



Roj: **STS 3505/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3505**

Id Cendoj: **28079130032013100193**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/06/2013**

Nº de Recurso: **1947/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 6365/2009,**
STS 3505/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Junio de dos mil trece.

VISTOS los recursos de casación, registrados bajo el número 1947/2010, interpuestos por la Procuradora Doña Elena Medina Cuadros, en representación de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), con la asistencia de Letrado, y por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 488/2007, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, recaída en el expediente 617/06, que impuso a dicha Entidad una multa de 7.000.000 de euros, por haber incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por haber realizado un pacto de no competencia entre determinadas entidades financieras que operan en el ámbito de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, y por haber coordinado sus actuaciones frente a terceros competidores, procediendo a reducir la cuantía de la multa que se fija en 3.500.000 euros. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), representada por la Procuradora Doña Elena Medina Cuadros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 488/2007, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 6 de noviembre de 2009, cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de BILBAO BIZKAIA KUTXA contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 18 de octubre de 2007 S.A descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos excepto en el extremo relativo a la sanción, que debe reducirse a la suma de tres millones quinientos mil euros. Sin efectuar condena al pago de las costas .».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK) y el Abogado del Estado recursos de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados mediante providencia de fecha 2 de febrero de 2010 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK) recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 26 de marzo de 2010,



presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito, con el documento que se acompaña y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tenga a BILBAO BIZKAIA KUTXA por personada y parte en este recurso; tenga por interpuesto y formalizado por mi representada RECURSO DE CASACIÓN contra la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009*, que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 18 de octubre de 2007, por la que se puso fin al Expediente sancionador nº 617/06, "Cajas Vascas y navarra", y acuerda reducir la sanción impuesta a BBK a la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL EUROS (3.500.000 €), y, en consecuencia, de acuerdo con lo señalado anteriormente:

i. Estimando el primero y el segundo de los motivos de casación expuestos en este recurso, case y revoque íntegramente la citada Sentencia y declare que BBK no cometió ninguna infracción, con la consiguiente anulación de la Resolución de la CNC; o

ii. Estimando el segundo y el tercero de los motivos de casación expuesto en este recurso, case y revoque íntegramente la citada Sentencia y declare que BBK no cometió ninguna infracción, con la consiguiente anulación de la Resolución de la CNC; o

iii. Estimando el tercero de los motivos de casación, case y revoque parcialmente la citada Sentencia y acuerde reducir proporcionalmente la sanción impuesta a BBK por el Tribunal de instancia; o

iv. Estimando el cuarto motivo de casación, case y revoque parcialmente la citada Sentencia y acuerde reducir la sanción impuesta a BBK. ».

CUARTO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció, asimismo, en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 22 de julio de 2010, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por interpuesto y formalizado a nombre de la Administración General del Estado el presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007 que la misma dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente. » .

QUINTO.- Por Providencia de fecha 17 de febrero de 2011, se admite el recurso de casación interpuesto por BILBAO BIZKAIA KUTXA y por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

SEXTO.- Por providencia de fecha 4 de marzo de 2011, se acordó entregar copias de los escritos de formalización de los recursos a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA [BBK]) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- La Procuradora Doña Elena Medina Cuadros, en representación de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), en escrito presentado el día 25 de abril de 2011, expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito junto con sus copias, se sirva admitirlo tener por debidamente formalizada la OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por la Administración, representada por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, en el procedimiento nº 488/2007, y, en virtud de las manifestaciones en ella contenidas, acuerde:

i. La inadmisión del recurso de casación formulado por la Administración; o con carácter subsidiario.

ii. La íntegra desestimación del citado recurso; todo ello con expresa imposición en costas a la Administración. ».

2º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 17 de mayo de 2011, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y, tras la tramitación procedente, dictar sentencia por la que se desestime el recurso y confirme íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de las costas al recurrente. ».



SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 20 de marzo de 2013, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 25 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento de los recursos de casación.

Los presentes recursos de casación que enjuiciamos se interponen por la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), y por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, recaída en el expediente 617/06, que impuso a dicha Entidad una multa de 7.000.000 de euros, por haber incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al haber realizado un pacto de no competencia entre determinadas entidades financieras que operan en el ámbito de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra, y por haber coordinado sus actuaciones frente a terceros competidores.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, en relación con la procedencia de reducir la cuantía de la multa que se fija en 3.500.000 de euros, confirmando la resolución impugnada en todos los demás pronunciamientos, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] El eje argumentativo sobre el que gira el recurso, y que ya fue planteado ante el TDC, es la unidad o separabilidad de las conductas enjuiciadas, con la consecuencia, en el caso de inclinarse como hace la actora por lo segundo, de que las prácticas que se entienden acreditadas por la Administración estarían prescritas. A él pueden referirse los tres motivos principales de impugnación, la alegada improcedente unificación en una única infracción de conductas diferenciadas y autónomas entre sí, la coordinación frente a terceros de comportamientos supuestamente anticompetitivos, y la imputación a BBK de haber acordado con las demás Cajas la abstención de abrir sucursales y de operar en territorios distintos a Vizcaya.

