

RESOLUCIÓN (Expte. 283/90)

Sección Primera

Alcaide Guindo, Presidente
Soriano García, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 30 de abril de 1993.

Visto por la Sección Primera de este Tribunal, constituida por los señores que se relacionan más arriba, el expediente 283/90 consecuencia del incoado de oficio por el Director General de Defensa de la Competencia con el número 494/87 y teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El presente expediente se inició de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia, mediante Providencia dictada por el Director General de Defensa de la Competencia el 29 de septiembre de 1988, tras unas indagaciones previas, realizadas por el Servicio durante el año anterior, de acuerdo con sus competencias de seguimiento de las condiciones de funcionamiento de los distintos mercados particulares.

En la Providencia de incoación del expediente se indica que las actuaciones se entenderán con la ASOCIACION ESPAÑOLA DE BANCA PRIVADA (en adelante AEB); BANCO CENTRAL S.A.; BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A.; BANCO HISPANO AMERICANO S.A.; BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.; BANCO DE SANTANDER S.A.; BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA S.A.; y cuantas entidades bancarias hubieran tenido relación con los hechos.

Como consecuencia de la constitución del BANCO BILBAO VIZCAYA S.A. (en adelante BBV) por fusión del Banco de Bilbao S.A. y del Banco de Vizcaya S.A., elevada a escritura pública otorgada el 1 de octubre de 1988, todas las actuaciones contra las sociedades fusionadas se entienden contra BBV.

Como consecuencia de la constitución del BANCO CENTRAL HISPANO AMERICANO S.A. (en adelante BCH) mediante fusión por absorción de Banco Central S.A. y Banco Hispano Americano S.A. elevada a escritura pública otorgada el 27 de diciembre de 1991, todas las actuaciones contra las sociedades fusionadas se entienden contra BCH.

2. Las indagaciones previas consistieron en:

- 2.1. La solicitud de información remitida al Banco de España el 6 de julio de 1987 (folio 9 del Expediente del Servicio [ES]) a la que se recibió contestación el 14 de julio del mismo año.
- 2.2. La solicitud de información remitida a los quince primeros bancos españoles el 28 de septiembre de 1987 sobre tarifas de comisiones y tipos de interés aplicados [folios 21 y ss ES].
- 2.3. La elaboración de un informe por la Subdirección de Estudios y Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 5 de febrero de 1988 [folios 746 y ss ES] en el que se analiza someramente la documentación relativa a operaciones de pasivo a la vista y a corto plazo y a las tarifas de comisiones, condiciones y gastos correspondientes a servicios y operaciones realizados en pesetas, haciendo caso omiso de la información relativa a tarifas aplicables a:
 - operaciones en moneda extranjera y pesetas convertibles
 - condiciones y convenios a aplicar entre los bancos y cajas de ahorros con actividad en España en las operaciones de moneda extranjera y
 - condiciones aplicables a las operaciones interbancarias directas realizadas en pesetas.

El informe explica que el estudio se ha centrado en las condiciones aplicables a las operaciones realizadas en pesetas puesto que se ha considerado que eran las únicas de interés en aquel momento.

3. Mientras por el Servicio se realizaban las indagaciones previas a la incoación de expediente de oficio, la AEB, en representación de los bancos encausados (hoy seis), presentó en marzo de 1988 ante la DG IV de la Comisión de la Comunidad Europea (en adelante DG IV CCE), formulario A/B de notificación voluntaria para la obtención de declaración negativa o exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de Roma (en adelante TCE) con arreglo a lo establecido en los artículos 2, 4 y 5 del Reglamento 17 del Consejo CE, de 6 de febrero de 1962 (en adelante Reglamento 17/62).

4. Una vez recopilada y analizada la información obtenida por el Servicio en las diligencias previas, el Director General de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente de oficio mediante Providencia de 29 de septiembre de 1988 [folio 828 ES] en la que se le asigna el número 494/87 que es el mismo bajo el cual se siguieron las actuaciones preliminares, sobre presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 110/1963, de 20 de julio; se nombra Instructor y Secretaria y se determina que las actuaciones se entenderán contra AEB, BANCO CENTRAL, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, BANCO HISPANO AMERICANO, BANCO POPULAR, BANCO DE VIZCAYA, BANCO DE BILBAO, BANCO EXTERIOR y cuantas entidades bancarias hayan tenido relación con los hechos.
5. Por Providencia del Instructor de 13 de octubre de 1988 se ordena dar cumplimiento al trámite de Información Pública mediante la publicación de Aviso en el Boletín Oficial del Estado, en los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Cantabria y Madrid y en el Boletín Semanal de Información Comercial Española. En respuesta a este Aviso presentaron escritos tres personas físicas y la Unión de Consumidores de España.
6. Mediante escrito de 13 de octubre de 1988 la AEB solicita la suspensión del procedimiento sancionador nº 494/87 abierto por el Servicio hasta tanto la Comisión de la Comunidad Europea (CCE) no resuelva el expediente IV/32.722 Bancos Españoles [folios 843 y 844 ES].

Por Resolución de 20 de octubre de 1988 [folio 855 ES] el Director General de Defensa de la Competencia acuerda la improcedencia de la suspensión de las actuaciones.

El 15 de noviembre de 1988 [folios 1695 y ss ES] la AEB interpone recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda, contra la Resolución de 20 de octubre de 1988 denegando la suspensión.

Por Resolución del Subsecretario de Economía y Hacienda de 9 de marzo de 1988 [folios 1744 y ss ES] se acuerda declarar inadmisibile el recurso presentado por la AEB.

Por oficio de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional al Subsecretario de Economía y Hacienda, de 12 de mayo de 1989 [folio 1908 ES], se tiene conocimiento de que la AEB ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución anterior, al que se atribuye el número 204.060, sin que hasta la fecha haya constancia de la resolución de dicho recurso.

7. Mediante Providencia del Instructor de 17 de octubre de 1988 [folios 845 y ss ES] se acuerda solicitar información adicional a la AEB y a los ocho bancos encausados, que es contestada por todos. En su escrito de contestación de 16 de noviembre de 1988 [folios 1484 y ss ES] la AEB expone su protesta formal por la utilización del formulario A/B como prueba de convicción de un expediente sancionador, teniendo en cuenta que la Comisión Europea ha indicado reiteradamente que las informaciones comunicadas a la Comisión quedaban amparadas por el secreto profesional, lo que supone que no pueden ser utilizadas para un procedimiento diferente a aquél en que se han presentado. Por otra parte considera que si el expediente se deriva de una declaración presentada voluntariamente, los hechos que se recogen en la misma no pueden ser objeto de un expediente sancionador, sino de un expediente de prácticas exceptuables, a no ser que el formulario A/B presentado ante la Comisión no surta efectos en España, en cuyo caso las actuaciones deben ser consideradas nulas por haberse basado en informaciones que no son utilizables para otro fin. Formula protesta formal a efectos de una posible nulidad de actuaciones. Asimismo el Banco Central, el Banco Hispano Americano y el Banco de Santander elevan reclamaciones formales de queja contra la tramitación del expediente 494/87, relativas a la nulidad del expediente, la declaración de práctica exceptuable, la ilegalidad de la existencia de indagaciones previas en los expedientes iniciados de oficio y la aplicabilidad de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia en lugar de aplicar la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Mediante sendas Resoluciones de 16 de mayo de 1990 [folios 2707 y ss ES], el Director General de Defensa de la Competencia acuerda la no procedencia de todas las reclamaciones.
8. Entre el 31 de enero y el 26 de mayo de 1989 el Servicio realiza una investigación empírica consistente en la apertura de una cuenta en una oficina bancaria de cada uno de los bancos encausados [cuya identificación se recoge en el folio 2264 ES] con el fin de comprobar si las tarifas de comisiones notificadas al Banco de España y publicadas se corresponden con las efectivamente aplicadas por los bancos encausados. Esta prueba ha sido anulada por la Sección Primera del Tribunal en el número 2 de la parte dispositiva del Auto de 30 de julio de 1992, por haber sido practicada sin conocimiento de los interesados.
9. El Pliego de Concreción de Hechos de Infracción de fecha 11 de diciembre de 1989 [folios 2237 y ss ES] fue remitido a los encausados el 5 de enero de 1990. Su contenido dice textualmente:

"A la vista de las actuaciones practicadas respecto del expediente nº 494/87, estimando en su conjunto los resultados de cuantas diligencias, indagaciones y pruebas se han efectuado y en relación exclusivamente con las tarifas de comisiones y gastos repercutibles para clientela, el Instructor de dicho expediente considera acreditados los siguientes hechos:

A) Establecimiento y publicación de una clasificación común de servicios bancarios

Existencia de una práctica consistente en el establecimiento en común y posterior publicación, por parte de los bancos Español de Crédito, Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior de España, Hispano Americano, Popular y Santander y en el seno de la Asociación Española de Banca Privada, de una clasificación de los distintos servicios en virtud de los cuales los bancos perciben comisiones de sus clientes, otorgándoles una denominación común a utilizar por todos los bancos y acordando asimismo qué tipo de servicios se incluirán en cada epígrafe.

Esta práctica, a juicio del Instructor y a reserva de lo que en su momento resuelva el Tribunal de Defensa de la Competencia, se halla incurso en la prohibición del art. 1º de la Ley 110/63 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia puesto que, surgiendo de un convenio, tiene el efecto de limitar la competencia en el mercado nacional.

Asimismo, dicha práctica se incluye entre las ejemplificadas por el art. 3º a) de la misma Ley 110/63 al consistir en fijar las condiciones de transacción.

En efecto, el hecho de que un conjunto de empresas acuerden cuáles serán el tipo de servicios que van a ofrecer a sus clientes y regulen de común acuerdo la denominación y clasificación de dichos servicios, impide que cada una de esas empresas pueda decidir por sí misma los servicios que está dispuesta a ofrecer a sus clientes y la forma en que desea presentar dichos servicios al público. De la misma forma se limita la capacidad de elección de los usuarios que deben ajustarse en sus relaciones individuales con cada banco a las modalidades y el tipo de clasificación establecidos en común.

