 2 enero, 6 de febrero, 4 de septiembre y 9 de octubre de 1990, 11 de julio de 1995 y 9 de julio de 2001).

2) Fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio mediante: (1) Acuerdos sobre los tipos de interés aplicables en determinadas operaciones y (2) Acuerdos sobre ciertos tipos de remuneración. Actas de 6 de febrero de 1990 y 7 de octubre de 1991.

3) Coordinación de actuaciones frente a terceros competidores.

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

5) Coordinación y fijación de posturas comunes en sociedades participadas.

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

TERCERO: En sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 2009 (recurso 524/2007), 6 de noviembre de 2007 (recurso 488/2007) y 1 de diciembre de 2009 (recurso 491/2007) esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ya se ha pronunciado sobre la conformidad a derecho de la resolución aquí impugnada en relación a las tres Cajas Vascas sancionadas y se ha considerado acreditado que los acuerdos de limitación de la distribución de bienes y servicios (descritos en el apartado 1) y fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (descritos en el apartado 2) del fundamento de derecho anterior tienen por objeto restringir la competencia y por tanto sin entrar a valorar cuales fueron los efectos sobre la misma, constituyen acuerdos prohibidos a los efectos del artículo 1 de la Ley 16/1989. En cambio las restantes acciones no tienen por objeto restringir la competencia y al no constar acreditado en el expediente administrativo que tenga efectos restrictivos en la competencia no procede considerar dichas prácticas constitutivas de la infracción del artículo 1 de la Ley 16/89 ni por tanto ser sancionadas. Así en la sentencia de 6 de noviembre de 2009 (recurso 524/2007) dijimos literalmente lo siguiente:

“OCTAVO:

.....*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 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).

NOVENO: 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."

DECIMO.- 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.

.....

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 intercomuniquen 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.

UNDECIMO: 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 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 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 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 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).

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".

CUARTO: Establecido que sólo puede considerarse como una práctica restrictiva de la competencia los acuerdos de limitación de la distribución de bienes y servicios y fijación de precios, procede analizar si se puede considerar responsable de dicha practica a la entidad recurrente. Alega la recurrente que el hecho de que sea miembro del Consejo de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras no es suficiente para realizar la imputación ya que su participación en las actividades es radicalmente distinta a la de las Cajas Vascas, no asisten a dichas reuniones el Presidente, ni el Director General y por otra parte al margen del Consejo de la Federación hay Reunión de Presidentes de la que no forman parte los de las Cajas de Navarra.

Ciertamente la participación de Caja Navarra en dicha Federación no se puede equiparar a la de las Cajas Vascas que pertenecen a la misma, por lo que hay que analizar la participación concreta que tuvo Caja Navarra en la adopción de los acuerdos que restringen la competencia. El hecho de que asistieran a dichas reuniones los Subdirectores de las Cajas Navarras no se considera suficiente para considerar que ha participado en ese acuerdo porque como hemos señalado la participación de las Cajas Navarras en la Federación no es tan intensa como la de las Cajas Vascas y no todos los acuerdos que se adoptaban afectaban a la Caja de Navarra sino que muchos de ellos obedecían a una estrategia conjunta de las Cajas Vascas en asuntos ajenos al interés de las CAN y de colaboración con la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca mediante distintos instrumentos en la que no participaban las Cajas Navarras (como Norbolsa dentro del área financiera y el proyecto Biharko Vida y Pensiones en el área de Seguros y Visesa, Alokabide en gestión de suelo y alquiler).

1) En relación a los acuerdos de limitación de distribución de bienes consta acreditado que participaron las Cajas Navarras en el acuerdo consistente en

abstenerse 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. Según consta en el acta de la reunión de 6 de febrero de 1990 de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras:

“Los máximos representantes de las Cajas de Ahorros Vascas, y también de las Cajas de Ahorros Navarras, han reafirmado su compromiso de mantener el statu quo territorial actual en cuanto al ámbito de actuación de cada Caja, evitando así la competencia entre ellas, y han acordado que el marco de la Federación continúe siendo el foro de información y de 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 sus ámbitos de actuación”.