La mera lectura de los hechos declarados probados por el TDC y más arriba reproducidos revela que se está constatando la comisión de unos hechos que luego son tipificados como una única infracción, con fundamento en actas de reuniones celebradas más de quince años antes de imponerse la sanción litigiosa. El acto administrativo impugnado se remite expresamente al Informe-Propuesta del SDC en el cual se señala expresamente que "los intercambios de información mencionados y los acuerdos alcanzados por BBK, Kutxa, Caja Vital y CAN, así como por sus antecesoras, tanto en cuestiones de reparto geográfico del mercado, como de fijación de criterios comunes de actuación han tenido por objeto coordinar sus actuaciones y restringir la competencia, por lo que han de considerarse acuerdos prohibidos por el art. 1 LDC, considerándose responsables de los mismos a BBK, Kutxa, Caja Vital y CAN."

La cuestión debe examinarse por tanto no desde el punto de vista de si se trata de una infracción "global" o de varias independientes, sino considerando si el conjunto de actuaciones descritas por el SDC primero y el TDC después pueden considerarse o no como una infracción continuada.

En la doctrina científica y jurisprudencial el delito continuado, y la infracción administrativa continuada se integran por la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Pluralidad de hechos diferenciales
- 2) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones de suerte que estas pierden su sustancialidad para aparecer como ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos
- 3) Realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía
- 4) Unidad del precepto penal o administrativo sancionador violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas
- 5) Unidad de sujeto activo y
- 6) Homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.



El artículo 4 del Real Decreto 1398/93 por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece:

"Artículo 4. Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas.

".....

6. No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

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

En el supuesto enjuiciado, la Sala aprecia que ha tenido lugar una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en la modalidad de continuada, y ello por los siguientes motivos:

- Hay una unidad de actos que aisladamente considerados serían igualmente típicos, pero por constatar una unidad de resolución infractora y una unidad de lesión jurídica aquellos actos aisladamente considerados pierden su sustantividad para aparecer como elementos de un todo, exteriorizador de un dolo conjunto que se materializa en un resultado conjunto equivalente a la suma de todos los actos contrarios a la libre competencia.

- En tal caso es obvio que la infracción ha tenido una consumación progresiva y correlativa a la ejecución de los actos que conforman el todo.

La infracción continuada es igualmente admitida por el derecho comunitario habiendo impuesto la Comisión sanciones por infracción continuada en distintos supuestos en el que la infracción dura varios años, las manifestaciones de un acuerdo contrario a la libre competencia se producen en periodos diferentes, cuando las diferentes acciones que forman parte de la infracción persiguen una única finalidad y se inscriben en el marco de una infracción única y continuada. El Tribunal de Justicia ha confirmado los razonamientos en tal sentido de la Comisión (sentencia de 7 de enero de 2004 en los asuntos acumulados C- 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P),

En el expediente administrativo ha quedado acreditado que la recurrente coordinó su política de expansión geográfica con las restantes Cajas Vascas, señalando expresamente cual sería el territorio en el que cada una de ellas llevaría a cabo su actuación empresarial (reuniones de 2 de enero, 6 de febrero, 4 de septiembre y 9 de octubre de 1990, 11 de julio de 1995 y 9 de julio de 2001).

Que intercambió información sobre políticas estratégicas (reuniones de 2 de enero, 6 de febrero, 2 de mayo o 26 de julio de 1990), sobre políticas comerciales en materia de tipo de interés (reuniones de 27 de marzo y 2 de mayo de 1990 y de 8 de abril de 1991), captación de activo (reunión de 6 de noviembre de 1990), retribución de plazo en especie (reunión de 7 de enero de 1991), comisiones aplicables al empleo de tarjetas (reuniones de 14 de octubre de 1997 y 3 de mayo de 1999), sector de distribución (4 de septiembre de 1990), fondos de inversión (reunión de 7 de octubre de 1991) y o, tarjeta joven (reunión de 13 de diciembre de 2004).