B) Fijación y publicación de tarifas comunes

Existencia de una práctica consistente en la fijación y publicación de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos

repercutibles para clientela, en el seno de la Asociación Española de Banca Privada, por parte de los bancos citados en el apartado A) anterior.

A partir de la información recibida en las contestaciones de los bancos citados, que se produjeron entre las fechas 28-9-87 y 14-3-89, se comprueba que existe identidad en las cuantías de los epígrafes de las tarifas comunicadas al Servicio por estos bancos y que están reseñadas en el anexo A.

Igualmente se comprueba que en las tarifas correspondientes a los epígrafes contenidos en el anexo B, es sólo un banco el que se aleja de la tarifa común, aunque no siempre el mismo.

Esta práctica, a juicio del Instructor y a reserva de lo que en su momento resuelva el Tribunal de Defensa de la Competencia, se halla incurso en la prohibición del art. 1º de la Ley 110/63 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia puesto que, surgiendo de un convenio, tiene el efecto de limitar la competencia en el mercado nacional.

Asimismo, dicha práctica se incluye entre las ejemplificadas por el art. 3º a) de la misma Ley 110/63 al consistir en fijar en común los precios, aunque sean conceptuados como máximos, que los bancos consideran los adecuados para sus servicios.

C) Aplicación efectiva de las tarifas comunes

Igualmente, y a través de investigaciones realizadas por el Servicio, se ha comprobado un alto grado de aplicación de las tarifas publicadas a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Dichas investigaciones se realizaron en el período de tiempo comprendido entre el 31 de enero de 1989 y el 26 de mayo de 1989 en las sucursales de Madrid de los bancos citados que se incluyen en el anexo C. En dichos bancos se abrieron cuentas utilizando pequeñas cantidades, de manera que fueran representativas como índice de las prácticas de los bancos ante clientes de escasa capacidad económica y, por tanto, sin poder de negociación que hiciera variar las condiciones a las que debe someterse el cliente común. La prueba fue reducida y limitada a 7 operaciones de entre las más usuales y su resultado fue el siguiente:

1) Transferencias sobre propia plaza

Los bancos Español de Crédito, Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior de España, Popular y Santander cobraron 100 pts. por esta operación, cantidad que se corresponde con la tarifa publicada y comunicada al Servicio, por lo que se les considera responsables de esta práctica respecto de esta operación.

Igualmente, mediante otra investigación paralela que se realizó a mucha mayor escala, pues consistió en examinar el importe de las cantidades cobradas por las transferencias efectuadas con motivo de la liquidación de la Mutualidad de Previsión Social de Funcionarios del Antiguo Mº de Comercio, que alcanzaron en toda España un volumen aproximado de 700 millones de pesetas, se comprobó que el Banco Hispano Americano cobró, el 30-6-88, 100 pts. por esta misma operación, en virtud de lo cual se le considera asimismo responsable de la infracción.

2) Transferencias sobre otras plazas

Los bancos Español de Crédito, Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior de España y Popular cobraron 200 pts. cantidad idéntica a la publicada y comunicada al Servicio. Estos bancos son entonces responsables de esta práctica para esta operación.

Igualmente, mediante la investigación paralela citada anteriormente, se comprobó que el Banco Hispano Americano cobró, el 30-6-88, el 2 por mil por esta misma operación, lo que coincide con la tarifa publicada y comunicada al Servicio, en virtud de lo cual se le considera asimismo responsable de la infracción para esta operación.

3) Conformidad de talones

Los bancos Exterior de España, Hispano Americano y Popular cobraron 400 pts., la misma cantidad que comunicaron al Servicio y publicaron; por esta razón se les considera responsables de esta práctica respecto de esta operación.

A juicio del Instructor y a reserva de lo que decida en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia, la

aplicación de las tarifas comunes constituye infracción al art. 1º de la Ley 110/63, puesto que tal artículo prohíbe las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en el mercado nacional.

Esta práctica se halla ejemplificada en el art. 3º de la misma Ley, en su letra a) que prohíbe las prácticas concertadas que consisten en fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta y otras condiciones de transacción.

D) Identidad en las cantidades percibidas por cobro de servicios en otros casos

A través de las mismas investigaciones relatadas en el apartado C) anterior, se comprueba, aparte de la aplicación de las tarifas comunes citadas en dicho apartado, la existencia de una práctica consistente en aplicar precios iguales, en sus relaciones con sus clientes, respecto de comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela, en casos no contemplados en el apartado anterior por:

- a) Corresponder a otros conceptos.
- b) No coincidir con las tarifas remitidas al Servicio.

Ello se comprueba respecto de las siguientes operaciones:

1) Venta de divisas

Los bancos Español de Crédito, Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior de España, Hispano Americano, Popular y Santander, esto es, el conjunto de los bancos citados en los apartados A) y B) anteriores, cobraron la cantidad de 250 pts. en esta operación y son responsables de la infracción que ello supone.

2) Compra de cheques de viaje

Los bancos Español de Crédito, Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior de España, Hispano Americano y Santander cobraron todos 250 pts. y son responsables de esta práctica respecto de esta operación.

3) Venta de cheques de viaje

Los bancos Español de Crédito, Central, Exterior de España y Santander cobraron todos 250 pts. y son responsables de esta práctica respecto de esta operación.

Los bancos Bilbao-Vizcaya e Hispano Americano cobraron ambos 500 pts. y son responsables de esta práctica respecto de esta operación.

4) Ingresos de talón sobre otras plazas

Aún cuando no se corresponden con las tarifas comunicadas al Servicio entre las fechas 28-9-87 y 14-3-89, en las operaciones realizadas el 10-3-89 y el 17-5-89 los bancos Bilbao-Vizcaya, Central, Exterior, Hispano Americano y Popular cobraron todos 200 pts. por lo que se les considera responsables de esta práctica respecto de esta operación.

A juicio del Instructor y a reserva de lo que decida en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia, estas prácticas constituyen infracción al art. 1º de la Ley 110/63, puesto que tal artículo prohíbe las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en el mercado nacional.

Estas prácticas se hallan ejemplificadas en el art. 3º de la misma Ley, en su letra a) que prohíbe las prácticas concertadas que consisten en fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción."

El Pliego va acompañado de tres Anexos (A, B y C) [folios 2243 a 2263 ES], en los que se especifican los epígrafes de las tarifas para los que existe identidad, aquéllos en que un solo banco (no siempre el mismo) se aleja de la tarifa común y las sucursales bancarias en que se practicó la prueba reseñada en el número anterior.

10. En el trámite de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, que evacuaron todos los encausados, se solicitó la práctica de diversas pruebas. Dichas solicitudes se resolvieron mediante Providencia de 26 de abril de 1990 [folios 2650 bis y ss ES], aceptando algunas y denegando otras:

10.1. Se aceptó la práctica de las siguientes pruebas documentales:

- aportación del Dictamen preparado por el Profesor D. Juan Velarde [folios 2668 y ss ES]
- aportación de informe sobre aplicación de tarifas bancarias en diferentes países, preparado por Arthur Andersen [folios 269 y ss ES]
- aportación de informe sobre aplicación de tarifas bancarias preparado por KPGM Peat Marwick S.A. [folios 2720 y ss ES]
- solicitud de certificación de la DG IV CCE sobre el alcance del secreto profesional que ampara a los datos incluidos en los formularios A/B en uso de los derechos concedidos por el Reglamento nº 17/62 del Consejo CE y eficacia directa, vinculante, de dicha norma para las Administraciones de los países miembros de la Comunidad.

Esta certificación fue solicitada en oficio de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 17 de abril de 1990 [folio 2650 ES] y nunca se recibió contestación de la Dirección General IV de la Comisión.

10.2. Se rechazó la práctica de las siguientes pruebas documentales:

- a) Solicitud a la DG IV CCE de certificaciones sobre:
 - las fechas de las reuniones mantenidas con la AEB y los bancos encausados durante 1987 y 1988 en las que participaron funcionarios de la Dirección General de Defensa de la Competencia, sus nombres y si su asistencia se debió a la iniciativa de la DG IV
 - las fechas y el contenido de los envíos a la Dirección General de Defensa de la Competencia de documentación relacionada con el expediente IV/32.722 Bancos Españoles, seguido en la DG IV.
- b) Emisión por la Dirección General de Defensa de la Competencia de certificaciones acreditativas de:
 - fecha y contenido de las actuaciones que determinaron la asignación al expediente de su número 494/87

- contenido y fecha de recepción por dicha Dirección General de la notificación de la DG IV CCE enviando copia del formulario A/B presentado por la AEB.
- c) Solicitud al Banco de España de certificación que recoja el contenido de las tarifas declaradas por las 10 Cajas de Ahorros españolas más importantes por recursos propios, a la fecha que estime pertinente.
- d) Incorporación de copia cotejada de toda la documentación cruzada entre la AEB y la DG IV de la Comisión sobre la tramitación del expediente IV/32.722 Bancos Españoles.

10.3. Finalmente se denegó la ampliación del plazo de presentación de un informe exhaustivo sobre la aplicación de tarifas a elaborar por KPGM Peat Marwick S.A., porque el proponente estimaba la necesidad de conceder para su elaboración un plazo de cuatro meses, incompatible con los plazos legales establecidos para el procedimiento sancionador y el Banco Popular Español S.A. renunció a la presentación de la prueba propuesta y aceptada por el Instructor, consistente en un dictamen técnico a emitir por un Inspector del Banco de España sobre la aplicación real por el Banco Popular de tarifas en determinados servicios bancarios.

A todos los encausados a los que les fue rechazada alguna de las pruebas propuestas se les recordó la posibilidad de reproducir ante el Tribunal, en un momento procesal ulterior, la proposición de pruebas rechazadas en la instrucción.