El hecho de que el informe pericial de SOLCHAGA & RECIO se indique que la no apertura de sucursales en el País Vasco sea una estrategia lógica desde el punto de vista empresarial y sea perfectamente coherente con las estrategias observadas en el resto de Cajas de Ahorro españolas (se indica que otras Cajas limítrofes Caja Círculo, Caja España o Caja Burgos tampoco abrieron sucursales en el País Vasco y las Cajas Navarras no abrieron sucursales en todas las provincias limítrofes con su territorio) no excluye la existencia de un pacto colusorio en el que intervinieron las Cajas Navarras con el fin de evitar que las Cajas Vascas abrieran sucursales en Navarra, constatándose que las Cajas Vascas si que abrieron sucursales en todas las provincias adyacentes a su territorio excepto en Navarra (Burgos, Cantabria y La Rioja).

2) En relación a los acuerdos de fijación de precios o 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 no consta acreditada su participación en todos los acuerdos adoptados sino solo en el b). Las dos actas (de las reuniones de la Federación que documentan según la CNC dichos acuerdos (6 de febrero de 1990 y 7 de octubre de 1991) se refieren a los siguientes extremos:

a) *“Préstamos a los promotores en Álava. Por el Director de la Caja de Ahorros de Vitoria, en nombre de las Cajas Alavesas, se solicita de las Cajas Vizcaína y Guipuzcoanas que en tanto se soluciona el problema de las Oficinas que estas 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 Álava.....”.* No consta acreditado la participación de las Cajas Navarras por cuanto expresamente se indica que las Cajas afectadas son las Cajas Vascas al tratarse de una solicitud realizada a la Caja de Ahorros Vizcaína y Guipuzcoana.

b) *“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 intercomuniquen las variaciones que respecto a los tipos de interés se vayan a aplicar con el fin de procurar una línea homogénea de actuación”.

Claramente se indica que no sólo las Cajas Vascas sino que cada una de las Cajas asistentes a dicha reunión exponen las medidas que van a adoptar y seguidamente a continuación se indica que se va a procurar una línea homogénea de actuación que no consta se limite a las Cajas Vascas como consecuencia del proceso de fusión que se estaba llevando a cabo, por lo que en este acuerdo la participación de las Cajas Navarras consta acreditado.

c)“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.” No consta acreditado que ese acuerdo con los comerciantes del año 1985 participaran las Cajas Navarras ya que hay que tener en cuenta que ese acuerdo no lo firmó la Federación sino las Cajas, desconociendo a que Cajas se refiere. Por otra parte si existía un solo acuerdo en el año 1985 con los comerciantes, difícilmente podía participar en el mismo la Caja Navarra por cuanto fue el Real Decreto 1582/1988 de 29 de diciembre el que puso fin al régimen restrictivo que, en materia de expansión territorial había consagrado la orden de 20 de diciembre de 1979 reguladora de la apertura de oficinas por las Cajas de Ahorros permitiendo la apertura de oficinas por las Cajas de Ahorros fuera del territorio de la Comunidad Autónoma en la que tuviesen su sede central.

QUINTO: En cuanto a la prescripción como señalamos en la sentencia de 6 de noviembre de 2009 (recurso 488/2007):

“No hay duda ninguna a juicio de esta Sala sobre el hecho de que no ha prescrito la infracción ni la acción de la Administración para sancionar la conducta consistente en el pacto en cuya virtud se respetaban los límites territoriales en la actuación de cada una de ellas, manteniendo el status quo territorial, sin que ninguna abriese, entre enero de 1990 y julio de 2005 (exceptuando las sucursales que BBK y Kutxa tenían ya operativas en Álava en 1990), sucursales en las provincias en las que se encontraban las sedes de las demás.

Según el artículo 12 LDC (16/1989), “prescribirán a los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción..... 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 3 La prescripción también se interrumpe por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores.”