Que se coordinó sobre la forma de actuar frente a terceros competidores (reuniones de 2 de enero, 9 de octubre y 6 de noviembre de 1990).

Que intercambió información, coordinó y fijó posturas comunes sobre en sociedades participadas (reuniones de 4 de septiembre, 9 de octubre y 6 de noviembre de 1990, de 14 de enero de 1992 y de 24 de enero de 1995), nuevos productos o sectores de actividad tales como sociedades de capital riesgo (reuniones de 4 de septiembre de 1990, 7 de enero de 1991 y 2 de febrero de 1993), servicios inmobiliarios (reuniones de 4 de septiembre y 1 de julio de 1990, 10 de marzo y 5 de mayo de 1992, 8 de julio de 1997, 10 de julio de 2000 y 3 de febrero de 2003, entre otras), fondos de titulación hipotecaria (reuniones de 28 de julio de 1992, 13 de septiembre de 1994 y 11 de julio de 1995), servicios financieros a favor del colectivo de inmigrantes (reuniones de 10 de marzo, 12 de mayo y 9 de diciembre de 2003), o mercado de derechos de emisión (14 de marzo y 11 de julio de 2005).

Que intercambió información y coordinó políticas laborales (reuniones de 4 de marzo, 6 de mayo, 3 de junio y 2 de diciembre de 1991), cuestiones relativas a sus proyectos de obra social (reuniones de 2 de diciembre de 1991 y de 9 de diciembre de 2002).

De la descripción de estas acciones resulta que se han desarrollado por la recurrente en connivencia con sus competidoras más directas un conjunto de acciones que guardan una unidad de propósito, que son contrarias al artículo 1 de la Ley 16/89 (vigente en las fechas relevantes) tanto aisladamente consideradas como valoradas en su conjunto, pero este conjunto aún en un todo y en una única infracción continuada las concretas y aisladas



acciones probadas. Por lo tanto, la infracción del artículo 1 ha tenido una consumación progresiva y correlativa a la ejecución de los actos que conforman ese conjunto.

En consecuencia es desde este punto de vista que debe valorarse si ha habido o no prescripción.

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.

A instancias de la actora se ha practicado en autos informe pericial, por perito de parte, que si bien parte de la base de unos datos de existencia y apertura de oficinas semejantes a los manejados por la Administración y aceptados por esta Sala, ofrece una explicación alternativa al pacto entre las Cajas expedientadas, para tal resultado.

En el informe se estudian las Cajas por grupos autonómicos, y dado que se está acusando a las expedientadas, entre ellas a la recurrente, de reparto territorial dentro de la Comunidad Autónoma, y se estudia prácticamente como tema único la salida de las Cajas a los nuevos territorios, es difícil apreciar la utilidad de este estudio para este recurso contencioso-administrativo.

El informe señala que en Cataluña hay diez Cajas, en Andalucía y Castilla y León, 6 Cajas, en la Comunidad Valenciana y País Vasco, 3 Cajas y en las restantes Comunidades Autónomas 1 o 2 y sobre esta base que "la utilización de este criterio geográfico implica la agrupación de entidades que, individualmente, poseen una dimensión y una orientación de negocio muy diferente"

Inicia el trabajo diciendo "Para llevar a cabo este análisis el presente trabajo realiza una agregación de las cajas de ahorro por CCAA fórmula elegida para tratar de aislar el proceso de expansión geográfica de los múltiples factores que han afectado la evolución de los resultados de este periodo. Esta metodología permite trascender el ámbito individual y encontrar un elemento común, el mercado geográfico original, que facilita la comprensión de las implicaciones de la salida de las cajas a los nuevos territorios."

En la página 28 (después de indicar que las Cajas con reducidos márgenes en sus mercados originales han mostrado una mayor tendencia hacia la expansión exterior) señala que las Cajas Vascas por su parte, han protagonizado en estos años una notable actividad aperturista que, sin embargo no ha tenido un efecto beneficioso sobre el margen básico de estas entidades. En contra de la tesis que parece defender la actora, según la cual se ha centrado en abrir oficinas fuera del territorio vasco por motivos económicos resultan algunas de las conclusiones del propio informe pericial, como aquella que señala que la disminución de oficinas por habitantes en el mercado doméstico ha favorecido una disminución de costes superior al promedio pero en el caso de las cajas vascas, su situación ha empeorado por el proceso de apertura hacia el exterior.

En resumen: la valoración que realiza esta Sala de un informe pericial de parte como el que se ha aportado por la actora es que el mismo no ha justificado que la circunstancia de que en un periodo de tiempo tan largo como el que ha transcurrido entre 1.992 y 2005 la actora no abriera oficinas en las provincias vascas distintas de Vizcaya se deba a una política comercial o empresarial y no a un acuerdo con las restantes Cajas Vascas.