11. Con fecha 20 de julio de 1990, el Instructor redacta Informe-Propuesta en el que propone que se declare que, de lo actuado, resulta acreditada la existencia de tres prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1º de la Ley 110/1963 y ejemplificadas en su artículo 3º a) consistentes en:
- a) El establecimiento en común y posterior publicación de una clasificación común de servicios bancarios realizada por todos los bancos encausados en el seno de la AEB.
 - b) La fijación en común y la publicación de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela por parte de los mismos autores de la práctica anterior.

- c) La aplicación en la realidad de unas tarifas coincidentes para comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela realizada por los bancos encausados.

Asimismo, propone que se declare autorizada la práctica contenida en a) y que se adopten los demás pronunciamientos previstos en los artículos 13 y 15 de la Ley 110/1963.

- 12. Dada por el Director General de Defensa de la Competencia su conformidad al Informe-Propuesta redactado por el Instructor, se dio cuenta del expediente al Consejo de Defensa de la Competencia en su reunión de 27 de julio de 1990 y se elevó al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución. El Tribunal recibió el expediente el 30 de julio de 1990 y con la misma fecha acusó su recibo al Servicio y lo turnó a la Sección Primera, asignándole el número 283/90.
- 13. Por Providencia de la Sección Primera de 10 de septiembre de 1990 se acuerda designar Ponente, dar vista de todo lo actuado a los encausados y concederles un plazo de treinta días hábiles para alegaciones y proposición de pruebas, plazo que fue ampliado por quince días más por Providencia de 16 de octubre de 1990.
- 14. Todas las partes interesadas han remitido escrito de alegaciones y solicitado la práctica de pruebas, coincidentes en su mayoría con las que se han enumerado en 10.2 y 10.3 como rechazadas en su día por el Instructor del expediente, con las siguientes diferencias.

14.1. En cuanto a las certificaciones a solicitar a la DG IV de la Comisión:

- a) certificación de autenticidad de las copias remitidas por la AEB al Tribunal, de los escritos y documentos cruzados entre la AEB y la DG IV CCE, si el Tribunal dudara de ellas
- b) certificación del alcance del secreto profesional y de las posibilidades del uso de la información por las Autoridades de un país miembro, no solamente sobre el contenido del formulario A/B sino también sobre la documentación rendida a la DG IV CCE a solicitud de la misma.

14.2. En cuanto a las certificaciones a emitir por la Dirección General de Defensa de la Competencia:

- a) fecha y contenido literal del acto administrativo que dispuso la práctica de las "diligencias previas"

- b) fecha y contenido literal del acto administrativo que permita explicar cómo la Providencia de 29 de septiembre de 1988 por la que se notifica por primera vez a los encausados la incoación del expediente sancionador le asignó el nº 494 correspondiente al año anterior
- c) contenido del informe - si existe - emitido por los funcionarios de la Dirección General de Defensa de la Competencia que asistieron a la reunión de la DG IV CCE con la AEB.

14.3. En cuanto a las certificaciones a solicitar al Banco de España:

- a) folleto íntegro de los restantes bancos, cajas de ahorros y entidades cooperativas de crédito sobre las tarifas aplicables a la clientela
- b) normas de blanqueo de dinero de julio 1990, si se cuestionan por el Tribunal.

14.4. Certificaciones a solicitar del Consejo Superior Bancario:

- a) contenido del folleto 39, si se cuestiona por el Tribunal.

14.5. En cuanto a admisión de pruebas documentales:

- a) AEB aporta la documentación cruzada entre ella y la DG IV de la Comisión
- b) el Banco Exterior de España S.A. solicita que se incorporen al expediente fotocopias de justificantes de operaciones realizadas por sus sucursales y agencias
- c) el BBV solicita la admisión de un informe amplio sobre la aplicación concreta de tarifas de comisiones a elaborar por KPGM Peat Marwick S.A..

15. Por Auto de la Sección Primera de 28 de diciembre de 1990, se incorporan los escritos de alegaciones ante el Tribunal de todos los encausados, se resuelve plantear ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE) una petición de decisión prejudicial al amparo del artículo 177 del TCE, dejando en suspenso el expediente ante el Tribunal hasta tanto no se reciba contestación del TJCE, y aceptar la prueba propuesta por el BBV que se recoge en 14.5 c).

El contenido de las cuestiones planteadas al TJCE es el siguiente:

1. La autoridad nacional designada para la aplicación en un Estado miembro de los artículos 85.1 y 86 del Tratado constitutivo de la CEE

¿puede utilizar la información obtenida por los servicios de la Comisión CEE

- a) en aplicación del artículo 11 del Reglamento 17 del Consejo
- b) por notificación voluntaria remitida por empresas establecidas en dicho Estado miembro de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 2, 4 y 5 del Reglamento 17 del Consejo

en un procedimiento sancionador seguido en aplicación única de los artículos 85.1 y 86 del Tratado Constitutivo de la CEE?.

2. ¿Puede dicha autoridad utilizar las informaciones citadas en los apartados 1 a) y 1 b) en un procedimiento sancionador seguido en aplicación conjunta del ordenamiento comunitario y del ordenamiento nacional en materia de competencia?.
3. ¿Puede dicha autoridad utilizar las informaciones citadas en los apartados 1 a) y 1 b) en un procedimiento sancionador, seguido en aplicación única del ordenamiento nacional en materia de competencia?.
4. ¿Puede dicha autoridad utilizar las informaciones citadas en los apartados 1 a) y 1 b) en un procedimiento de autorización de prácticas restrictivas de la competencia seguido en aplicación única de su ordenamiento nacional?.

Dicho Auto fue notificado a todas las partes interesadas, haciéndoles saber que contra el mismo podrían interponer recurso de súplica ante el **Pleno** del Tribunal en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la fecha de su notificación, sin que fuera recurrido por ninguna de las partes en el expediente.

16. El TJCE admite la petición de decisión prejudicial con el número C-67/91, cuyo anuncio es publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE nº C74 páginas 9 y 10, de 20 de marzo de 1991).

Tras el procedimiento establecido, el TJCE dicta sentencia de 16 de julio de 1992 en la que declara:

"El artículo 214 del Tratado CE y las disposiciones del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros, dentro del marco de las competencias que se les reconocen para la aplicación de las normas sobre la competencia comunitarias y nacionales, no pueden utilizar, como medios de prueba, ni las informaciones no publicadas contenidas en las respuestas a las solicitudes de información dirigidas a las empresas de conformidad con el artículo 11 del Reglamento nº 17 ni las informaciones contenidas en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 del Reglamento nº 17."

17. A la vista del contenido de la Sentencia, la Sección Primera del Tribunal de Defensa de la Competencia dicta Auto de 30 de julio de 1992 por el que resuelve:
- 1) Admitir el expediente a trámite de sustanciación definitiva.
 - 2) Declarar no utilizable como prueba el contenido de los folios 781 a 827 y 1913 a 2202 del expediente 494/87 instruido de oficio por el Servicio.
 - 3) Concretar el Pliego de Concreción de Hechos de 11-12-89, reduciendo la acusación al cargo B) contenido en el mismo, consistente en la fijación y publicación de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela en el seno de la AEB por parte de los bancos encausados.
 - 4) Poner en conocimiento de los interesados que tiene la intención de aplicar al caso conjuntamente la legislación nacional y la legislación comunitaria en materia de competencia [arts. 1 y 3 a), de la Ley 110/1963; art. 85.1 del Tratado CEE y Real Decreto 1882/1986].
 - 5) Solicitar de la entidad Banco Central Hispanoamericano S.A. la remisión de copia de la escritura de la constitución de dicha sociedad por fusión de Banco Central S.A. y Banco Hispano Americano S.A..
 - 6) Admitir la incorporación al expediente de la copia de la documentación cruzada por la AEB con la DG IV de la Comisión CE, poniendo de manifiesto que dicha documentación, que consta en los folios 154 a 288 del expediente 283/90 ante el Tribunal, no podrá ser utilizada como prueba de las prácticas restrictivas de la competencia que se atribuyen a los encausados.

- 7) Admitir la incorporación al expediente de las copias de justificantes de operaciones aportadas por el Banco Exterior de España S.A., si facilita al Tribunal copias legibles antes de que termine el período probatorio.
 - 8) Admitir la aportación de la prueba documental solicitada en su día por el Banco Bilbao Vizcaya S.A. y aceptada por Auto de 28-12-90, siempre que esté en poder del Tribunal antes de que termine el plazo probatorio.
 - 9) Que se oficie a la Dirección General de Defensa de la Competencia para que, en el plazo de diez días a contar desde el 1 de septiembre próximo, aporte estudio relativo al grado de homogeneidad de las tarifas declaradas como máximas al Banco de España por los bancos encausados en las fechas a que se refieren los hechos contenidos en el expediente 494/87 y certificación sobre fecha y contenido literal del acto administrativo que dispuso la práctica de las "diligencias previas" y de la fecha y contenido literal del acto administrativo que permita explicar cómo la Providencia de 29 de septiembre de 1988 por la que se notifica por primera vez a los encausados la incoación del expediente sancionador, le asigna el número 494, correspondiente al año anterior.
 - 10) Denegar la práctica del resto de las pruebas propuestas.
18. El BCH interpone recurso de súplica contra el citado Auto en tiempo y forma. El Banco de Santander interpone recurso mediante escrito presentado en el Tribunal el 20 de agosto, y la AEB mediante escrito presentado en el Tribunal el 4 de septiembre de 1992.
 19. Mediante Providencia de 10 de septiembre de 1991 de la Sección Primera, se tiene por recibido el primer recurso, a los solos efectos de su remisión al Pleno, se inadmiten los otros escritos por haberse presentado fuera de plazo - por lo que se devuelven a los remitentes - y se emplaza al recurrente y a las demás partes interesadas para que se personen ante el Pleno en el plazo de tres días. Se adhieren al mismo la AEB, Banco de Santander, BBV, Banco Popular, Banco Exterior y Banco Español de Crédito. Además, la AEB recurre la Providencia de 10 de septiembre que considera extemporáneo su recurso.
 20. El 11 de septiembre de 1992 se recibe del Servicio el estudio solicitado por el Auto de 30 de julio, así como explicación del procedimiento seguido habitualmente por el Servicio para asignar el número correspondiente a cada asunto y del que se siguió respecto al expediente 494/87.