Puesto que el día 24 de octubre de 2005 se dicta providencia de incoación de oficio de expediente sancionador contra entre otras entidades la hoy actora, y a esa fecha continuaba plenamente operativo el reparto territorial, no cabe duda de que no ha prescrito dicha infracción”.

SEXTO: En cuanto a la graduación de la sanción la CNC tiene en cuenta los siguientes criterios para imponer a Caja Navarra una sanción de 6 millones de euros (1,074% sobre volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Consejo calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del RD 1443/2001): a) que se trata de un acuerdo de cártel, lo que lo sitúa en una infracción de las más graves en el derecho de la competencia, y con una larga duración, al menos 15 años, lo que llevaría a imponer un porcentaje alto sobre la cifra de negocios. b) que si bien todas las cajas imputadas operan a nivel nacional, la práctica sólo está acreditada en las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra y c) que la cuota de mercado de las imputadas indica que su presencia en el mercado afectado no supera a más de un tercio del mismo.

En este caso hay que tener en cuenta que en las sentencias de esta Sala en relación a esta misma resolución de la CNC citadas anteriormente se redujo la sanción impuesta a las Cajas Vascas a la mitad por la circunstancia de que sólo son constitutivas de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/89 los acuerdos de reparto de mercado y de fijación de precios, considerando que la misma no vulneraba el principio de proporcionalidad, criterio que se mantiene en esta sentencia.

Ciertamente la cuantía de la multa es elevada pero debe tenerse en cuenta que la Comisión Nacional de la Competencia conforme al artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia estaba legitimada para imponer multas hasta el 10% del volumen de las ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal y en este caso la multa impuesta a Caja Navarra ha sido del 1,074% sobre el volumen de negocios y para ello el Tribunal ha tenido en cuenta los criterios de graduación de la sanción previstos en el artículo 10.2 de la LDC y que son “a) *La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.* b) *La dimensión del mercado afectado,* c) *La cuota de mercado de la empresa correspondiente* d) *El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios* y e) *La duración de la restricción de la competencia”.*

La Comisión ha ponderado esas circunstancias para graduar la sanción y precisamente ha considerado como circunstancia atenuante el efecto de la restricción de la competencia al indicar que “*El Consejo es consciente de que el territorio más directamente afectado es el de las provincias de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra y que en estas provincias existen otras entidades de crédito que compiten en el mismo mercado, lo cual modera el alcance*

y los efectos del acuerdo prohibido” y asimismo el hecho de que la cuota del mercado no supera el 30% del mismo.

Por otra parte la participación limitada de Caja Navarra en cuanto se considera que ha realizado sólo alguna de las conductas que han sido cometidas a juicio de esta Sala por las Cajas Vascas se ha tenido en cuenta para reducir la sanción en un 30% respecto de la fijada para las Cajas Vascas no apreciándose una participación limitada de Caja Navarra en dichos acuerdos dado los términos en que se adoptó y que se ha recogido en esta sentencia, apreciándose en relación al reparto de mercados una aplicación efectiva del acuerdo y así se recoge en la resolución de la CNC al hacer referencia a las sucursales de cada una de las entidades en los distintos territorios.

Asimismo indicar que el porcentaje de la multa impuesta a Caja Navarra (1.074%) se sitúa en el término medio de las impuestas a las Cajas Vascas (1,04% BBK, 0,82% KUTXA y 1,23% Caja Vital) por lo que no se puede considerar que se haya infringido el principio de igualdad, teniendo en cuenta además que el volumen de ventas no es un criterio para graduar la sanción sino que es el parámetro fijado para determinar el límite máximo de la misma.

SEPTIMO: 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.

FALLO

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 NAVARRA (CAJA NAVARRA)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 18 de octubre de 2007 (expediente 617/06) sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (Ley 167/1989). y en consecuencia se anula exclusivamente en el extremo referente a la cuantía de la multa impuesta a Caja Navarra, que debe reducirse a la suma de 2.100.000 euros.

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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.