Retomando la cuestión de la prescripción en relación con la infracción continuada, en un supuesto como el de autos en que la infracción ha consistido no en la mera adopción del acuerdo, sino en su puesta en práctica continuadamente durante un periodo de tiempo largo, no puede entenderse que ha prescrito porque si el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se comete la infracción, no ha empezado a correr si la infracción no ha cesado.

[...] El artículo 1.1. de la LDC "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 parte del mercado nacional", en particular aquellos que consistan en "el reparto



del mercado". Como señaló la Administración autora del acto administrativo impugnado, el funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida su comportamiento y tome sus decisiones de manera independiente, sin ningún tipo de acuerdo, ya que al sustituir la actuación independiente por la colectiva se está limitando la competencia.

En las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, y las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado se analizan los acuerdos que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia. Hay acuerdos de cooperación horizontal que no tienen el objeto de limitar la competencia, pero tienen capacidad para afectarla, según sean el ámbito y el objetivo de la cooperación.

En el caso de los acuerdos estudiados, como se señaló más arriba, se han constatado dos acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia: el de reparto de mercado y el de fijación de precios.

El primero, acuerdo de reparto de mercado, se ha acreditado por la constatación reflejada en los cuadros que se reproducen en el fundamento jurídico tercero, de que ninguna de las cuatro cajas durante el periodo tenido en cuenta por el TDC haya abierto sucursales en ninguna de las restantes provincias de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, todas ellas han cerrado sucursales en sus respectivos territorios históricos y todas ellas hayan procedido a abrir sucursales en el resto de España.

Como se señaló más arriba de la prueba pericial practicada a instancias de la actora no resulta una justificación razonable de tales hechos distinta del acuerdo entre las Cajas expedientadas, concretamente, y para lo relevante a efectos del presente recurso, de BBK.

El segundo, el acuerdo de fijación de precios, resulta de las actas descritas igualmente en el fundamento jurídico tercero, donde se refleja que se adoptaron acuerdos relativos a los tipos de interés aplicables, y la retribución en especie del ahorro a plazo, así como el establecimiento de una estrategia común frente a entidades competidoras o con las comisiones aplicables al empleo de tarjetas.

Se trata de dos tipos de acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia, y por tanto, sin necesidad de entrar a valorar cuales fueron los efectos sobre la misma, constituyen acuerdos prohibidos a los efectos del artículo 1 de la ley 16/1989 y la imposición de una sanción es conforme a derecho.

Las restantes acciones descritas por la resolución impugnada, no tienen por objeto restringir la competencia, pero pueden ser constitutivas de infracción y por tanto sancionadas, si tienen por efecto restringir la libre competencia. Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia, tanto efectos reales como potenciales. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad.

En este caso, se trata de actuaciones de intercambio de información general sobre las orientaciones estratégicas de cada una de las Cajas Vascas en materia informática, coordinación de actuaciones frente a terceros competidores, intercambio de información y la fijación de líneas de actuación común en relación con las sociedades participadas por las Cajas, con nuevos sectores de actividad, los proyectos de obra social de cada Caja miembro de la Federación o con las políticas laborales de cada una de ellas y el intercambio de información y la fijación de criterios comunes en las relaciones con las Administraciones Públicas Vascas.

Como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Consten-Grundig se trata de que "si de las cláusulas del acuerdo no se revela un grado suficiente de nocividad deben examinarse sus efectos y verificarlos entonces en el cuadro real en el que se produciría el juego de la competencia en defecto del acuerdo".

En el expediente no figura prueba alguna relativa a los efectos que las conductas descritas han tenido en el mercado de referencia y en ausencia de todo análisis sobre los efectos de prácticas que por su solo objeto no pueden considerarse contrarias a la libre competencia, no cabe sino entender que dichas prácticas no pueden ser constitutivas de infracción del artículo 1 de la ley 16/89 ni por tanto ser sancionadas.

[...] El resumen de lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores es el siguiente: las conductas descritas por el Tribunal de Defensa de la Competencia como Hechos Acreditados son constitutivas de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/89, infracción continuada que no ha prescrito. Dentro de las distintas conductas, dos de ellas, que son contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia por su objeto, están acreditadas, pero las restantes, que serían contrarias a dicha Ley por sus efectos en la libre competencia no han sido probadas.