21. Tras el correspondiente procedimiento, el Pleno del Tribunal dicta resolución de 9 de diciembre de 1992 por la que acuerda desestimar el recurso de súplica contra el Auto de 30 de julio, aclarar el mencionado Auto que fue firmado con un error material consistente en la falta de tres renglones del número 3 de su parte dispositiva, rechazar la petición de nulidad deducida por el BBV respecto a la notificación del Auto de 30 de julio y desestimar el recurso interpuesto por la AEB contra la Providencia de 10 de septiembre que declara extemporáneo su recurso de 4 de septiembre.
22. Mediante Auto de 15 de enero de 1993 se emplaza a los interesados para que formulen conclusiones y soliciten vista, si lo desean, por un plazo de diez días, que es ampliado por otros cinco, a solicitud del Banco Español de Crédito, mediante Providencia de 27 de enero de 1993.

El trámite de conclusiones es evacuado por todas las partes interesadas. La representación del BCH ha comunicado que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra el Auto de 30 de julio de 1992 y contra la Resolución del Pleno de 9 de diciembre de 1992, en el que se solicita la suspensión de la ejecución de los actos recurridos y estima que se debe paralizar el expediente hasta que se resuelva la solicitud de suspensión. En el mismo sentido se expresan las representaciones de la AEB, del Banco de Santander, del Banco Exterior, del BBV y del Banco Español de Crédito. Por su parte, la representación del Banco Popular Español propone que se plantee ante el TJCE nueva petición de decisión prejudicial sobre si puede el Tribunal español aplicar las normas comunitarias para resolver un expediente si sobre la misma cuestión existe otro expediente planteado ante la Comisión de las Comunidades Europeas. Ninguna de las partes ha solicitado la celebración de vista.

23. Por Providencia de 1 de marzo de 1993, se abre el trámite de ratificación de conclusiones señalando el día 16 de marzo a las 12,00 horas. La representación del Banco Español de Crédito expuso por escrito que tenía la intención de ratificarse verbalmente de sus conclusiones, pero precisaba que se aplazara dicho trámite hasta la semana del 5 al 9 de abril de 1993. El resto de los interesados se ratificó por escrito.
24. Mediante Providencia de 15 de marzo de 1993 la Sección Primera acuerda conceder la ampliación de plazo por mitad que prevé el artículo 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo aplicable al expediente, señalando como nueva fecha el 24 de marzo a las 13,00 horas. La representación del Banco Español de Crédito reiteró su solicitud de aplazamiento hasta la semana del 5 al 9 de abril, lo que se denegó mediante Providencia de 23 de

marzo de 1993. Ante ello, la representación del Banco Español de Crédito se ratificó en sus conclusiones mediante escrito de 24 de marzo de 1993.

25. El Tribunal ha recibido de los servicios de la DG IV CCE copia de la carta de 18 de marzo de 1993 enviada por el Director en funciones Sr. Dubois al Presidente de la AEB en la que le comunica la postura tradicional de la Comisión en cuanto a las posibilidades de exención de los acuerdos sobre comisiones interbancarias fijas y máximas y de los acuerdos sobre tarifas de comisiones a la clientela, concluyendo que la AEB no podría esperar que la Comisión declarase inaplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del TCE a las prácticas concertadas consideradas en el asunto IV/32.722, que no pueden beneficiarse de una exención del artículo 85.3.

Considera asimismo injustificado e inoportuno proponer a la Comisión la incoación de un procedimiento que privaría a las autoridades españolas de su competencia para aplicar el apartado 1 del artículo 85.

26. Mediante Providencia de 14 de abril se declaran conclusas las actuaciones y se señala el día 15 de abril para deliberación y fallo.
27. El 16 de abril, después de la deliberación y fallo por parte de la Sección, se recibe en el Tribunal escrito de la AEB remitiendo copias de la última correspondencia mantenida con los servicios de la Comisión CE (DG IV). Habiéndose declarado conclusas las actuaciones, la Secretaría del Tribunal devuelve dicho escrito a su remitente.
28. Son interesados:
- ASOCIACION ESPAÑOLA DE BANCA PRIVADA
 - BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A.
 - BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
 - BANCO BILBAO-VIZCAYA S.A.
 - BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO S.A.
 - BANCO DE SANTANDER S.A.
 - BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA S.A.

En la tramitación de este expediente se han cumplido todos los preceptos legales.

Ha sido Ponente la Vocal Sra. Alcaide Guindo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La Sección considera probado que, en cumplimiento de lo establecido por la Orden de 3 de marzo de 1987 y la Circular 15/1987, de 7 de mayo, los bancos encausados declararon al Banco de España tarifas máximas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela que eran similares en sus cuantías y las publicaron en los folletos disponibles para el público en general.

2. Con carácter previo, es preciso delimitar el marco en el que se debe encuadrar la discusión jurídica del caso, debido al procedimiento relativamente singular de que ha sido objeto, dando por zanjados aquellos aspectos en que el Pleno del Tribunal ya se ha manifestado por la vía de resolución de recurso.
 - 2.1. En relación con la instrucción y los defectos de procedimiento, la Resolución del Pleno de 9 de diciembre de 1992 ha aclarado en los números 5 a 9 de sus Fundamentos Jurídicos que el Auto de 30 de julio de 1992 de la Sección Primera ha incorporado correctamente la doctrina establecida por el TJCE en su Sentencia de 16 de julio de 1992 (asunto C67/91), que las copias de la documentación solicitada por la Comisión o notificada voluntariamente por las partes han sido obtenidas legalmente aunque no son utilizables como medio de prueba por no haber sido incorporadas al expediente correctamente, por lo que aprueba la actuación de la Sección al declarar que material probatorio no es utilizable y cuál sigue siendo válido, que la pretensión de las partes de que se anule todo el expediente es desproporcionada y que, al poner de manifiesto en el Auto de admisión a trámite de sustanciación definitiva los cargos y los elementos de prueba que se mantienen, la Sección ha hecho posible un proceso con todas las garantías para los encausados.

 - 2.2. En relación con la denegación de determinados elementos de prueba, el Pleno ya ha manifestado que, según establece el Reglamento del Tribunal en su artículo 77.2, no cabe recurso alguno sobre los actos que resuelven sobre prueba, aunque sí cabe la posibilidad de reproducir su petición en el recurso de súplica.

 - 2.3. En relación con la inaplicabilidad del artículo 85.1 del TCE, los números 11 a 14 de los Fundamentos Jurídicos de la citada Resolución exponen la postura del Pleno en cuanto a que el Tribunal es el órgano encargado de la aplicación de los artículos 85.1 y 86 del TCE, que solamente tendría que aplazar la resolución de un procedimiento en caso de concurrencia con otro procedimiento

comunitario si se acredita documentalmente que se está siguiendo procedimiento ante los órganos comunitarios por los mismos hechos, que se entiende que la Comisión inicia un procedimiento del Reglamento 17/62 cuando adopta un acto de autoridad, manifestando su voluntad de proceder a una decisión, en virtud de los artículos 2, 3 ó 6 del Reglamento 17 y que la mención por primera vez de la aplicación de los preceptos del Tratado CE mediante Auto de la Sección, sin que haya sido hecha ni en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción ni en el Informe-Propuesta del Servicio no vulnera el derecho a ser informado de la acusación como manifestación del derecho a la defensa y de igualdad de armas de las partes en el proceso penal consagrados por el artículo 24 de la Constitución y por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- 2.4. En relación con el contenido exacto de los cargos que se mantienen, según resuelve el Auto de 30 de julio de 1992, es necesario manifestar que se ha detectado la existencia de una errata mecanográfica en el texto del número 3 de la parte dispositiva del Auto, que debiera haber sido el que se recoge en el número 17 de los Antecedentes de Hecho (AH):

"Concretar el Pliego de Concreción de Hechos de 11-12-89, reduciendo la acusación al cargo B) contenido en el mismo, consistente en la fijación y publicación de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela en el seno de la AEB por parte de los bancos encausados".

3. De todo lo expuesto se desprende que la Sección estima que la instrucción es correcta y suficiente, una vez eliminado como material probatorio el contenido de los folios 781 a 827 y 1913 a 2202 del expediente 494/87 instruido de oficio por el Servicio, así como el de los folios 154 a 288 del expediente 283/90 ante el Tribunal, que han sido incorporados a solicitud de la representación de la AEB.
4. Es preciso poner de manifiesto el criterio de la Sección respecto a dos aspectos que, al no haber sido expuesto en el Auto de 30 de julio de 1992 por tratarse de cuestiones de fondo cuya discusión en ese momento procesal hubiera supuesto prejuzgar un asunto cuya tramitación no había terminado, ha podido inducir a error a las partes interesadas si no han analizado con detalle el contenido de la instrucción practicada.
 - 4.1. En primer lugar, corresponde dejar claro que los servicios de la Comisión de la Comunidad Europea nunca remitieron a la Dirección

General de Defensa de la Competencia copia de las tarifas comunicadas al Banco de España por los bancos encausados y que, sin duda, fueron objeto de remisión por éstos o por la AEB a la Comisión, ni de otra mucha documentación que, al parecer, ha sido solicitada por la misma y que probablemente permite conocer con mayor detalle el funcionamiento del esquema de toma de decisiones colectivas por parte de los bancos líderes en el sistema español y la influencia de sus comportamientos sobre el resto de las entidades financieras.