La sanción impuesta por el TDC cuya proporcionalidad se impugna por la actora, es proporcionada a juicio de esta Sala, a la vista de las circunstancias concurrentes, tal y como se describe en el fundamento jurídico décimo



de la Resolución impugnada: modalidad y alcance de la restricción a la competencia, dimensión del mercado afectado, cuota de mercado de la empresa, efecto de la restricción, duración de la conducta.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, y como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando, como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el art. 106 de la Constitución .

La aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

Vistos los antecedentes expuestos la circunstancia de que parte de las conductas no han sido probadas, debe tener sus consecuencias en la cuantía de la multa impuesta. El Tribunal Supremo ha declarado que esta Sala es competente para fijar la nueva cuantía de la sanción impuesta por la Administración cuando como es el caso, se aprecie una indebida valoración por la misma de la prueba practicada, o de las circunstancias concurrentes en la infracción. En este caso, las consecuencias que debe tener la estimación parcial del recurso en los extremos expuestos es la reducción a la mitad del importe de la sanción.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación parcial del recurso y la anulación del acto administrativo impugnado en el extremo relativo a la sanción que debe quedar fijada en la suma de tres millones quinientos mil euros . » .

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), se articula en la formulación de cuatro motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , denuncia la infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con los artículos 1 y 12 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, así como de la jurisprudencia, en cuanto cabe considerar improcedente la apreciación de la existencia de una «infracción de carácter continuado», puesto que las conductas imputadas a BBK constituyen actuaciones completamente diferenciadas entre si, que carecen de la más mínima vinculación o relación instrumental entre ellas, lo que impide que exista algún tipo de «plan preconcebido» con la finalidad de infringir la legalidad..

El segundo motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , denuncia la indebida aplicación de la prueba de presunciones, lo que vulnera el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución , y el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Se aduce que la Sala de instancia considera acreditada la existencia de una infracción de carácter continuado y descarta las razonables explicaciones alternativas aducidas en el expediente administrativo, con base en meros indicios, sin tener en cuenta la política territorial desarrollada por BBK en materia de apertura de sucursales, en el periodo comprendido entre 1990 y 2005, ni la verdadera naturaleza y contenido de las Actas de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras.

El tercer motivo de casación, formulado con carácter subsidiario, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , reprocha a la sentencia recurrida incurrir en una arbitraria motivación y en incongruencia, en infracción del artículo 67 de la LJCA , del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución , en relación con los argumentos ofrecidos para entender acreditado el acuerdo de fijación de precios.

El cuarto motivo de casación, formulado también con carácter subsidiario, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , imputa a la sentencia la vulneración de las normas en materia de proporcionalidad de las sanciones contenidas en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, y en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , de acuerdo con la interpretación dada por la jurisprudencia de esta Sala.



Al respecto, se arguye que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 10/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, solamente puede imponerse multa por un importe superior a 901.518, 16 euros en supuestos determinados de excepcional gravedad, que deben ser debidamente justificados y acreditados.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se articula en la exposición de tres motivos de casación.

En el primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultasen aplicables para resolver la cuestión debatida, se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar que el importe de la sanción de multa que le fue impuesta debe modificarse en atención a que la infracción continuada no presenta las dimensiones apreciadas por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia impugnada, al no tomar en debida consideración que se trata de una de las infracciones más graves en el Derecho de la Competencia, que ha perdurado durante al menos 15 años y que las diferentes conductas imputadas deben analizarse de forma conjunta y no como conductas autónomas.

El segundo motivo de casación, que se funda al amparo de artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la infracción del artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, por tomar en consideración, para modificar el importe de la sanción, la circunstancia de que la infracción que se estima cometida está integrada por un menor número de conductas prohibidas que las que constan en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

El tercer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reprocha a la sentencia recurrida la vulneración de los artículos 24 y 120 de la Constitución, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto reduce el importe de la sanción inmotivadamente y en desconexión con los presupuestos de los que parte para llegar a esa conclusión.

SEGUNDO.- Sobre los motivos del recurso de casación interpuesto por la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK).

El tercer motivo de casación, que por razones de orden de lógica procesal examinamos prioritariamente, fundado en la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, del artículo 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, pues no apreciamos que la Sala de instancia haya incurrido en una arbitraria motivación por no exponer las razones por las que considera acreditado el acuerdo de fijación de precios, ya que constatamos que en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida se revela que las Cajas de Ahorros Vaco-Navarras imputadas acordaron políticas comerciales en materia de tipos de interés, captación de activos, retribución en especie, comisiones aplicables a la utilización de tarjetas y otros aspectos sobre la forma de actuar frente a terceros competidores, según se evidencia de la lectura de las Actas de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, que estimamos suficiente desde la perspectiva de cumplimiento de los deberes de motivación y congruencia.