Es indiscutible que, con la información remitida por la Comisión a la Dirección General de Defensa de la Competencia, hubiera sido imposible ni siquiera atisbar si existía o no similitud en las tarifas comunicadas al Banco de España y publicadas en los folletos disponibles al público que recogen los importes máximos a aplicar a la clientela por los servicios bancarios prestados por cada entidad.

De modo que la alegación de que la información que sirve de base para la incoación del expediente es el contenido de la notificación A/B presentada por la AEB ante la Comisión CE en representación de los bancos encausados, así como la escasa documentación remitida por la Comisión a la Dirección General de Defensa de la Competencia obtenida de la AEB o de los bancos interesados a solicitud de aquélla, carece de fundamento, por lo que debe ser rechazada.

- 4.2. Por otra parte, la Sección optó por rechazar "prima facie" la imputación contenida en el cargo A, consistente en el establecimiento y publicación de una clasificación común de servicios bancarios, sin explicar las razones tenidas en cuenta para ello.

Para evaluar las conductas objeto de persecución por las autoridades de competencia no se puede hacer abstracción de la historia, ni de los usos habituales del mercado; y cuando se trata de aplicar la normativa comunitaria de competencia por parte de las autoridades nacionales, es necesario tomar en consideración las directrices que pueden obtenerse del análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias.

- 4.2.1. El sector bancario español parte de un pasado de absoluta intervención por las autoridades monetarias, que no solamente establecían normas de vigilancia del cumplimiento por parte de las entidades financieras de determinados

criterios técnicos, de solvencia y de garantía de los consumidores y usuarios, sino también intervenían las condiciones aplicables a los tipos de interés de activo y pasivo, los precios repercutibles a la clientela por los servicios prestados y los planes de expansión de las entidades.

En un sistema tan regulado en que la competencia posible era muy escasa, se establecían pautas de colaboración entre la administración tutelante y todos los operadores del sector que nada tenían que ver con el comportamiento de un mercado libre.

De modo que la elaboración y puesta al día del catálogo de servicios bancarios por parte de un grupo de trabajo constituido por ejecutivos de las entidades más importantes era un comportamiento habitual que nada tenía de reprochable, ni cuando existían limitaciones impuestas por el Banco de España a las tarifas aplicables a la clientela por dichos servicios, ni cuando los precios de dichos servicios fueron dejados libres progresivamente, con la única obligación de comunicar los máximos al Banco de España y darles publicidad.

La restricción de la competencia aparece cuando el grupo de expertos, además de acordar el catálogo de denominaciones de servicios bancarios a utilizar por parte de todas las entidades financieras, utilizan sus contactos habituales para establecer pautas de comportamiento comunes en cuanto a la comunicación al Banco de España de los máximos aplicables a la clientela, como se analizará más adelante.

- 4.2.2. En el caso que nos ocupa es necesario, además, tomar en consideración los precedentes de las decisiones de la Comisión en cuanto a comportamientos similares a los discutidos en este expediente.

La Comisión ha dictado cuatro decisiones relativas a procedimientos de aplicación del artículo 85 del Tratado a acuerdos entre bancos nacionales de un país miembro: la decisión de 30 de septiembre de 1986 relativa al Comité permanente de Bancos Irlandeses (IV/31.362; DOCE N° L 295, de 18 de octubre de 1986);

la decisión de 11 de diciembre de 1986 relativa a la Asociación Belga de Bancos (IV/261-A; DOCE nº L 7, de 9 de enero de 1987); la decisión de 12 de diciembre de 1986 relativa a la Asociación Bancaria Italiana (IV/31.356; DOCE nº L 43, de 13 de febrero de 1987) y por último la decisión de 19 de julio de 1989 relativa a Bancos Holandeses (IV/31.499; DOCE nº L 253, de 30 de agosto de 1989).

En ninguna de las cuatro decisiones se discute siquiera la compatibilidad con las normas de competencia del acuerdo entre bancos o a través de sus asociaciones para una denominación común de los servicios bancarios a pesar de que en el número 5 de la decisión relativa a Bancos Holandeses se menciona entre los objetivos de la Vereniging van Bermiddelaars in Onderhandse Leningen (VBOL) procurar una mayor uniformidad en la denominación de los servicios, con el fin de fomentar su transparencia. En dicha decisión se hace un análisis cuidadoso de los reglamentos relativos a comisiones mínimas para diversos servicios, que han sido retirados como consecuencia de una comunicación de declaración de objeciones efectuada por la Comisión, pero no se menciona objeción alguna a la uniformidad de denominaciones.

- 4.2.3. Por último, es preciso analizar si existen motivos para concluir que la conducta tiene el objeto o el efecto de restringir la competencia.

En una actividad tan informatizada como es la de las transacciones bancarias es imprescindible una unificación de denominaciones. No tiene el menor sentido suponer que dicha unificación tiene el objeto o el efecto de restringir la competencia entre los distintos operadores sino que, por el contrario, es una condición sine qua non para el funcionamiento ágil de las transacciones y para la transparencia de las condiciones en que cada operador presta los servicios, que beneficia a los usuarios de los servicios bancarios. Es erróneo pensar que dificulta la innovación al impedir la oferta de nuevos servicios, puesto que la historia demuestra lo contrario.

Por todo lo cual, la Sección considera que el establecimiento y publicación de una clasificación común de servicios bancarios no supone práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 110/1963 ni por el artículo 85.1 del TCE.

5. Queda por discutir una última alegación de vicio de procedimiento.

Varios encausados han argumentado la improcedencia de sanción por la existencia de prescripción de la capacidad sancionadora de la Administración sobrevenida por la incoación del expediente mucho después de que la práctica tuviera lugar y la paralización ulterior del expediente durante más de dos meses.

- 5.1. En este sentido es preciso poner de manifiesto que la práctica combatida duró mucho tiempo con posterioridad a la apertura del expediente, de modo que, cuando se acordó la incoación de expediente, la práctica estaba vigente y era perseguible por la Administración.
- 5.2. En segundo lugar, el cómputo realizado por alguno de los encausados para calcular los períodos de inactividad de la Administración se limita a analizar los actos administrativos que han tenido lugar exclusivamente en relación consigo mismo, sin tener en cuenta que en el expediente hay numerosos encausados cuyos plazos para evacuar cada trámite tienen que ser respetados por la instrucción antes de continuar el procedimiento.
- 5.3. En tercer lugar corresponde analizar la alegación principal de este bloque, consistente en la prescripción de la capacidad sancionadora de la Administración por períodos de inactividad superiores a dos meses.

La alegación se basa en dos presupuestos:

- a) en la jurisprudencia que establece que las infracciones administrativas para las que no se establezcan períodos especiales de prescripción es de aplicación por analogía lo previsto en el artículo 113 del Código Penal para las faltas leves, es decir un plazo de dos meses
- b) la inferencia hecha por algunas de las sentencias en el sentido de que la prescripción también se produce por la paralización del expediente por el mismo plazo.

Ha existido numerosa jurisprudencia, contradictoria en muchos casos. Sin embargo la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se contiene en:

- a) la Sentencia de 2 de abril de 1990 de la Sala Especial de Revisión prevista en el artículo 61 de la LOPJ que establece definitivamente el plazo de dos meses para la prescripción de las faltas o infracciones administrativas en los supuestos en que la normativa aplicable no lo regule (como es el caso de la Ley 110/1963 aplicable a este caso, pero no lo sería si fuera de aplicación la Ley 16/1989)

y

- b) la Sentencia de 17 de octubre de 1991 de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se refiere a la diferencia entre prescripción y caducidad en relación con un recurso de alzada interpuesto contra una sanción.

La Sentencia determina que el plazo de duración máxima del procedimiento y la caducidad son, en la Ley de Procedimiento Administrativo, objeto de dos regímenes jurídicos radicalmente distintos: si la resolución se dicta después del plazo máximo previsto, cabe la responsabilidad disciplinaria del funcionario correspondiente, pero la resolución debe ser dictada y es válida; mientras que la caducidad solamente se produce en los casos previstos en el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo que nada tienen que ver con la inactividad de la Administración sino del administrado. Se pone de manifiesto la conveniencia de introducir la caducidad en los procedimientos incoados de oficio, especialmente en los sancionadores, en los que la inactividad de la Administración podrá dar lugar a la caducidad, que posteriormente se ha plasmado en el artículo 43.4 de la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero se concluye que no es el criterio inspirador de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, que es la aplicable a este expediente.

Efectivamente, para los expedientes sancionadores que se tramiten con arreglo a la nueva Ley de Procedimiento, cabrá la caducidad del expediente y se procederá al archivo de las actuaciones en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que la resolución

debió ser dictada, excepto cuando el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado.

Incluso en este caso, no regirá el plazo de dos meses alegado. Será preciso que se establezca reglamentariamente el plazo para que se dicte resolución y, en caso contrario, será de aplicación el plazo general de tres meses ampliable en otros tres meses a solicitud del órgano competente para instruir o para resolver.

Por todo lo cual, hay que rechazar la alegación de prescripción de la capacidad sancionadora de la Administración en el presente expediente.

6. Antes de pasar a considerar la existencia o no de prueba de la conducta imputada en el cargo B, contenido en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción de 11 de diciembre de 1989, es preciso hacer una referencia a la situación del mercado bancario en aquella época, que permita enmarcar las conductas y sus posibles motivaciones económicas.
 - 6.1. La Orden de 17 de enero de 1981, del Ministerio de Economía y Comercio, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de enero, iniciaba el proceso de liberalización de tipos de interés y comisiones al liberalizar casi por completo los tipos de interés sobre operaciones activas y declarar libres las comisiones sobre operaciones de moneda extranjera, sobre avales o garantías y sobre servicios no relacionados con operaciones activas, pero establecía límites máximos para los tipos de interés de operaciones de pasivo inferiores a un año e imponía límites a las comisiones sobre operaciones de crédito, de cobranza de efectos, de apertura y de disponibilidad.
 - 6.2. La Orden de 3 de marzo de 1987, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones declara libres todas las operaciones activas y pasivas de las Entidades de depósito - con excepción de las inversiones computables en el coeficiente de inversión obligatorio y las operaciones oficiales de crédito a la exportación - así como las comisiones por operaciones o servicios bancarios. Se establecen, sin embargo, criterios de publicidad y transparencia en defensa de la clientela (anuncio de los tipos de interés preferenciales, cálculo homogéneo de los tipos mencionados en la publicidad, registro en el Banco de España de las tarifas de comisiones y gastos declarados como máximos).