Por ello, consideramos que carece de fundamento la queja casacional formulada a la sentencia recurrida, por la parquedad en responder a las alegaciones expuestas en el escrito de demanda presentado en la instancia, para tratar de rebatir el extremo de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que reprocha a BBK haber acordado fijación de precios y otras condiciones comerciales, en que, sustancialmente, se aducen una serie de argumentos y se aportan una serie de documentos con el propósito de desvirtuar los hechos acreditados en dicha resolución y cuestionar las conductas imputadas, deducidas del análisis del contenido de las actas de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, que la Sala de instancia no considera determinantes para poder descartar la ausencia de concertación entre BBK y las demás Cajas de Ahorros expedientadas.

En este sentido, resulta adecuado consignar la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada respecto del alcance del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, expuesta en la sentencia 30/2007, de 12 de febrero, que se reitera, sustancialmente, en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero, 83/2009, de 25 de marzo, 24/2010, de 27 de abril, y 25/2012, de 27 de febrero:

« En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la *STC 20/1982, de 5 de mayo*, venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.



Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 85/2006, de 27 de marzo , FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 116/2006, de 24 de abril , FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4 ; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3 ; y 152/2006, de 22 de mayo , FJ 5) . » .

Y, asimismo, resulta oportuno referir que, en la sentencia constitucional 204/2009, de 23 de noviembre, se delimitan los presupuestos de vulneración del principio de congruencia, distinguiendo entre lo que son pretensiones y alegaciones de orden sustancial deducidas por las partes, de los argumentos no relevantes planteados, en los siguientes términos:

« Este Tribunal ha tenido ocasión de desarrollar una amplia y consolidada doctrina la cuestión. En lo que ahora interesa la reciente STC 73/2009, de 23 de marzo , resume esta doctrina señalando que «el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre , FJ 4 b). La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo : ``el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva ``no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994 , y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo ; 1/2001, de 15 de enero ; 5/2001, de 15 de enero ; 148/2003, de 14 de julio , y 8/2004, de 9 de febrero , entre otras (FJ 3)``. Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada ex novo por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia STC 218/2003, de 15 de diciembre , FJ 4.b), que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo , en relación con la casación por infracción de Ley » .».

Cabe, asimismo recordar, que el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia, conforme es doctrina de esta Sala, formulada en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (RC 1435/2008), se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas, que, en el supuesto enjuiciado, como hemos expuesto, se ha cumplido de forma rigurosa.



El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con los artículos 1 y 12 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, así como de la jurisprudencia dictada, relativa a la interpretación y aplicación de estas disposiciones, no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya incurrido en error de Derecho al considerar que concurren los presupuestos para apreciar la existencia de una infracción continuada, con base en los argumentos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2013 (RC 1059/2010), en que respondiendo a idéntica cuestión, dijimos:

« [...] El quinto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia, no puede ser acogido, en cuanto compartimos el criterio de la Sala de instancia de que tratándose de una infracción continuada, al concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de realización de una pluralidad de acciones derivadas de la ejecución de acuerdos adoptados por la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, que infringen el mismo precepto, que prohíbe los pactos restrictivos de la competencia, y que responden a una estrategia empresarial concertada, no cabe apreciar que se haya producido prescripción de la infracción, en cuanto las conductas ilícitas han perdurado en el tiempo y no han cesado en el momento de incoación del expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia . » .

Por ello, rechazamos la tesis casacional que postula la defensa letrada de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK) consistente en que las conductas imputadas no constituyen una infracción continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por cuanto se trata de actuaciones completamente diferenciadas entre sí, que carecen de la más mínima vinculación o relación instrumental entre ellas, lo que determina que cada una de las dos conductas deben ser objeto de análisis individualizado, ya que estimamos que concurren los presupuestos para apreciar la existencia de una única infracción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, al acreditarse la realización de una serie de actuaciones que tienen el efecto de limitar y restringir la competencia en el mercado crediticio que pueden caracterizarse como «acuerdo global de colaboración» entre las Cajas de Ahorros participantes, que tienen su sede social en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra, y que son subsumibles en el mismo tipo infractor del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Al respecto, cabe referir que en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2006 (C-105/04), se determina la procedencia de apreciar la existencia de una infracción continuada del Derecho de la Competencia cuando concurren los siguientes presupuestos:

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

Y en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 (RC 6573/2001), que invoca la Sala de instancia, sostuvimos que para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.