La exposición de motivos de dicha norma es por sí misma explicativa de la situación en que se produce la liberalización. Por ello se transcribe su primer párrafo.

"Dentro del proceso de liberalización del sistema financiero, la Orden de 17 de enero de 1981, retuvo algunos controles sobre los tipos de las operaciones pasivas a la vista o a corto plazo y sobre las comisiones anejas al crédito, de las Entidades de depósito. Los primeros subsistieron para evitar un encarecimiento desordenado de los costes de las Entidades que pudiese poner en peligro su equilibrio. Los aplicados a las comisiones de crédito se justificaron por la profunda perturbación en la estructura de las condiciones financieras producida en la situación precedente de semilibertad. La evolución posterior del sistema y de los mercados aconseja levantar ya esos controles. La amplia multiplicación y difusión de instrumentos rentables y muy líquidos de colocación de fondos hace inoperantes en la práctica los controles sobre tipos de interés, al tiempo que ha difuminado a lo largo de los últimos años los reajustes en el coste del dinero, que han sido ya absorbidos en su mayor parte, por el sistema. Así pues, los controles tienen escasa vigencia práctica, no siendo previsible que su liberalización provoque encarecimientos perturbadores de los pasivos de las Entidades de depósito. En cuanto a los controles sobre comisiones, la normalización de las condiciones del crédito permite, asimismo prescindir de esa protección artificial de la clientela."

- 6.3. En cumplimiento de la facultad otorgada por la disposición final de la Orden, el Banco de España dicta su Circular nº 15/1987, de 7 de mayo, con el objeto de establecer precisiones para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por dicha Orden. Sus normas sexta y séptima se refieren a las tarifas y son, por tanto, las que interesan fundamentalmente a los efectos del caso discutido. Establecen textualmente:

"Norma Sexta

Las entidades de depósito establecerán sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles para clientela y operaciones en España, no pudiendo cargar tipos superiores a los contenidos en ellas, aplicar condiciones más gravosas, o repercutir gastos no previstos.

Norma Séptima

1. Las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela. Se remitirán por duplicado al Banco de España antes de su aplicación para que compruebe esos extremos, entendiéndose conformes cuando en el plazo de quince días a partir de su recepción, no haya éste efectuado ninguna objeción o recomendación al respecto.
2. Dicho folleto incluirá asimismo las normas de valoración y liquidación.
3. Cada vez que se produzcan modificaciones o actualizaciones la entidad remitirá la página o páginas modificadas, siendo para ello de aplicación lo dispuesto en el apartado 1.
4. El folleto de tarifas estará disponible para su consulta por el público en todas las oficinas de la entidad, en cuyos tablones de anuncios deberá hacerse referencia expresa a la existencia y disponibilidad de tales folletos".

El objetivo de la exigencia de declaración al Banco de España de los folletos de tarifas antes de su aplicación es, por tanto, la comprobación de que las tarifas se reflejan de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela y no la autorización de su contenido por parte del Banco de España.

7. Con las precisiones expuestas es preciso establecer: si existe material probatorio suficiente para concluir la similitud entre las tarifas declaradas al Banco de España por los bancos encausados; si hay razones económicas que expliquen la similitud por razones diferentes a la concertación o si, por el contrario, los hechos y los resultados permiten dar por probada ésta; si las prácticas combatidas han tenido el objeto o han producido el efecto de falsear la competencia en el mercado nacional; y si existen razones por las cuales no es necesario, en este expediente, analizar el comportamiento de otras entidades de depósito.

- 7.1. El cargo B contenido en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción de 11 de diciembre de 1989 se refiere a la fijación o publicación de tarifas comunes.

Por más que los encausados insistan en que el material probatorio existente parte del contenido de la notificación A/B y que, en su

ausencia, no existe prueba alguna de que se haya producido una práctica concertada entre los bancos encausados para la comunicación al Banco de España y la ulterior publicación de tarifas máximas coincidentes, es obligado concluir que la base probatoria del expediente se encuentra en la detallada comparación de tarifas máximas declaradas, realizada en su día por la Dirección General de Defensa de la Competencia, que ha sido incorporada al expediente del Tribunal en sus folios 1020 a 1026 y que se resume de forma gráfica y sencilla en los cuadros que obran en el expediente del Servicio en los folios 2726 y 2978. Es de destacar que dichos cuadros han sido preparados de modo independiente, el primero por KPMG Peat Marwick y presentado por el BBV y el segundo por el Instructor y que no han sido discutidos por ninguna de las partes en el expediente.

La similitud entre las tarifas declaradas como máximas es tanta que no puede deberse a la casualidad.

- 7.2. Es preciso ver si se cumplen las condiciones necesarias para aplicar la prueba de presunciones tal y como está admitida en el ordenamiento y la jurisprudencia españoles.

Como se ha recogido en numerosas ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 174/1985 y 175/1985, de 17 de diciembre y 150/1987, de 1 de octubre) determina que cabe la posibilidad de admitirla siempre que se parta de un hecho básico objetivamente acreditado y no aparezca la inferencia lógica como irrazonable o irrazonada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de mayo de 1982; Sentencias de 26 de julio, 8 de octubre y 7 de diciembre de 1985; Sentencia de 4 de noviembre de 1987) recuerda que la prueba de presunciones debe aplicarse dentro de los límites del artículo 1253 del Código Civil, es decir, sin omitir en modo alguno que entre el hecho demostrado y el hecho que se trata de deducir o inferir haya un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica.

El hecho básico objetivamente acreditado consiste en la similitud de las tarifas publicadas por los bancos encausados.

- 7.3. Las reglas de la lógica establecen que una similitud tan grande entre las tarifas declaradas como de aplicación máxima por parte de los grandes bancos ha de tener alguna justificación económica. La racionalidad económica que cabe esperar del comportamiento de las

empresas sugiere que, para la coincidencia de tarifas máximas declaradas, caben tres explicaciones que deben ser contrastadas con la realidad analizada:

- a) La existencia de una situación de competencia perfecta, en la que todos los operadores soportan costes medios muy similares entre sí y muy cercanos a los costes medios mínimos y en que el precio notificado para cada servicio se asemeja al coste marginal de prestación del mismo. En esta hipótesis sería necesario, además, que las tarifas declaradas como máximas se aplicaran de forma casi generalizada a todos los clientes de cada entidad bancaria y, cuando no se hiciera así, el coste se cargara a alguna cuenta especial.

La realidad demuestra que la situación analizada nada tiene que ver con la hipótesis que se discute. No existe prueba de la similitud de costes medios; no existía competencia perfecta; los bancos no conocían en detalle los costes de los servicios prestados, luego difícilmente podrían haber ajustado las tarifas a los costes y, por último, ellos mismos han alegado que se trataba de tarifas declaradas que no eran objeto de una aplicación generalizada, sino que trataban de no desvelar la estrategia comercial del banco respecto a sus clientes.

De modo que la primera explicación es inadmisibile.

- b) La existencia de una entidad con poder de mercado suficiente para actuar como líder de la fijación de precios, a cuya conducta se ajustarían el resto de los operadores, sin que existiera concertación.

Para que pudiera aceptarse esta segunda hipótesis como verosímil, sería necesario detectar cuál es la entidad bancaria que se ha comportado como líder, dado su poder de mercado. Ninguno de los encausados ha alegado que haya seguido la conducta de otra entidad bancaria concreta, ni de las fechas de remisión al Banco de España que obran en el expediente (todas en junio de 1987 excepto Banco de Bilbao, cuya fecha no consta) cabe concluir la iniciativa de una entidad y el seguimiento de las demás. Además, los diferentes estudios del sector bancario español concuerdan en que la concentración no es suficiente para que haya una sola entidad que pueda establecer su estrategia de modo independiente, sin que esta actitud la perjudique. Por el contrario, en el mercado bancario

español las empresas pueden optar por concertarse o por competir, pero ninguna puede imponer sus condiciones sin verse afectada por las reacciones de las demás. Una prueba de ello es lo ocurrido con las supercuentas que se explica en el número 7.5.

De modo que esta hipótesis para explicar el comportamiento paralelo tampoco resulta aceptable.

- c) Solamente queda, por tanto, una posibilidad para explicar el comportamiento paralelo de las entidades bancarias, que es la existencia de concertación. Ello no quiere decir que sea necesaria la existencia de acuerdos firmados, con fuerza vinculante para las partes y con una organización responsable de ejercer el control de su cumplimiento. Basta la simple existencia de conductas conscientemente paralelas derivadas de los contactos mantenidos desde siempre por los expertos de los ocho grandes bancos (hoy seis) para otros fines.

En este sentido se ha pronunciado la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, mediante Sentencia nº 156 de 6 de marzo de 1990 desestimó el recurso contra Resolución del Pleno del TDC de 9 de enero de 1987, recaída sobre el expediente 223/86 relativa al acuerdo sobre precios en el mercado del zinc.

- 7.4. El funcionamiento habitual de las entidades de crédito españolas en la época analizada en el expediente partía de una bajísima pero creciente remuneración media de sus pasivos, una competencia creciente en los precios cobrados en sus operaciones de activo y un tímido intento de comenzar a ajustar los precios cobrados por los servicios bancarios en sus costes.