El segundo motivo de casación, basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución , y en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en que se denuncia la indebida aplicación de la prueba de presunción, no puede ser acogido, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la precedente sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2013 (RC 1059/2010), en que respondiendo a idénticos argumentos, dijimos:

« [...] El tercer motivo de casación, basado en la infracción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya vulnerado las reglas que rigen las presunciones judiciales, en cuanto advertimos que ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas, que integran una infracción continuada, al sostener que ha quedado acreditado que la entidad Caja de Ahorros de Vitoria y Álava ha cumplido escrupulosamente los acuerdos alcanzados en el marco de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, que ha derivado en un reparto geográfico del mercado en aras de mantener el status quo existente entre las entidades Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (Caja Vital), Bilbao Bizcaia Kutxa (BBK), Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (KUTXA) y Caja de Ahorros de Navarra (CAN).

Por ello, rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al confirmar la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, que se había basado, según se aduce, en meros indicios, ya que no resulta irrazonable ni arbitraria la convicción del Tribunal a quo de considerar que las Actas de la Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras constituyan prueba plena y directa de cargo, a los efectos de evidenciar la comisión de las conductas imputadas que son contrarias al Derecho de la Competencia, al tener como efecto restringir la competencia entre entidades financieras.

No obstante, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho -se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4).

De otra parte hemos mantenido que el derecho a la presunción de inocencia, incluso en el ámbito del Derecho administrativo sancionador (SSTC 45/1997, de 11 de marzo ; 237/2002, de 9 de diciembre , F. 2), no se opone a que la convicción del órgano sancionador se logre través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del art. 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25



de septiembre de 1992, caso *Phan Hoang c. Francia*, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso *Telfner c. Austria*, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común. Es ésta, como hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5 ; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2 ; 135/2003, de 30 de junio , F. 2, por todas) .».

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, descartamos que, en relación con las conductas infractoras imputadas a la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK), la Sala de instancia haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por basarse en meros indicios y no aceptar las explicaciones alternativas aducidas para justificar su política de expansión territorial y las políticas comerciales desarrolladas, ya que constatamos que han quedado acreditados tanto los acuerdos de reparto de mercado, según refleja el cuadro de apertura de sucursales en el periodo de 1990 a junio de 2005, elaborado por el Servicio de Defensa de la Competencia, a partir de los datos suministrados por las propias entidades crediticias, que evidencia el seguimiento de una estrategia común que supone la expansión en núcleos de fuerte actividad económica -Madrid, Cataluña, Valencia y Zaragoza-, y en poblaciones limítrofes -La Rioja, Burgos, Cantabria y Aragón-, pero no en las provincias forales del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, como los acuerdos de fijación de precios, a través del contenido de las Actas de la Federación de las Cajas de Ahorros Vasco-Navarras.

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya vulnerado las invocadas normas en materia de proporcionalidad de las sanciones, al no reducir la cuantía de la sanción impuesta de 3.500.000 euros, atendiendo a que no cabe integrar el supuesto acuerdo de fijación de precios en la infracción de carácter continuado del artículo 1 de la Ley de Defensa de la competencia , ya que, en este planteamiento, subyace mas que la controversia sobre la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones, la consideración de si determinadas conductas imputadas a las Cajas de Ahorros Vasco-Navarras pueden calificarse, por su naturaleza y entidad, de contrarias al Derecho de la Competencia, lo que ya hemos resuelto en los anteriores fundamentos jurídicos.

En lo que concierne al extremo de este cuarto motivo de casación, en que se reprocha a la Sala de instancia haber sobrepasado el límite ordinario general de 901.518,16 euros, establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, a pesar de no concurrir ninguna circunstancia de especial gravedad, tampoco puede ser acogido, pues consideramos que la Sala de instancia estima reducir a la mitad la cuantía de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, atendiendo a la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, a la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la entidad, el efecto de la restricción y la duración de la conducta de al menos quince años, respetando el límite superior establecido en la artículo 10.1 LDC , que se corresponde con el 10 por ciento del volumen de ventas referido al ejercicio económico inmediato anterior, cuyo cálculo viene determinado específicamente, en relación con las entidades de crédito, por el artículo 3 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, de 21 de diciembre , por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas (671,9 millones de euros).