La clientela española estaba acostumbrada a no percibir remuneración por sus depósitos a la vista en cuenta corriente y una remuneración escasa por los depósitos en cartilla de ahorros; por el contrario, no estaba habituada a pagar por los servicios que recibía de las entidades de depósito. La consecuencia económica clara era la existencia de importantes subsidios cruzados entre los diferentes grupos económicos, puesto que el coste de los servicios se financiaba en parte mediante la baja remuneración de los pasivos y en parte mediante el alto precio relativo fijado a las operaciones crediticias. La conclusión es que los depositantes y los prestatarios

financiaban a los usuarios de los servicios en lugar de que cada operador soportara los costes y los rendimientos correspondientes a su propia actividad.

Todo ello se explicaba por la existencia de una escasa competencia y se traducían en ineficiencia y mala asignación de los recursos.

- 7.5. El proceso de liberalización descrito en el número 5 anterior tardó en producir los efectos deseados por la autoridad reguladora como consecuencia de la conducta de los bancos.

Ellos mismos han alegado que la comunicación de tarifas similares por parte de todos trataba de evitar que se desvelara su estrategia frente a los clientes.

En realidad, la abierta competencia entre entidades de depósito se derivó de una decisión unilateral e irreversible tomada por el Banco de Santander para modificar sus usos y establecer las "supercuentas" de alta remuneración en septiembre de 1989. Al poco tiempo, el resto de las entidades de depósito siguieron a dicho banco y estrenaron diferentes versiones de cuentas de alta remuneración. La disminución radical del margen de intermediación que se produjo exigió que por parte de todas las entidades de depósito se comenzara a cargar precios por los servicios bancarios en relación con sus costes, puesto que era imposible mantener un margen de intermediación tan escaso entre los intereses de activo y de pasivo y a la vez regalar a los clientes los servicios prestados.

- 7.6. Hurtar al público en general el conocimiento de las condiciones de funcionamiento del mercado en contra de lo establecido normativamente por las autoridades reguladoras supone falsear las condiciones de transparencia que permiten a un cliente tomar sus decisiones con conocimiento de los usos de cada entidad bancaria.

De modo que, aunque hubiera sido cierta la razón dada por las entidades bancarias para dicho comportamiento - quod non - no por ello se habría falseado menos la competencia al incumplir el espíritu de la norma de declaración y publicación de las tarifas máximas aplicables a la clientela. Por el contrario, la fijación de tarifas máximas comunes para todas las entidades bancarias, con escasas excepciones que no correspondían siempre al mismo banco y la inaplicación generalizada de dichas tarifas a determinados grupos de clientes habituales para determinados servicios, así como la inaplicación pura y simple de las tarifas para otros servicios (por

ejemplo, la negociación de talones sobre la misma plaza) constituirían el escenario más opuesto a lo que puede considerarse una situación normal de mercado en competencia, aunque sea imperfecta, sin que ello beneficiara la posición particular de ninguna de las entidades participantes en el comportamiento concertado. Es cierto que las entidades bancarias tenían que ir acostumbrando gradualmente a los clientes a que pagaran los servicios bancarios en proporción a sus costes, pero de ninguna manera puede aceptarse que la concertación tendente a la opacidad fuera beneficiosa ni para la competencia, ni para la eficiencia, ni para la equidad, ni para la defensa de los consumidores.

De todo lo hasta aquí expresado se concluye que - de acuerdo con la aplicación de los criterios establecidos por la jurisprudencia para la utilización legítima de la prueba de presunciones - existen motivos bien fundamentados que hacen estimar a la Sección como suficiente la evidencia de presunciones de conductas conscientemente paralelas restrictivas de la competencia por parte de las entidades bancarias encausadas.

- 7.7. Dado que la similitud de las tarifas declaradas como máximas al Banco de España y publicadas en los folletos disponibles para el público se da no solamente en relación con los servicios bancarios prestados a la clientela residente en pesetas ordinarias, sino también en relación con los servicios prestados a la clientela no residente y a las operaciones en divisas, en pesetas convertibles y en billetes extranjeros, la concertación afecta tanto a las transacciones domésticas como a las transfronterizas, aunque sus efectos se dan fundamentalmente en el mercado español. No se puede dudar de la existencia de afectación del comercio intracomunitario, de modo que la práctica combatida infringe tanto lo previsto en el artículo 1.1 de la Ley 110/1963 como lo establecido en el artículo 85.1 del Tratado CE.
8. Queda por discutir si el procedimiento sancionador se invalida por el hecho de que no se haya incluido en el expediente a otras entidades de depósito que hayan comunicado al Banco de España tarifas similares, si existe evidencia de la participación de la AEB y si se pueden aceptar las alegaciones de las entidades bancarias en relación con la existencia de confianza legítima.
 - 8.1. Las entidades encausadas han solicitado reiteradamente que se incorpore al expediente información relativa a las tarifas declaradas en las mismas fechas por el resto de los bancos, todas las Cajas de Ahorros y todas las cooperativas de crédito, con el fin de probar que

ellas no han sido las únicas que se han comportado de forma conscientemente paralela, alegando una infracción del principio constitucional de igualdad ante la Ley establecido por el artículo 14 CE.

La Sección no duda de la realidad de la alegación de similitud de las tarifas declaradas, pues tiene la evidencia de los resultados detectados por el Servicio en cuanto a las siete entidades bancarias que seguían en el ranking a los ocho encausados en el momento de solicitar la información preliminar.

Pero ello no supone que se infrinja el precepto constitucional de igualdad ante la Ley, porque la actuación de los bancos que enviaban participantes al grupo de expertos no es equiparable a la del resto de las entidades de depósito.

El Servicio no tiene la obligación de investigar un asunto exhaustivamente en todo el sector afectado cuando instruye un expediente sancionador, porque su función es proteger la competencia utilizando los medios a su alcance del modo más eficiente. De manera que "ex officio" debe tratar de corregir las distorsiones del mercado, pero no agotar cada caso.

Tiene todo el sentido que el Servicio se emplee a fondo al investigar el comportamiento de los operadores más importantes de un mercado dejando al margen la actuación del resto, sobre todo cuando se conoce la existencia de reuniones periódicas - en las que solamente participan los elegidos para la investigación - en el marco de las cuales es factible y probable la concertación de conductas con objeto de falsear la competencia.

Y los encausados no pueden aducir que se sientan perjudicados por esta decisión del Servicio, puesto que para ellos es irrelevante si se condena o no a otros operadores por las mismas prácticas y, en cambio, para el Servicio sería muy difícil dilucidar si el resto de los operadores - que no participaban en las reuniones del grupo de expertos - eran responsables de la concertación o meros seguidores de la conducta impuesta por los líderes del mercado.

- 8.2. El Servicio ha considerado responsable a la AEB, además de a los bancos encausados, probablemente porque la iniciativa ha partido del grupo de expertos formado por ejecutivos de las entidades bancarias encausadas, todas ellas miembros de la AEB con excepción del Banco Exterior de España, que lo es en la actualidad pero no en el período a que se refiere el expediente.

Sin embargo, el Servicio no ha obtenido prueba de la forma y el lugar de reunión, ni de la participación de personal al servicio de la AEB, ni de la adopción de decisiones o recomendaciones en el seno de la Asociación. De modo que, a juicio de la Sección, no puede declararse probada la responsabilidad de la AEB en relación con las conductas perseguidas.

- 8.3. Algunas de las entidades bancarias encausadas han alegado la existencia de confianza legítima que se deriva de que el Banco de España haya "autorizado" las tarifas que le han sido declaradas como máximas, lo cual no puede ser ahora contradicho por otro órgano de la Administración, además adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda al igual que el Banco de España.

La Sección no puede admitir la alegación por dos motivos.

- 8.3.1. En primer lugar, el Banco de España no es competente para combatir las prácticas restrictivas de la competencia y, si hubiera observado la existencia de indicios de concertación, lo que hubiera podido hacer es dirigirse al órgano competente para instruir expedientes sancionadores de oficio - es decir la Dirección General de Defensa de la Competencia - o al Ministro responsable, exponiendo sus preocupaciones.

A este respecto, ante una alegación de que el servicio de eurocheques uniformes tenía el amparo de lo previsto en el artículo 90.2 del Tratado CE respecto a la gestión de servicios de interés económico general, la decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1984 (DOCE 7-2-85) relativa al asunto Eurocheques uniformes, establece en sus párrafos 29 y 30 que, aunque una práctica funcione con el conocimiento e incluso la aprobación expresa de las autoridades nacionales competentes, este conocimiento o aprobación no equivalen a un acto del poder público, ni pueden evitar la aplicación al caso de las reglas comunitarias de competencia.

- 8.3.2. Pero, además, en el caso analizado no existe autorización alguna. De acuerdo con el contenido de la Orden de 3 de marzo de 1987 y de la Circular nº 15/1987, de 7 de mayo, del Banco de España, las tarifas máximas aplicables a la clientela son libres, no están sujetas a autorización del Banco de

España, sino exclusivamente a su declaración previa para que compruebe que las tarifas se recogen en un folleto redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela. El Banco de España no tiene potestad para opinar sobre el contenido de dichas tarifas, ni siquiera para tratar de que sean equitativas o de que se ajusten a la práctica seguida por la entidad que las declara.

Existen dos muestras de que el comportamiento del Banco de España se ha limitado a comprobar la claridad de los folletos, que es la función que le asignan la Orden Ministerial y la Circular citadas.

Por lo que respecta a la tarifa aplicable a la negociación de talones en la misma plaza, que ha sido un servicio gratuito hasta hace poco tiempo y que continúa siendo gratuito en la mayoría de los casos, el Banco de España no ha hecho modificar a las entidades de depósito su declaración de una tarifa máxima que contradice la gratuidad del servicio.

Cuando se generalizó la costumbre bancaria de declarar al Banco de España tipos de interés preferenciales muy superiores a los realmente aplicables por las entidades de depósito a sus mejores clientes, a pesar de la influencia de dichos tipos declarados en la confección de numerosos índices correctores de los tipos aplicables a los clientes en general, el Banco de España no podía rechazar sin más las declaraciones efectuadas por la banca, de modo que optó por emitir su Comunicación 11/1988, de 27 de julio, para "una nueva definición" del tipo de interés preferencial que la banca debía declarar y poner en conocimiento de sus clientes.

Por todo lo expresado, la Sección no puede admitir la alegación de existencia de confianza legítima.

9. En conclusión, la Sección considera que, de lo actuado, una vez hecha abstracción de los elementos probatorios que han sido anulados por haber llegado incorrectamente al expediente, se puede declarar probada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia que ha tenido el objeto y el efecto de falsear la competencia en el mercado nacional de prestación de servicios bancarios y que ha afectado a las transacciones

bancarias transfronterizas, consistente en la fijación y publicación concertadas de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles aplicables como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios, que constituye una infracción de lo establecido en el artículo 1.1 en relación con el 3 a) de la Ley 110/1963 y una infracción del artículo 85.1 del Tratado CE de las que son responsables los bancos encausados.

10. Declarada la existencia de prácticas prohibidas, la Sección debe decidir sobre si hace uso de la facultad de proponer al Consejo de Ministros la aplicación de la sanción prevista en el artículo 28 de la Ley 110/1963, teniendo en cuenta el perjuicio que la infracción sancionada haya causado a la economía nacional y con un límite establecido por el treinta por ciento del valor de lo facturado por la prestación de los servicios objeto de las prácticas sancionadas durante el período en que se han realizado.

En relación con la imposición de multas, los encausados han alegado en primer lugar su improcedencia por estimar que la práctica combatida no es restrictiva de la competencia y, con carácter subsidiario, han expuesto que en un expediente como el actual, cuyas prácticas han sido objeto de notificación voluntaria a los servicios de la Comisión con las ventajas que ofrece el Reglamento 17/62, no se puede proponer la imposición de multas aunque se resuelva que las prácticas notificadas están prohibidas y no son susceptibles de exención.

- 10.1. En relación con la primera alegación, la Sección estima que los bancos encausados actuaron concertadamente para impedir la actuación unilateral de cada entidad en cuanto a la publicación de sus tarifas máximas a aplicar a la clientela, evitando la transparencia en favor del consumidor que la nueva legislación pretendía, con un efecto perjudicial importante sobre la economía nacional durante un plazo nada desdeñable hasta el cambio de las condiciones de competencia habido en septiembre de 1989 que se ha explicado en 7.5 de los Fundamentos de Derecho.

De modo que, por lo que corresponde a esta alegación, la Sección no dudaría en proponer la imposición de fuertes multas que tuvieran en cuenta el importe de los ingresos por servicios bancarios, el efecto de la restricción sobre la economía nacional y la duración de la práctica sancionable.

- 10.2. Por lo que respecta a la segunda alegación, corresponde en este caso analizar el alcance de las garantías ofrecidas por el Reglamento 17/62 dentro del procedimiento ante la Comisión para determinar posteriormente hasta qué punto dichas garantías deben ser

respetadas por las autoridades nacionales en el marco de un procedimiento sancionador en aplicación conjunta de la normativa nacional y la comunitaria, y terminar concluyendo qué efectos puede tener en el caso concreto que se discute.

- a) El artículo 15 del Reglamento 17/1962 es el que establece el procedimiento y los límites para la imposición de multas por la Comisión a las empresas y asociaciones en relación con un procedimiento de competencia.

Todo el precepto se refiere a la posibilidad de imposición de multas por parte de la Comisión, mediante decisión y no es aplicable ni por las autoridades nacionales de competencia ni por los tribunales nacionales.

A pesar de ello, resulta conveniente revisar los supuestos de imposición de multas por la Comisión.

El apartado 1 del artículo 15 establece las condiciones en que la Comisión puede imponer multas por facilitar a la Comisión o notificar información o indicaciones inexactas. No es en ningún caso de aplicación por las autoridades nacionales.

El número 2 de dicho artículo establece los casos y los límites de imposición de multas por la Comisión en los casos de infracción de lo previsto en los artículos 85.1 y 86 del Tratado CE o cuando se incumplan las condiciones, cargas o plazo previstos en una exención del artículo 85.3.

Destacaremos solamente los supuestos que afectan al caso analizado. No se podrán imponer multas por infracciones de los artículos 85.1 y 86 a causa de actuaciones posteriores a la notificación a la Comisión y anteriores a la decisión mediante la cual la Comisión acuerde o deniegue la aplicación del artículo 85.3, siempre que tales actuaciones se encuentren dentro de los límites de la actividad descrita en la notificación. Este límite no es aplicable a partir del momento en que la Comisión haya hecho saber a las empresas interesadas que, tras un examen provisional, estima que se reúnen las condiciones de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y que no ha lugar a la aplicación del apartado 3 del artículo 85.

- b) Ya se ha puesto de manifiesto que el Reglamento 17/62 no establece el procedimiento aplicable por las autoridades nacionales, ni siquiera cuando aplican el ordenamiento comunitario, aunque el TJCE ha declarado que cuando las autoridades nacionales apliquen el derecho comunitario, lo harán por las reglas del procedimiento nacional (Sentencia de 16 de julio de 1992 Bancos Españoles As C67/91). Sin embargo, es preciso que la actuación de las autoridades nacionales no perjudique a la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario y a los efectos de los actos de ejecución de éste.

El logro del "efecto útil" exige, en este caso concreto, que la decisión de las autoridades nacionales en cuanto a la propuesta de imposición de multas sea coherente con los compromisos asumidos por la Comisión al recomendar a los bancos encausados la presentación de notificación A/B, ya que dicha notificación tuvo lugar con anterioridad a la incoación del expediente por el órgano nacional.

- c) Además, es preciso respetar las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico interno en relación con la jurisprudencia establecida. Tal como se ha expresado en 5.3 a), en un expediente sancionador administrativo no cabe la imposición de sanciones por conductas anteriores al plazo de dos meses establecido para la prescripción de las faltas leves en el Código Penal, si no existe norma legal que prevea otro plazo de prescripción de la capacidad sancionadora de la Administración.
- d) La notificación voluntaria de las entidades encausadas se produjo, tras una recomendación de los servicios de la Comisión, a finales de marzo de 1988. A partir de esta fecha los bancos que notificaron pueden aducir la existencia de cobertura contra la imposición de multas por las prácticas objeto de notificación, al margen de que los Servicios de la Comisión puedan eventualmente tener en cuenta si el contenido de la notificación ofrece indicaciones inexactas sobre el supuesto para el que se solicita declaración negativa o exención o si las actuaciones de las empresas que han notificado se encuentran dentro o fuera de los límites de la actividad descrita en la notificación remitida.

Por otra parte, la fecha de la incoación del expediente sancionador de oficio - es decir, el 29 de septiembre de 1988 - es la que debe ser tenida en cuenta para determinar el momento de cómputo hacia atrás de la capacidad sancionadora de la Administración, con un límite de dos meses.

La conclusión a que se llega es que, en el presente expediente, en que por ser de aplicación la Ley 110/1963, la Administración sólo tiene capacidad sancionadora para las prácticas cometidas con posterioridad al 29 de julio de 1988 y en que la notificación a la Comisión por los bancos encausados se produjo con anterioridad a esa fecha, la prudencia en la interpretación de lo que puede perjudicar a la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario induce a no hacer uso de la facultad de proponer la imposición de multas.

Es preciso destacar que la conclusión de la Sección hubiera sido la contraria si la Ley aplicable al expediente hubiera sido la 16/1989, puesto que en su artículo 12 establece que las infracciones prescribirán a los cinco años desde el día en que se hubiera cometido la infracción, con interrupción por los actos del Tribunal o del Servicio. En este caso, la Sección hubiera sido de la opinión que era preciso multar por el período anterior a la notificación a la Comisión, dadas la importancia de la práctica restrictiva de la competencia y la necesidad de impedir que la notificación a la Comisión pueda ser utilizada como coartada para eludir la actuación sancionadora de los órganos nacionales de competencia.

11. Ante la solicitud de que se paralice el expediente hasta tanto no se resuelva la solicitud de suspensión de la ejecución de los actos recurridos ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a que se hace referencia en el número 18 de AH, la Sección recuerda a los encausados que el Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre (Boletín Oficial de 15 de octubre) por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Tribunal redacta como sigue el artículo 131 de dicho Reglamento:

"La interposición de los recursos no suspenderá la ejecución de las resoluciones recurridas, salvo en los casos previstos en el artículo 116 de la LPA".

El artículo 116 de la LPA establece que la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

De modo que no corresponde a la Sección ni paralizar el expediente ni resolver sobre la solicitud de suspensión de la ejecución del acto recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, la Sección

HA RESUELTO

Primero. Declarar que en el presente expediente ha resultado acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3 a) de la Ley 110/1963, de 20 de julio y por el artículo 85.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea consistente en la fijación y publicación concertadas de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles aplicables como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios de la que son responsables: BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A.; BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.; BANCO BILBAO VIZCAYA S.A.; BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO S.A.; BANCO DE SANTANDER S.A. y BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA S.A..

Segundo. Declarar que no ha resultado acreditada la participación de la ASOCIACION ESPAÑOLA DE BANCA PRIVADA.

Tercero. Intimar, mediante la presente Resolución, a los autores de la práctica declarada prohibida para que cesen, si no lo han hecho, en la realización de dicha práctica y se abstengan en el futuro de adoptar, ejecutar y difundir acuerdos o prácticas similares, apercibiéndoles de que, en caso de incumplimiento, incurrirán en las responsabilidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

Esta intimación se publicará en el Boletín Oficial del Estado, en los tres diarios de mayor circulación del país y en el de mayor tirada de la provincia donde radique el domicilio social de cada uno de los autores.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y a la DG IV (Competencia) de la Comisión CE y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Tribunal, pueden interponer recurso de súplica ante el Pleno en el plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la fecha en que esta Resolución les sea notificada.