Al respecto, cabe poner de relieve que, aunque consideramos que la sentencia puede incurrir en una cierta imprecisión jurídica al partir de la calificación de las conductas imputadas como «acuerdo de cártel», tal como sostuvo la Comisión Nacional de la Competencia, pues no concurre el presupuesto del carácter secreto de los acuerdos colusorios ni el requisito de que las entidades financieras partícipes en los acuerdos de no competencia obtuvieran un grado significativo de poder de mercado, no por ello cabe inferir que el Tribunal a quo haya desconsiderado el criterio de graduación de las sanciones, establecido en dicha disposición legal, referido a la «modalidad y alcance de la restricción de la competencia», a los efectos de determinar la cuantía de la sanción que resulta procedente a la vista de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, pues ha quedado acreditada la gravedad de las prácticas colusorias, que inciden directamente en el funcionamiento del mercado de servicios financieros y crediticios, en cuanto se falsea la competencia, y afectan, específicamente, a los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros, a pesar de que valoramos que no se trata de un proceso estricto de cartelización, sino más bien de promover acciones estratégicas de cooperación empresarial tendentes a estabilizar los mercados en parámetros de sostenibilidad con la finalidad de impulsar una eventual fusión de las mencionadas entidades.



Asimismo, cabe rechazar que la Sala de instancia haya vulnerado el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, por no apreciar el carácter discriminatorio de la sanción impuesta a la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa recurrente, pues no resulta irrazonable el criterio de que no se ha violado el principio de igualdad, en relación con las sanciones impuestas a las otras Cajas de Ahorros imputadas, por cuanto el importe de la sanción se ha fijado de forma ponderada, en aplicación aproximada del 1 por ciento, respecto del volumen de ventas que corresponde a cada entidad financiera, que es notablemente inferior al límite del 10 por ciento del volumen de ventas que autoriza el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- Sobre los motivos del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

El tercer motivo de casación, formulado por el Abogado del Estado, que por razones de orden lógico procesal examinamos prioritariamente, no puede ser acogido, pues rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado los artículos 24 y 120 de la Constitución, el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no exponer las razones que justifican la reducción de la cuantía de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, ya que constatamos que en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia recurrida se explican las razones de juicio y los criterios jurídicos que, en aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, fundamentan la decisión, en cuanto se considera que resulta improcedente mantener la sanción de multa en la cuantía de cuatro millones de euros, en la medida en que determinadas conductas imputadas, consistentes en la coordinación de conductas frente a terceros, de intercambio de información y de coordinación de posturas comunes en sociedades participadas y de coordinación de actuaciones en relación con nuevos productos o sectores de actividad, que integran la infracción continuada, no tienen por objeto restringir la competencia.

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, no puede prosperar, pues no compartimos la censura que se formula a la sentencia recurrida por reducir el importe de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, atendiendo a que determinadas conductas que se consideraban integrantes de la infracción continuada no tienen por objeto restringir la competencia, en cuanto resulta contrario al principio de legalidad sancionadora, consagrado en el artículo 25 de la Constitución, que por tratarse de una infracción continuada por contravención del Derecho de la Competencia, el Tribunal que revisa la actuación de la autoridad de competencia deba abstenerse de analizar de forma individualizada las diferentes conductas imputadas, ya que está obligado a enjuiciar todas las conductas colusorias imputadas para determinar si efectivamente son subsumibles en el ilícito infractor, a los efectos de estimar si resulta ajustada a Derecho la sanción.

El segundo motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en que se insiste en cuestionar la decisión de la Sala de instancia de modificar el importe de la sanción de multa impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, no puede ser acogido, pues carece de fundamento el argumento de que el Tribunal a quo había aplicado un criterio de graduación de las sanciones no establecido en dicha disposición legal, ya que resulta razonable que si la cuantía de la sanción que puede imponer la autoridad de competencia, debe sustentarse de forma ineludible en la valoración de la naturaleza y circunstancias concurrentes en la conducta colusoria infractora del Derecho de la Competencia, para respetar los principios de tipicidad y de culpabilidad que rigen en el Derecho Administrativo Sancionador, cabe atender, en el supuesto enjuiciado, que se han cometido por la entidad Caja de Ahorros de Vitoria y Álava un menor número de conductas infractoras que las sancionadas.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente todos los motivos de casación articulados por las partes recurrentes, procede declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK) y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 488/2007.

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a las partes recurrentes.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima", por lo que la Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de satisfacer a las partes contrarias las condenadas al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de tres mil euros a cada una de las partes recurrentes, aunque, atendiendo a la posición procesal de la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK) y de la Abogacía del Estado, como partes recurrentes y como partes recurridas, cabe estimar, a estos efectos, su compensación.



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

FALLAMOS

Primero.- Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK) y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 488/2007 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a las partes recurrentes, en los términos fundamentados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.